



IdeAs
Idées d'Amérique

8 | Automne 2016 / Hiver 2017
**Ressources minières dans les Amériques : Mutations
d'un continent**

L'investissement étranger et l'activité minière en Amérique latine. Les stratégies gouvernementales dans les conflits avec les compagnies minières

Foreign investment and mining in Latin America. Government strategies against disputes with mining companies

Inversión extranjera y minería en Latinoamérica. Estrategias de los gobiernos frente a las disputas con las compañías mineras

Maria Teresa Gutiérrez Haces



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ideas/1747>

DOI : 10.4000/ideas.1747

ISSN : 1950-5701

Éditeur

Institut des Amériques

Référence électronique

Maria Teresa Gutiérrez Haces, « L'investissement étranger et l'activité minière en Amérique latine. Les stratégies gouvernementales dans les conflits avec les compagnies minières », *IdeAs* [En ligne], 8 | Automne 2016 / Hiver 2017, mis en ligne le 20 décembre 2016, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/ideas/1747> ; DOI : 10.4000/ideas.1747

Ce document a été généré automatiquement le 19 avril 2019.



IdeAs – Idées d'Amérique est mis à disposition selon les termes de la licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

L'investissement étranger et l'activité minière en Amérique latine. Les stratégies gouvernementales dans les conflits avec les compagnies minières

Foreign investment and mining in Latin America. Government strategies against disputes with mining companies

Inversión extranjera y minería en Latinoamérica. Estrategias de los gobiernos frente a las disputas con las compañías mineras

Maria Teresa Gutiérrez Haces

Introduction

- 1 Cet article se propose d'analyser, depuis la perspective des Traités bilatéraux en matière d'investissement (TBI) et des Traités ou Accords de libre-échange (ALE) qui contiennent un chapitre sur la protection des investissements, les stratégies mises en place par les gouvernements pour prévenir, diminuer et/ou faire face aux plaintes déposées contre eux par les entreprises étrangères. Dans les vingt dernières années, l'arbitrage international en matière d'investissement a gagné de l'importance en entrant dans tous les TBI et ALE, grâce aux mécanismes de règlement des différends (MSD). La plupart des plaintes contre les gouvernements bénéficiant d'investissements sont en général déposées auprès du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) qui dépend de la Banque mondiale, ou à travers l'utilisation du règlement de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI)¹.

- 2 Recourir à une instance d'arbitrage extraterritoriale lors d'un conflit entre une entreprise et un gouvernement en ignorant les tribunaux nationaux est devenu une pratique courante pour les entreprises dont les activités sont liées aux ressources naturelles.
- 3 Cet article passe en revue les stratégies mises en place par les gouvernements d'Amérique latine dans les conflits avec les compagnies minières étrangères, en majorité canadiennes. Ces conflits sont généralement, mais pas exclusivement, de nature socio-environnementale, et constituent une des principales causes des intentions de recours à l'arbitrage entre des investisseurs et le gouvernement d'un pays en développement ayant souscrit à un TBI ou un ALE avec le pays dans lequel l'entreprise qui se considère défavorisée est officiellement enregistrée (Haarstad H., 2012 : 1-38).
- 4 Ces plaintes reposent sur le fait que toute action nuisible aux opérations d'une entreprise, à ses actifs et à ses perspectives de profits peut être assimilée, dans le cadre de la normativité d'un TBI ou d'un ALE, à une action équivalente à une expropriation.
- 5 Tout au long de cette analyse, nous cherchons à répondre à la question suivante : comment les gouvernements latino-américains peuvent-ils concilier le respect des TBI et des ALE avec le droit des gouvernements à définir librement leurs politiques publiques concernant non seulement l'activité extractive, mais aussi toute autre activité économique dans laquelle l'investissement étranger est impliqué, y compris la conception et la mise en œuvre des politiques de développement ?

Réformes néo-libérales dans le secteur extractif en Amérique latine

- 6 L'implantation en Amérique latine des mesures proposées par le Consensus de Washington, en particulier celles qui concernent la libéralisation du marché des capitaux, et l'application des réformes structurelles préconisées par le Fond monétaire international et la Banque mondiale ont dessiné un schéma de stimulation des IE (investissements étrangers) tout à fait fonctionnel pour les entreprises.
- 7 C'est ainsi que de nouvelles lois se sont progressivement mises en place pour favoriser ces investissements. Celles-ci incluent un cadre régulateur de protection illimitée à l'IDE, renforcé par les TBI et les ALE. Ce processus s'accompagne de l'ouverture de secteurs traditionnellement fermés aux firmes étrangères, de la mise en place d'une politique fiscale peu exigeante vis-à-vis des entreprises en matière d'impôts, de royalties et d'absence de contrôle du capital.
- 8 À moyen terme, ce processus a donné un nouvel éclairage aux relations entre les entreprises et les gouvernements, car il est possible à travers ces accords d'installer des tribunaux d'arbitrage *ad hoc* qui apparaissent et disparaissent en même temps que les conflits entreprise-gouvernement. Toutefois, lorsque le sens de ces accords est analysé plus attentivement, il en résulte que ces instruments, apparemment neutres, visent à consolider un régime international en faveur de la protection des investissements étrangers. En cela, les investisseurs deviennent des citoyens privilégiés d'un ordre juridique international qui est conçu pour assurer une protection illimitée à la circulation des capitaux appartenant à de grandes entreprises, défiant ainsi l'autonomie des gouvernements nationaux. Dans ce régime, les règles de protection des investissements doivent être considérées comme un ensemble de clauses visant à neutraliser les

gouvernements à l'égard de la mise en œuvre des politiques publiques durables (Schneiderman D., 2008 : 1-108).

- 9 Les TBI et les-ALE avec un MSD apparaissent en Amérique latine à partir de 1994 comme effet domino de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Ce traité a incité les gouvernements latino-américains à entamer des négociations pour obtenir des accords similaires. Paradoxalement, dans les années 1990, aucun gouvernement n'était véritablement intéressé par les conséquences de l'inclusion des MSD dans les TBI et ALE. Cette attitude changera lorsque les premières plaintes des entreprises étrangères apparaîtront, impliquant le paiement de fortes indemnités. Les gouvernements seront alors contraints d'évaluer les effets collatéraux des TBI et ALE, ainsi que la capacité des entreprises à entraver les projets gouvernementaux concernant les exploitations minières.
- 10 Actuellement, tous les gouvernements latino-américains, quelles que soient leurs orientations politiques, sont davantage conscients du fait que la protection des investissements inclut de nouveaux droits pour les entreprises. Ces droits sont renforcés par un arbitrage international qui considère d'emblée que les actions gouvernementales, qu'elles soient municipales, locales ou nationales, portent atteinte aux prérogatives de l'entreprise. Dans ces circonstances, un recours en arbitrage peut être présenté directement hors des instances judiciaires nationales, sans qu'un recours aux tribunaux nationaux ait eu lieu au préalable. Depuis quelques années, ces accords sont utilisés par les entreprises pour limiter les réformes des industries extractives (mine, gaz et pétrole) au niveau global². Une entreprise étrangère protégée par un TBI ou un ALE a toujours le droit d'exiger le respect des clauses stipulées dans ces accords, comme on peut le déduire de la lecture du tableau ci-dessous.

La nature des clauses concernant la protection des investissements étrangers dans les TBI et des ALE

<p>1. <i>Traitement national</i> : obligation de fournir aux investissements et investisseurs d'un pays un traitement au moins aussi favorable que celui accordé aux investisseurs et investissements nationaux dans des circonstances similaires. Cette clause, dans la pratique, a conduit à de nombreux problèmes pour les gouvernements. Dans certaines circonstances, ils ont dû faire face à des demandes de sociétés, liées aux appels d'offres. En s'appuyant sur cette clause, la société peut faire état d'une discrimination.</p>	<p>2. <i>Clause de la Nation la plus favorisée</i> : Obligation de fournir à l'investissement et à l'investisseur un traitement au moins aussi favorable que celui accordé aux investissements et aux investisseurs de tout autre pays.</p>
<p>3. <i>Norme minimale de traitement. Clause de traitement juste et équitable</i> : obligation de traiter les investissements et les investisseurs conformément au droit international, ce qui inclut un traitement juste et équitable.</p>	<p>4. <i>Expropriation et indemnisation</i> : interdiction faite aux parties de procéder à des expropriations directes ou indirectes, et de prendre des mesures équivalant à l'expropriation sans indemnisation d'un investissement.</p>

<p>5. <i>Performance requisite</i> – interdiction faite aux parties d'imposer certaines exigences ou normes, par exemple en demandant un certain niveau de contenu local ou national de produits, dans le cadre d'un contrat. Alors que les politiques publiques ne doivent pas être prises en compte comme faisant partie de cette clause, dans la pratique, lorsque la mise en œuvre d'une politique publique affecte un investissement étranger, on peut considérer que le gouvernement viole la clause d'interdiction d'imposer des exigences de performance.</p>	
---	--

En cas de non-respect, ces clauses serviront de motif pour initier un recours à l'arbitrage international entre des investisseurs et le gouvernement d'un pays avec un TBI ou un ALE signé.

SOURCE : GUTIERREZ HACES M.T., 2004 : 30-52

- 11 Sans aucun doute, un des aspects les plus controversés dans la plupart des TBI et des ALE a été la définition même de l'investissement, ses limites et son champ d'application, qui sont en fait très larges. L'investissement dans ces accords est défini de manière à ce que le terme englobe à la fois l'acte d'investir, ainsi que les résultats d'un tel acte. L'ampleur des enjeux et des actions couvertes par ce terme est à la source de la plupart des plaintes déposées auprès des mécanismes d'arbitrage international. Cela est dû à la diversité des problèmes qui peuvent être inclus dans cette définition, qui repose sur une interprétation trop laxiste du terme et sur une marge de protection presque illimitée pour l'investisseur. Ainsi, les conflits socio-environnementaux, les protestations collectives d'une communauté touchée par l'exploitation minière, le blocage, par des manifestants, de routes menant à une mine, peuvent être classés comme « perte de profits », et donc constituer un motif de plainte contre un gouvernement dans le mécanisme d'arbitrage international.
- 12 Les conflits socio-environnementaux ne sont pas la seule raison pour qu'une entreprise poursuive un gouvernement devant un tribunal international. Après la crise économique en Argentine en 2001, les banques étrangères ont décidé de déposer une plainte devant un tribunal international contre le gouvernement argentin, en faisant valoir que la mauvaise gestion de la crise avait endommagé leurs prévisions de bénéfices. Les manifestations contre les entreprises étrangères qui gèrent les services publics, tels que l'approvisionnement en eau, gaz et l'électricité, ainsi que le service de collecte des ordures dans les zones urbaines ou les services des décharges de déchets toxiques, ont également été considérées comme des actions affectant les bénéfices des entreprises ; par conséquent, elles ont fait l'objet de poursuites internationales contre les gouvernements. On notera une réaction semblable lors de la tentative d'augmentation des tarifs des services publics aux mains de sociétés étrangères en Bolivie et en Argentine (Gutiérrez Haces M.T, 2016 : 7-8).
- 13 Actuellement, les gouvernements latino-américains enregistrent une augmentation exponentielle des demandes d'arbitrage, qui représentent environ 50% du total des demandes au niveau international, tandis que 60% de ces demandes concernent l'industrie extractive.

Demands des Compagnies Minières contre un Gouvernement sous un TBI ou un ALE

Source : Base de données du CIRDI, 2016

- 14 Ces arbitrages ne peuvent empêcher les gouvernements d'appliquer des politiques publiques spécifiques, ou de mettre en place des législations protectionnistes, mais ils peuvent faire en sorte que les États renoncent à ces politiques pour ne pas avoir à payer les indemnisations correspondantes³. Les plaintes contre les gouvernements dont les législations nationales s'opposent à l'implantation de certains projets miniers, comme c'est le cas au Costa Rica⁴ et au Venezuela⁵, démontrent la fragilisation du droit à légiférer en faveur de politiques de développement donnant la priorité aux communautés.

Typologie des stratégies mises en œuvre : initiatives, réponses et solutions aux conflits de l'industrie minière en matière d'IDE

- 15 Les stratégies de défense, de survie et même de réorganisation des pays latino-américains face aux effets nocifs des TBI et ALE et des arbitrages du CIRDI et du CNUDCI sont loin d'être homogènes, mais nous pouvons les regrouper dans le but d'établir une typologie en fonction des tactiques adoptées.

Stratégies mises en place pour faire face aux TBI et ALE

Stratégies mises en place pour faire face aux TBI et ALE

Créer son propre modèle de TBI et négocier sur cette base	Argentine, Mexique, Canada, États-Unis, Australie, Afrique du Sud, Chine, Indonésie, entre autres
Faire des changements dans la législation et la Constitution concernant l'IDE et l'industrie minière	Mexique, Salvador, Guatemala, Pérou, Colombie, Honduras, Nicaragua
Dénoncer le ou les TBI signés	Équateur, Bolivie, Venezuela.
Dénoncer son appartenance au CIRDI	Équateur, Bolivie, Venezuela, Nicaragua, Argentine
Créer des instances gouvernementales chargées de surveiller les opérations de l'IDE, de prévenir les conflits et de s'occuper des plaintes	Pérou, Colombie, Guatemala, Honduras
Suspendre temporairement l'activité économique à l'origine du conflit	Guatemala, Costa Rica, certaines provinces argentines, certains départements d'Uruguay et du Pérou et certaines régions du Panamá
Établir des mécanismes d'arbitrage régional, autres que le CIRDI et le CNUDCI	Équateur, Bolivie, Venezuela, Argentine et Trinidad et Tobago, également avec le soutien de l'UNASUR
Réguler les relations entre entreprises et État au sein d'instances d'intégration régionale	MERCOSUR, Pacte Andin, CARICOM
Introduire dans sa propre législation le MSD du CIRDI	Colombie, Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Pérou
Déclarer une région minière en conflit comme territoire interdit à l'exploitation minière	Mexique, Argentine
Promouvoir les injonctions procédurales de contestation des communautés contre les activités des entreprises (cf. Juicios de Amparo : Instrument de droit procédural qui vise à protéger les droits fondamentaux établis dans la Constitution mexicaine et dans les traités internationaux dont le Mexique est signataire. Il résulte d'une réaction contre des actes de l'autorité, du gouvernement fédéral, étatique ou municipal, qui affectent irrémédiablement des droits fondamentaux de la population comme la vie, la liberté personnelle, le patrimoine, le libre accès aux ressources naturelles, parmi d'autres droits.)	Mexique

Créer un accord-cadre axé sur la coopération et la facilitation des investissements. Il ne comprend pas un mécanisme lié à l'arbitrage CIRDI ou CNUDCI	Brésil
--	--------

Source : Gutiérrez Haces M.T., 2015 : 31-32

- 16 Au-delà des différences sur le fond et sur la forme de ces initiatives, le fait est qu'elles reflètent la diversité des stratégies conçues par les gouvernements pour amoindrir l'impact des plaintes. De plus, toutes ces formes de résistance ont permis de créer des précédents, une jurisprudence et des visions différentes qui commencent à être prises en considération par d'autres pays, dans d'autres régions du monde.
- 17 Les gouvernements latino-américains embauchent fréquemment des avocats nationaux et étrangers pour mener à bien la résolution d'une plainte et un réseau latino-américain de défense s'est constitué. C'est à travers ce réseau que s'est exprimée la solidarité financière du gouvernement du président Chavez du Venezuela envers des pays comme la Bolivie et l'Équateur.
- 18 Malgré toute la normativité et les régulations émanant des TBI et des ALE, les conflits entre gouvernements et entreprises sont bien loin d'être jugés de façon impartiale. Leur mise en place a entraîné des changements divers à l'intérieur et à l'extérieur des pays latino-américains. Les gouvernements ont conçu différentes stratégies pour inverser les effets négatifs d'un TBI mais, parallèlement, une véritable industrie de l'arbitrage entre entreprises et gouvernements a vu le jour, dirigée par des cabinets d'avocats et d'experts, ex-négociateurs de TBI et d'ALE ou ex-fonctionnaires des gouvernements. Ces experts entrent et sortent des bureaux gouvernementaux et des tribunaux internationaux sans se poser la moindre question sur l'éventuelle existence de conflits d'intérêt⁶.
- 19 La typologie suivante doit permettre de distinguer plusieurs types de stratégies mises en œuvre à l'échelle des États (avec ou sans l'appui des structures d'intégration régionale) et à l'échelle des pouvoirs locaux ou régionaux, face aux recours des entreprises devant des juridictions internationales spécialisées.

Les stratégies d'opposition frontale

- 20 En réponse à l'augmentation du nombre de plaintes déposées, il existe actuellement de la part des gouvernements une nette tendance à ignorer les décisions des tribunaux extraterritoriaux, en particulier en Argentine et, dans une moindre mesure, au Venezuela, en Bolivie et en Équateur.
- 21 Le cas de l'Argentine est particulièrement édifiant. Bien que sous une forme ou une autre, la plupart des pays latino-américains aient accepté le fait que la signature d'un TBI ou un ALE, implique également d'accepter le mécanisme d'arbitrage international et donc le risque d'être poursuivi par une société, l'Argentine, depuis quinze ans, a affirmé que les demandes des entreprises étrangères devaient être réglées par les tribunaux nationaux, et non par le CIRDI ou la CNUDCI. Avec l'arrivée du président Mauricio Macri au pouvoir, la situation a changé pour les hommes d'affaires étrangers qui ont réclamé une indemnisation. Le gouvernement argentin a pris la décision d'accepter le résultat de certains arbitrages internationaux contre lui et de payer une partie de la réparation des dommages.

- 22 À partir de 2007, certains gouvernements latino-américains, accablés par le montant des indemnités réclamées et par le nombre des plaintes, ont dénoncé l'accord avec le CIRDI et entamé un processus de non reconnaissance de son arbitrage⁷. Cette mesure a eu des conséquences désastreuses pour l'Équateur et la Bolivie, à cause de l'existence dans tous leurs TBI de clauses résiduelles ou « de survie » qui donnent à ces traités entre 10 et 40 ans de validité après leur annulation. Ainsi, les plaintes contre un pays suivent leur cours pendant tout ce temps même si l'accord a été dénoncé (Rosales O., Sáez S., 2010 : 137-153).
- 23 Certains pays, non satisfaits par une simple dénonciation de l'accord avec le CIRDI, ont décidé d'annuler la source même des réclamations, c'est-à-dire le TBI lui-même, et ils ont demandé à leur Congrès l'autorisation d'annuler quelques-uns ou tous les TBI en vigueur⁸.

Les stratégies de conciliation et de prévention des conflits

- 24 Le Pérou a opté pour la création d'un organisme gouvernemental appelé Système de coordination et de réponse de l'État aux controverses internationales d'investissement (2006) ; celui-ci s'occupe des TBI, détecte les éventuels conflits et coordonne, si besoin est, le processus d'arbitrage. Aussi le gouvernement péruvien a-t-il décidé d'assurer à ses fonctionnaires une formation spécialisée, avec l'appui de la CNUCED et de l'Organisation des États américains (OEA), pour faciliter leur travail face aux TBI et éviter les erreurs déclenchées lors du dépôt d'une plainte (Ampuero, 2012 : 7-8).
- 25 En 2012, le Pérou a créé, par décret suprême, le Bureau national du dialogue et du soutien, organe technique spécialisé, placé sous l'égide de la Présidence du Conseil des ministres. Cette instance est chargée de diriger, dans la mesure de ses capacités, le processus de dialogue entre les divers acteurs sociaux, représentants des institutions privées et fonctionnaires, dans le but d'éviter les controverses, les différends et les conflits sociaux. Cette instance cherche à transformer les conflits sociaux en opportunités de développement à travers des politiques publiques de dialogue (Presidencia del Consejo de Ministros, 2012).
- 26 Au Guatemala, l'augmentation des conflits sociaux et l'instabilité politique provoquées par les projets miniers ont poussé le gouvernement à concevoir une stratégie de prévention et de résolution de ces conflits. En mars 2013, le gouvernement a créé le Groupe interinstitutionnel des problèmes miniers, rattaché au système national de sécurité. Son rôle est de chercher des solutions et de mettre fin aux conflits sociaux qui surgissent à cause de projets d'extraction portant atteinte à la sécurité de l'État⁹. Cette action du gouvernement guatémaltèque cherche à favoriser la participation des communautés, du secteur privé et du pouvoir local dans l'élaboration de stratégies visant à diminuer les conflits sociaux liés à la recherche et à l'exploitation de ressources minières.
- 27 D'autres pays, tels que l'Argentine, la Bolivie et le Nicaragua ont mis au point des initiatives très différentes¹⁰, beaucoup plus centrées sur la défense durant le processus d'arbitrage que sur des actions préventives visant à éviter les plaintes, comme le font le Pérou, le Guatemala et la Colombie.

La stratégie de rupture du Brésil

- 28 Au cours des 25 dernières années, le Brésil a signé environ 14 TBI ; néanmoins, ils ne furent jamais ratifiés par le Congrès. En 2013, le gouvernement brésilien a rompu avec cette politique et il a entamé des négociations avec le Mozambique, sur la base de son nouveau modèle TBI. Des accords similaires ont également été négociés et signés avec l'Angola, le Mexique et le Malawi. Peu de temps après, le gouvernement a également annoncé qu'il signerait des accords similaires avec un autre groupe de pays, dont l'Algérie, le Chili, la Colombie, le Maroc, le Pérou, l'Afrique du Sud et la Tunisie.
- 29 Avec cette initiative, le Brésil privilégiera des stratégies plus amicales que celles prévalant dans les TBI actuels, qui ne comprennent pas de dispositions sur l'arbitrage investisseur-État similaires à celles proposées par le CIRDI et la CNUDCI. La définition de l'investissement sera plus restrictive et se référera exclusivement à l'investissement étranger direct. Elle diffèrera donc clairement de celle donnée dans un TBI ou un ALE traditionnel.
- 30 L'approche brésilienne offre donc une alternative aux gouvernements qui souhaitent réduire les risques non intentionnels de l'arbitrage, tout en trouvant le moyen de régler les différends qui peuvent survenir avec les investisseurs (Bernasconi-Osterwalder N. et Brauch M.D., 2015 : 1-14). Construire un modèle adapté aux caractéristiques et aux besoins d'un pays comme le Brésil a pris plusieurs années pour se matérialiser. En 2013, le gouvernement brésilien a décidé de rendre public un premier document dans lequel sont listés les points saillants du traité envisagé. Sans aucun doute, ce modèle comprend toutes les expériences, les échecs et les réalisations que l'Amérique latine a accumulés depuis 1994.

Le rôle des intégrations régionales par rapport aux instances internationales de règlement des conflits

- 31 On peut se demander, le cas échéant, si les pays d'Amérique latine ne disposent pas d'autres instruments d'arbitrage, en dehors du CIRDI ou le CNUDCI, qui pourraient régler les différends entreprise-État dans la région. Paradoxalement, les options existent, même si elles sont très diverses, y compris celles dûment établies par le Pacte andin, la Communauté des Caraïbes (CARICOM) et le Marché commun du Sud (MERCOSUR), car ils ont tous envisagé, au sein de leur structure, des mécanismes d'arbitrage sur les investissements. Cependant, dans la pratique, les pays d'Amérique latine ne les utilisent pas et, dans certains cas, comme le MERCOSUR, ils n'ont même pas ratifié le Protocole de Cologne¹¹ et le Protocole de Buenos Aires qui pourraient impulser un mécanisme d'arbitrage. Dans une large mesure, les pays d'Amérique du Sud ont ignoré les instruments d'arbitrage régionaux conçus par eux-mêmes, préférant signer à partir de 1994 un TBI ou un ALE contenant des mécanismes de règlement des différends tels que le CIRDI et la CNUDCI. Ce geste ne peut s'expliquer que comme une tentative pour attirer l'intérêt économique des pays comme le Canada et les États-Unis, qui à l'époque avaient orchestré leur premier ALE avec un pays d'Amérique latine : le Mexique (ALENA, 1994).

La stratégie de l'Équateur dans le cadre de l'UNASUR

- 32 Parallèlement à l'initiative du Brésil, le gouvernement de l'Équateur a publié en mai 2013 un décret exécutif (n° 1506), par lequel la « Commission pour l'audit intégral citoyen des traités de protection réciproque des investissements » (CAITISA) a été créée. Le but principal de la CAITISA était de procéder à une vérification complète de leur TBI et du système d'arbitrage international pour analyser leur légitimité. L'un des principaux arguments à l'appui du décret était que, bien que l'Équateur eût commencé le processus d'adhésion au CIRDI en 1986, le Congrès national avait seulement approuvé l'adhésion en janvier 2001. Compte tenu de ces dates, les TBI signés par l'Équateur avant 2001 étaient invalides parce qu'ils n'étaient pas liés à une juridiction particulière. Par conséquent, les demandes des entreprises soutenues par un TBI négocié entre 1992 et 2001 pourraient ne pas être valides. Ce décret était une réponse au refus du CIRDI de reconnaître les faits ci-dessus.
- 33 Par ailleurs, dans la nouvelle Constitution de l'Équateur (2008), l'article 442 détermine qu'il ne peut pas conclure des traités ou des instruments internationaux dans lesquels l'État renonce à sa juridiction souveraine au profit d'organismes d'arbitrage international. Un an plus tard, en juin 2009, le président Rafael Correa a décidé de mettre fin à l'accord entre l'Équateur et le CIRDI et a lancé un processus d'examen sélectif du TBI pour décider ce qui pourrait l'annuler. La CAITISA a achevé ses travaux en décembre 2015 et a présenté un rapport dans lequel sont analysés les 30 TBI signés par l'Équateur jusqu'à présent. Parmi eux, 26 sont encore vigoureux et 9 ont été dénoncés diplomatiquement (cependant, 6 sur les 9 continuent d'être en vigueur du fait de clauses de survie...).
- 34 La conclusion du rapport de la CAITISA clôture la première étape d'un long processus dans lequel un petit pays comme l'Équateur a résolu de briser l'échafaudage de l'arbitrage international. L'Équateur a déployé simultanément des tactiques diplomatiques très bien orchestrées, agissant sur deux fronts : le front intérieur, avec la mise en œuvre des initiatives décrites ci-dessus, et le front extérieur au travers de la création d'un Centre de règlement des différends sur les investissements, en utilisant la plate-forme multilatérale offerte par l'Union des nations sud-américaines (UNASUR). Un premier projet, appelé « Accords constitutifs du Centre pour le règlement des différends sur les investissements » de l'UNASUR, a été publié en 2012. Ce document a été restructuré plus tard et une nouvelle version circule depuis 2014 (Álvarez Zárate JM. et Pendleton R., 2016 : 681-699 ; Fach K. et Titi C., 2016 ; 3-4).
- 35 L'impact politique de cette tentative de l'Équateur a été considérable, en particulier parce qu'il a constitué un sérieux défi à l'arbitrage international en vigueur. Cependant, la création officielle du Centre fait face à de sérieux obstacles. Les clauses établies par l'UNASUR postulent que le soutien officiel de tous les pays membres de l'UNASUR est nécessaire. À l'heure actuelle, plusieurs pays d'Amérique latine considèrent que d'autres mécanismes devraient être réexaminés. Certains croient aussi qu'avant de créer un nouveau centre de règlement des différends, il faudrait reconsidérer les mécanismes d'arbitrage préexistants dans le MERCOSUR et le Pacte andin. Indépendamment de ces réserves, des pays tels que la Bolivie, l'Argentine et le Venezuela ont mené une stratégie d'accompagnement du gouvernement Correa. Si l'avenir du Centre semble complexe, la valeur de cette expérience réside surtout dans la façon dont les pays d'Amérique latine

ont fourni des approches diverses qui ouvrent la voie à un possible arbitrage multilatéral du Sud et pour le Sud.

Stratégies unilatérales suite à des rapports de force asymétriques au sein de l'intégration régionale (cas de l'Amérique centrale)

- 36 Pour leur part, les pays centraméricains ne sont pas seulement confrontés aux conséquences des TBI, mais ils doivent encore faire face aux plaintes émanant de l'ALÉAC (l'Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis et la République Dominicaine, 2004) négocié de façon multilatérale avec les États-Unis. Ces pays ont pris des mesures qui tentent de protéger le caractère non renouvelable de leurs ressources et de réguler les bénéfices tangibles que représente l'exploitation minière.
- 37 Le fait que ces pays soient soumis aux mêmes dispositions et pénalités inscrites dans l'ALÉAC contribue à renforcer la tendance à la sur-régulation qui paralyse les activités extractives de presque toute la région centraméricaine. Il semble paradoxal de constater que, bien que la majorité des conflits liés à l'investissement aient la même origine, on n'ait jamais pensé à créer une instance communautaire pouvant offrir une solution régionale aux conflits.
- 38 Compte tenu de l'histoire politique de cette région, la majorité des gouvernements a pris des mesures préventives, voire répressives, face à l'activité minière. Depuis plusieurs années, ils ont essayé, avec plus ou moins de succès, de suspendre temporairement les autorisations données aux entreprises intéressées par cette activité et ils tentent de restructurer les lois concernant l'activité minière et celles touchant à la protection de l'environnement. La tendance à recourir à des moratoires reflète clairement l'incapacité des gouvernements à générer un dialogue entre les entreprises, les communautés et les autorités concernées. Les moratoires ont été plus souvent utilisés en Amérique centrale que dans le reste de l'Amérique latine. Ils n'ont cependant pas résolu beaucoup de problèmes et ont eu un impact économique grave, non seulement par l'annulation temporaire d'une source de travail, mais parce qu'ils ont donné lieu à des demandes considérables des entreprises contre les gouvernements.
- 39 D'une façon générale, il n'existe pas de stratégie régionale entre les pays d'Amérique centrale tendant à rendre compatibles les actions des entreprises d'extraction avec l'intérêt des gouvernements en ce qui concerne l'usufruit total ou partiel de la rente minière, mais tous ces pays sont maintenant plus disposés à tirer la leçon de l'expérience sud-américaine et mexicaine quant aux plaintes déposées par les entreprises. Une analyse des réponses individuelles des quatre pays centraméricains membres de l'ALÉAC (2004) montre bien les difficultés pour créer une politique commune face aux entreprises étasuniennes et canadiennes protégées par un accord. Voyons ce problème plus en détail.
- 40 Au Guatemala, le projet de moratoire de deux ans concernant l'émission de nouvelles autorisations de recherche, d'exploration et d'exploitation de minéraux métalliques sur le territoire national a été présenté au Congrès en 2013. Ce projet reconnaît que la loi minière en vigueur depuis 1997 ne prend pas en compte ni ne garantit les mécanismes d'inclusion et de développement des populations liés aux activités minières. Le gouvernement considère que, pendant la suspension temporaire, il est possible d'approuver des réformes à la loi minière (décret 48-97) et à sa réglementation (accord gouvernemental 176-2001), afin de favoriser les activités de ce secteur.¹²

- 41 La réponse des chefs d'entreprise ne s'est pas fait attendre. Le comité coordinateur des associations agricoles, commerciales, industrielles et financières a déclaré que le moratoire portait atteinte à la certitude juridique et économique des investissements dans le secteur. L'octroi de licences d'exploitation a toujours été le motif de conflits sociaux à cause de l'opposition des organisations indigènes et paysannes qui dénoncent la pollution de l'environnement dans leurs communautés. Il est certain que tant que ce moratoire ne sera pas approuvé par le Congrès, le gouvernement pourra continuer à délivrer des permis d'exploitation et d'exploration. Et s'il est approuvé, il ne pourra s'appliquer que sur l'octroi de nouveaux permis sans toucher à ceux accordés auparavant.
- 42 Au Salvador, le processus d'obtention de permis et de concessions minières a été suspendu. Le président Saca avait adopté ce moratoire de façon préventive pour faire face à la menace de la compagnie minière Pacific Rim de déposer une plainte au CIRDI, épaulé par son TBI avec le Canada, signé en 1999. Par la suite, sous le gouvernement de Mauricio Funes (2009-2014), la suspension d'éventuels nouveaux permis a été maintenue au motif que les projets miniers nuisent à la santé publique.
- 43 En 2012, le président a présenté à l'Assemblée un projet de loi de suspension des processus d'octroi de permis et de concessions minières tant que les conditions exigées par les réglementations de l'évaluation stratégique de l'environnement du secteur minier ne seraient pas remplies. L'avant-projet de la Loi spéciale de suspension des processus administratifs des Projets d'exploration et d'exploitation des mines métallifères (2012) établit qu'aucune nouvelle demande ne pourra être présentée avant la levée de cette suspension et que cette demande devra subir une vérification intégrale¹³. Cette mesure reflète clairement la position des gouvernements centraméricains face aux conflits du secteur minier. Le moratoire et la suspension d'activités minières constituent des options récurrentes face à la perspective d'une plainte au CIRDI.
- 44 La volonté de trois gouvernements successifs de changer la situation du secteur minier au Salvador en rédigeant une nouvelle législation est pour une bonne partie la conséquence des conflits avec l'entreprise minière canadienne Pacific Rim et d'une plainte qu'elle a déposée au CIRDI¹⁴. Le tout nouveau président du Salvador, Sánchez Cerén (2014-2019), a déclaré que l'industrie minière n'était pas viable pour le Salvador et a promis d'y interdire l'exploitation minière¹⁵.
- 45 Au Honduras a été mise en place en 2002 une réforme du code minier de 1998 qui attribuait aux entreprises de gros avantages fiscaux, les autorisant à travailler dans n'importe quelle région du pays sans exiger en retour les garanties nécessaires pour les communautés affectées, comme par exemple l'approvisionnement en eau. La pression sociale des groupes écologiques et des communautés a obligé le gouvernement de Ricardo Maduro (2002-2006) à décréter en 2004 un moratoire à l'octroi de nouvelles concessions minières (Décret 474-2004)¹⁶.
- 46 Un moratoire a été imposé par le président Manuel Zelaya en 2006, à travers le décret PCM-09-2006 qui spécifie qu'aucune concession minière métallifère ne sera accordée pendant un an ou jusqu'à ce qu'entrent en vigueur les réformes de la Loi générale des mines de 1998.
- 47 En mai 2009, le nouveau projet de Loi minière envisageait une augmentation d'impôts pour le secteur minier, l'interdiction des mines à ciel ouvert, l'interdiction d'utiliser des produits toxiques comme le cyanure et le mercure, et soumettait la demande d'une concession minière à l'approbation préalable de la communauté (la licence sociale). Le

débat devant le Congrès était prévu pour le 16 août 2009. Cependant, le 28 juin de la même année, le président Zelaya était renversé par un coup d'État militaire et la loi n'a jamais été présentée au Congrès.

- 48 L'administration du président Porfirio Lobo (2010-2014) mène une politique différente de celle de ses prédécesseurs, faisant la promotion des investissements dans le secteur minier. Tout en se déclarant favorable aux politiques responsables, il n'a cependant pas cherché à freiner les pratiques en vigueur des entreprises minières transnationales. Le 15 mars 2013 est publiée la nouvelle Loi générale des mines qui prévoit la création de l'Institut des mines, doté de la capacité technique et logistique pour réaliser le monitoring, le contrôle et le suivi des concessions ayant obtenu une licence. La nouvelle loi garantit qu'une partie des impôts servira à renforcer les institutions d'audit.
- 49 Le nouveau président Juan Orlando Hernández (2014-2018) a pris des décisions dès le début de son mandat en incluant dans son projet de gouvernement un programme de développement des mines. Le ministère de l'Énergie, des Ressources naturelles, de l'Écologie et des Mines a mis en examen 259 concessions minières dont les permis sont suspectés d'avoir été obtenus de manière irrégulière ; les concessions qui sont considérées comme abandonnées par leurs investisseurs sont également sous surveillance.
- 50 Au Costa Rica, quelques jours avant le changement de gouvernement, le président Oscar Arias (2006-2010) a émis un décret de moratoire sur les mines d'or¹⁷. Ce moratoire ne concerne que les mines d'or à ciel ouvert et les droits acquis avant la publication du décret seront respectés. Le gouvernement de Laura Chinchilla (2010-2014) a réitéré le moratoire sur les mines d'or le jour même de sa prise de pouvoir et signé un décret qui suspend indéfiniment l'exploitation des minéraux à ciel ouvert, répondant ainsi aux demandes des défenseurs de l'écologie et des organisations de la société civile. Le Congrès a approuvé en mai 2013 le décret exécutif 36019-MINAET qui établit un moratoire national pour un temps indéfini concernant l'exploitation des mines métallifères et d'or sur le territoire national. Celui-ci concerne l'exploration, l'exploitation et les traitements des matériaux extraits utilisant du cyanure ou du mercure dans des mines à ciel ouvert¹⁸.
- 51 L'approbation de cette loi démontre une politique gouvernementale clairement définie qui interdit l'exploitation des mines à ciel ouvert à cause de leur nocivité et de leur manque de durabilité. Les politiques publiques concernant la régulation de l'extraction n'ont pas été très appréciées par les entreprises qui possédaient déjà des concessions dans le pays, comme la compagnie Infinito Gold qui a déposé plainte contre le gouvernement du Costa Rica en 2014, grâce à un TBI signé avec le Canada¹⁹.

Les réponses locales

- 52 Parallèlement aux décisions des gouvernements centraux face aux conflits en matière d'investissement, les gouvernements des régions, des provinces, des départements et des municipalités ont décidé unilatéralement d'appliquer des mesures préventives afin de désarmer d'éventuels conflits et manifestations pouvant aboutir à une plainte au CIRDI, d'après les règles du CNUDCI. Il est bon de préciser que les plaintes déposées par une entreprise sont toujours adressées au gouvernement central, même si le conflit est d'origine régionale. Cet aspect est au cœur de nombreuses querelles entre les divers niveaux de gouvernement puisque que le paiement d'éventuelles indemnités est assumé par le gouvernement central²⁰.

- 53 Cela n'empêche pas les autorités locales de considérer qu'il y a une différence de perception des relations gouvernement-entreprise lorsque le transfert de responsabilité aux communautés ne s'accompagne pas d'un appui quelconque, financier par exemple. En général, la politique fiscale favorise le gouvernement central sans tenir compte de la charge que les activités d'une entreprise minière représente pour un gouvernement local, en particulier quand il s'agit d'une activité qui implique intrinsèquement un haut niveau d'instabilité sociale et de pollution de l'environnement, comme l'exploitation minière.
- 54 Puisque la majorité des conflits miniers qui aboutissent à une demande d'arbitrage international en Amérique latine se situent dans des communautés régionales, il est de plus en plus nécessaire d'étudier les réponses offertes par les gouvernements locaux.
- 55 S'il est vrai que de nombreux pays de ce continent ont un long passé minier, il est aussi intéressant d'examiner la réponse locale des pays atypiques en la matière comme l'Argentine où l'activité minière est encore dans une phase de décollage, par rapport à ce qui se produit dans deux pays miniers traditionnels tels que le Chili et le Pérou.
- 56 Dans les années 1990, l'exploitation minière argentine subit d'importantes transformations, dont un apport croissant de capitaux étrangers dans l'exploration et l'exploitation, la consolidation du statut du petit et du moyen entrepreneur minier et l'augmentation des volumes de production et d'exportation de minerais. Le gouvernement de Carlos Menem (1989-1999) décrète une stabilité fiscale de 30 ans pour la mine, mais le gouvernement de Néstor Kirchner (2003-2007) modifie la loi et établit le paiement de droits d'exportation pouvant aller jusqu'à 10%. Pour sa part, la présidente Cristina Fernández (2007-2015) a pris le parti de la mine en s'opposant à une loi de protection des glaciers andins et s'est manifestée en faveur de l'exploitation minière.
- 57 S'il est vrai que le gouvernement fédéral favorise le développement du secteur minier, les manifestations contre cette activité ne se sont pas fait attendre au niveau provincial. Plusieurs communautés et organisations de la société civile se sont mobilisées pour manifester leur mécontentement, comme par exemple les habitants d'Esquel qui ont refusé le modèle minier en s'opposant au projet de l'entreprise canadienne Meridian Gold. Dans d'autres localités, les communautés se sont aussi organisées pour défendre leurs territoires, se rassemblant en de nombreux groupes et organisations locales sous forme d'assemblées.
- 58 Certains gouvernements provinciaux ont pris des mesures législatives pour protéger les communautés de la pollution et des retombées du processus d'extraction à grande échelle. La première mesure a été la suspension de divers projets miniers, la deuxième est l'élaboration de lois interdisant l'utilisation du cyanure pour extraire des minéraux.
- 59 Les provinces de Río Negro, Tucumán, Mendoza, La Pampa et Chubut (Esquel) ont interdit l'utilisation du cyanure dans les procédés de récupération de métaux. Quatre autres provinces (San Luis, Jujuy, Córdoba et Tandil) essaient d'ajouter à leur législation les mêmes interdictions. Ces lois placent les provinces argentines parmi les plus modernes en matière législative et à l'avant-garde de la défense et de la protection des ressources naturelles. Cependant, nous ne pouvons pas dire que toutes les provinces se sont opposées à l'exploitation minière. Certaines, comme la province de San Juan, ont jusqu'ici maintenu une position très favorable à cette activité. Située dans les montagnes, à distance des centres importants de population, elle est ainsi libre de produire des dommages environnementaux, car elle représente une source de revenus considérables pour cette province.

- 60 Au Mexique, l'émergence d'initiatives locales visant à déclarer leur territoire interdit à toute activité minière est relativement rare. Bien que les communautés affectées par l'exploitation minière aient à plusieurs reprises combattu pour leur territoire, en pratique, cette mesure est très complexe, car elle implique nécessairement les trois niveaux du gouvernement fédéral, étatique et municipal, et se heurte à une structure législative qui, depuis 1996, vise à promouvoir et à protéger les investissements nationaux et étrangers.
- 61 En ce sens, rien de plus contrasté que les cas du Mexique et de l'Argentine, où le fédéralisme s'exprime de manière très différente. Au Mexique, le *Municipio libre* occupe une place centrale dans la Constitution mexicaine qui est interprétée et déformée depuis des décennies, à travers diverses lois secondaires. Dans le cas de l'Argentine, les provinces, autonomes ont toujours été une force économique et politique qui a parfois mis en péril le gouvernement central.
- 62 En décembre 2003, cinquante-six organisations paysannes et sociales, ainsi que les autorités représentant l'*ejido* à Tapachula, dans l'État du Chiapas, ont déclaré la région interdite à toute exploitation minière. Un phénomène semblable s'est produit à Zacualpan, dans l'État de Colima, où la population autochtone a obtenu que les autorités décrètent le territoire de la propriété communale de Zacualpan interdit à toute activité minière.
- 63 Au Panamá, le gouvernement de Ricardo Martinelli (2009-2014) a annoncé l'ouverture du secteur minier à l'IDE. A cet effet, il a invité les gouvernements de la Corée du Sud, de Singapour et du Canada à investir dans les activités minières et il a présenté à l'Assemblée nationale en 2011 le projet de loi 277 de réforme du Code des ressources minérales.
- 64 Ce projet cherchait à réformer le Code minier pour faciliter la participation de l'IDE à l'extraction de minerais métallifères et non métallifères, tout en augmentant les droits, redevances et impôts payés par les entreprises minières. En même temps, le gouvernement annonça son intention de mettre aux enchères les gisements de cuivre de Cerro Colorado situés dans la région indigène de Ngäbe-Buglé²¹. La pression sociale contre la réforme du Code minier et l'attribution de nouvelles concessions à Cerro Colorado²² ont forcé le gouvernement à abroger la loi et à négocier avec les opposants un accord qui suspend toute exploitation minière dans la région.
- 65 Après un ample débat entre le gouvernement et la communauté indigène Ngäbe-Buglé, le projet de loi n° 415 a été présenté et approuvé par l'Assemblée nationale en mars 2012. Cette loi, qui établit un régime spécial pour la protection des ressources minérales, hydriques et naturelles dans la région de Ngäbe-Buglé, a interdit l'attribution de concessions minières sur le territoire indigène et révoqué les concessions attribuées auparavant (Pérez P., 2012 : 1-4).
- 66 En Uruguay, les gouvernements locaux ont acquis une importance certaine dans le débat sur la mégaexploitation des mines. En plus de la pression des groupes activistes, il ne faut pas sous-estimer la participation des gouvernements locaux. Les départements de San José, Lavalleja et de Tacuarembó ont effectué des changements législatifs qui interdisent certains types de procédés et de technologies utilisés dans l'extraction de ressources minérales. Le département de Lavalleja a déclaré en octobre 2013 que les zones rurales étaient des zones de réserve naturelle et a interdit l'exploitation des mines à ciel ouvert.
- 67 En novembre, l'Assemblée départementale de Tacuarembó a aussi approuvé le projet de loi interdisant l'exploitation des mines à ciel ouvert sur son territoire²³. En mai 2014,

l'Assemblée départementale de San José a, elle aussi, approuvé le décret qui interdit l'activité minière métallifère sur le sol rural du département²⁴.

- 68 Au Pérou, les conflits sociaux dérivant de l'activité minière ont provoqué des débats dans l'opinion publique nationale et internationale. Depuis l'attribution de la concession d'exploitation du projet minier de Santa Ana à la Bear Creek Mining Company²⁵, le département de Puno²⁶ a vécu une période de grande mobilisation contre l'activité minière.
- 69 Ce qui s'est passé à Puno a remis en cause la politique d'attribution de concessions minières au Pérou. Pour mettre fin à ce conflit, le gouvernement péruvien a pris des décisions sans précédent. Dans les derniers mois de son gouvernement (2006-2011), Alan García a essayé de trouver une solution à l'ingouvernabilité en élaborant et en publiant trois normes qui ont définitivement réglé le conflit. Le Décret suprême 032-2011-EM, a aboli la concession de la mine Santa Ana attribuée à la Bear Creek Mining et suspendu toute nouvelle concession minière dans la région pendant trente-six mois. Il a en outre été décidé de soumettre les activités d'exploration et d'exploitation minière du département de Puno à un processus de consultation dans le cadre de l'Accord 169 de l'OIT, et de la loi n° 24656-Loi des communautés paysannes.
- 70 L'entreprise canadienne a cherché à débloquer le projet de mine d'argent de Santa Ana avec le gouvernement d'Ollanta Humala (2011-2016). Début 2014, l'entreprise canadienne Bear Creek a annoncé qu'elle déposerait une plainte au CIRDI contre l'État péruvien, se réfugiant derrière les clauses de l'ALE signé entre le Pérou et le Canada.

Évaluation de l'efficacité des principales stratégies

- 71 Historiquement, la protection des flux de capitaux internationaux a fait l'objet, sous une forme ou une autre, d'un nombre croissant de règlements, règles et procédures qui constituent l'essence des divers accords internationaux visant directement ou indirectement à donner une plus grande certitude à l'investisseur. Au fil des ans, (surtout après l'entrée en vigueur de l'ALENA en 1994), de nouveaux usages et coutumes sur la façon de protéger l'IE, soutenus principalement par les TBI ainsi que par divers ALE, contiennent un chapitre qui établit spécifiquement les règles de protection de l'investissement des compagnies appartenant aux pays signataires de l'accord.
- 72 Ce processus a renforcé les droits des investisseurs, mais dans l'ensemble ces accords n'ont jamais cherché à établir des responsabilités en liant leurs activités avec le développement des pays bénéficiaires des investissements. Bien que ce fait ait été pratiquement constant, ces dernières années quelques pays ont commencé à considérer qu'il devrait y avoir une plus grande réciprocité entre ces accords et la responsabilité sociale des investisseurs (Gutiérrez Haces M.T, et Quintero A., 2016).
- 73 Depuis les années 1990, de nombreux gouvernements des pays en développement, et certains de ceux qui sont considérés comme des économies « émergentes », ont lancé un processus d'examen de ces accords, cherchant à les modifier ou à créer de nouveaux modèles, plus en phase avec la spécificité du pays. Cet exercice a cherché à équilibrer de façon plus rationnelle les relations entre pays et investisseurs. Ce processus a généré des règles alternatives pour réguler l'IE, qui font partie des TBI et ALE nouvelle génération, comme c'est le cas pour l'Australie, l'Indonésie, l'Inde et l'Afrique du Sud, entre autres.

- 74 Huit ans après le déclenchement de la crise économique de 2008, des questions graves se posent encore et de nombreux doutes persistent non seulement sur la pertinence du paradigme économique que représentent pour l'Amérique latine les politiques néolibérales, mais encore sur l'efficacité et l'efficience des institutions économiques internationales, qui pendant des décennies ont collaboré avec l'ordre économique international, comme le CIRDI et la CNUDCI, en liaison étroite avec la Banque mondiale, le Fonds monétaire international et l'OCDE.
- 75 Au cours des trente dernières années, ces institutions ont cherché à réduire radicalement les marges de manœuvre des gouvernements en ce qui concerne la définition de leurs stratégies de développement. Elles ont imposé progressivement des changements économiques et politiques d'échelle de décision grâce à la négociation des TBI et des ALE qui donnent plus de pouvoir aux sociétés transnationales.
- 76 L'analyse de tout instrument de protection de l'investissement étranger révèle la tendance à limiter le pouvoir de l'État et à imposer des sanctions en cas de violation flagrante de la protection de l'investissement étranger. Cette caractéristique apparaît entre autres dans le contenu des clauses relatives aux exigences de performance imposées aux investisseurs, ce qui limite l'étendue des actions des gouvernements dans le cadre naturel de leurs fonctions. Cet aspect porte atteinte à l'une des principales fonctions de tout gouvernement : la capacité d'établir des politiques publiques souveraines qui prévalent sur les intérêts des grandes entreprises.
- 77 Par conséquent, la plupart des gouvernements bénéficiaires du capital ne peuvent mettre en pratique des politiques de développement qu'en contrecarrant les priorités et pratiques des sociétés transnationales.
- 78 Par ailleurs, en étudiant le problème de l'arbitrage international sous l'angle des conflits nés de l'exploitation des ressources naturelles, on découvre combien il est important de prendre en compte la composante sociale de ces problèmes puisque celle-ci joue un rôle fondamental dans les controverses entreprises-gouvernement aboutissant à des arbitrages internationaux. On ne peut pas ignorer que les conflits concernant les ressources minières qui sont présentés devant le CIRDI et le CNUDCI sont, pour une part importante, liés au mécontentement populaire et à la mobilisation sociale. On assiste actuellement à un processus de prise de conscience des droits des communautés sur leurs terres, du caractère non renouvelable de leurs ressources et des méfaits collatéraux que provoque l'exploitation effrénée de cette richesse. Cependant, la machinerie de l'arbitrage international refuse d'analyser les réclamations sous cet angle et s'entête à analyser les cas avec une vision obsolète qui généralement favorise les entreprises.
- 79 Le système du CIRDI, en tant qu'instance internationale, connaît mal les concepts, tels que la licence sociale d'exploitation, qu'une communauté peut ou non attribuer à une entreprise. Le consentement libre et réfléchi est un autre moyen qu'une communauté peut utiliser face à un projet d'investissement jugé illégitime.
- 80 Les communautés et leurs gouvernements locaux considèrent de plus en plus souvent qu'ils ont le droit d'utiliser ces principes démocratiques, et obligent parfois les gouvernements centraux, mais aussi les entreprises étrangères d'extraction à tenir compte de leurs conceptions, revendications et besoins.
- 81 Notre analyse permet ainsi de mettre en évidence la variété des stratégies de caractère national et multilatéral engendrées par la mise en place des TBI et des ALE. Ce travail souligne qu'assurer le lien entre les politiques publiques et les investissements étrangers

dans le domaine des ressources naturelles est une tâche des plus complexes pour les gouvernements latino-américains actuels. En raison des caractéristiques de l'extraction minière dans de nombreux pays d'Amérique latine, les gouvernements impliqués devront sans aucun doute mettre en place une double stratégie : d'une part, continuer à répondre aux demandes des entreprises étrangères du secteur minier tout en préservant leur souveraineté et, d'autre part, mettre au point des actions concrètes pour éviter de reproduire et soutenir les comportements illégitimes attribués aux entreprises étrangères qui sont à l'origine de bien des conflits sociaux et mobilisations collectives dans le domaine des ressources naturelles.

BIBLIOGRAPHIE

Álvarez, Zárate, José Manuel, *¿Hacia dónde va América Latina respecto del Derecho internacional de las inversiones?* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Ampuero, Ricardo, *El sistema implementado por el Perú para la coordinación y respuesta del estado en controversias internacionales de inversión*, New York, Investment Treaty News, 2012.

Bernasconi-Osterwalder, Nathalie, et Brauch, Martin Dietrich, *Comparative Commentary to Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreements with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi*, Genève, International Institute for Sustainable Development, 2015.

CIRDI, Base de données, ICSID, 2016, URL : <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>, page consultée le 12 décembre 2016.

De Echave, José, "El conflicto minero en Puno", *Política y Economía*, mayo 2011, www.politicaeconomia.com/2011/05/peru-el-conflicto-minero-en-puno, page consultée le 12 décembre 2016.

Fach Katia et Titi Catherine, *El centro de solución de controversias en materia de inversiones de UNASUR: Comentarios sobre el borrador de acuerdo constitutivo*, Genève, Investment Treaty News, International Institute for Sustainable Development, 2016.

Gutiérrez Haces, María Teresa, "La inversión extranjera directa en el TLCAN", *Revista Economía*, UNAM, vol. 1, n° 3, 2004, p. 30-52, www.scielo.org.mx/pdf/eunam/v1n3/v1n3a2.pdf, page consultée le 10 décembre 2016

Gutiérrez Haces, María Teresa, "Entre la observancia de los Acuerdos de Protección a la Inversión y el derecho a instrumentar políticas públicas de desarrollo en América Latina", dans Álvarez Zárate, José Manuel, *¿Hacia dónde va América Latina respecto del Derecho internacional de las inversiones?* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 23-60.

Gutiérrez Haces, María Teresa, "La fragilidad del margen de maniobra del Estado en la instrumentación de políticas públicas frente a la consolidación de los Acuerdos Bilaterales de Protección a la Inversión Extranjera", *Revista ALAI*, 6 de octubre del 2016, <http://www.alainet.org/es/articulo/180776>, page consultée le 12 décembre 2016.

Gutiérrez Haces, María Teresa et al, *Hacia la Construcción de un Régimen Internacional de Protección a la Inversión Extranjera*, México, NORTEAMERICA, UNAM, 2016.

Haarstad, Harvard (ed.), *New Political Spaces in Latin American Natural Resource Governance*, New York, Palgrave Macmillan, 2012.

Presidencia del Consejo de Ministros, Reporte, Lima, Oficina Nacional de Diálogo y Sostenibilidad, 2012.

Pérez, Priscilla, "Henríquez: Gobierno no está impulsando minería en la comarca Ngäbe Buglé", *La Prensa*, 7 février 2012, www.prensa.com/priscilla_perez/Henriquez-Gobierno-impulsando-Ngabe-Bugle_0_3314668565.html, page consultée le 12 décembre 2016.

Rosales, Osvaldo et Sáez Sebastián, *Temas controversiales en negociaciones comerciales Norte-Sur*, Santiago de Chile, CEPAL, 2010, <http://repositorio.cepal.org/handle/11362/2612?locale-attribute=en>, page consultée le 10 décembre 2016.

Schneiderman, David, *Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

NOTES

1. La plupart des demandes des entreprises en matière d'investissement sont déposées devant le CIRDI ou à la CNUDCI, cependant, en fonction du contenu d'un TBI ou ALE, une entreprise peut choisir d'autres mécanismes d'arbitrage internationaux tels que la Cour permanente de l'arbitrage à la Haye, et la Cour internationale de Paris, la Chambre de Stockholm, entre autres.
2. La demande d'arbitrage (800 millions d'euros initialement) présentée par l'entreprise étatsunienne Doe Run du Groupe RENCO contre le gouvernement du Pérou en raison de l'ALE avec les États-Unis, illustre comment une menace peut limiter l'application de réformes inscrites au calendrier national de gouvernabilité des ressources naturelles et des industries extractives.
3. Ce fut le cas des entreprises minières Pacific Rim et Commerce Group qui, en 2009, ont exigé du gouvernement du Salvador les sommes de 77 et 100 millions de dollars respectivement.
4. En 2013, l'entreprise minière canadienne Infinito Gold a réclamé des millions de dollars au Costa Rica, sous la protection du TBI signé avec le Canada.
5. Le processus de nationalisation de l'industrie de l'or en 2011 a déclenché plusieurs plaintes des entreprises canadiennes Gold Reserve, Rusoro et Crystallex International Corp, ainsi que de l'entreprise Anglo American PLC.
6. Il convient de préciser le coût élevé que les États doivent payer pour assurer leur défense devant un tribunal international. Actuellement, le montant moyen pour couvrir uniquement les coûts liés aux cabinets d'avocats engagés pour la défense d'un gouvernement, quel que soit le montant des amendes, est d'environ 8 millions de dollars américains.
7. L'Équateur a dénoncé l'accord du CIRDI en 2009, et la Bolivie en 2007. Le Nicaragua a annoncé une démarche similaire en 2008 et le Venezuela a formalisé sa plainte en 2012. Le gouvernement argentin a demandé à son Congrès l'autorisation de commencer le processus de dénonciation en 2012.
8. La Bolivie a suivi un processus de renégociation des TBI établi par une disposition transitoire de la Constitution politique de l'État (2009). À ce jour, elle a dénoncé les TBI avec la Corée, la Suisse, les Pays-Bas et Cuba. En 2008, l'Équateur a dénoncé le TBI avec Cuba, le Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, le Paraguay, la République dominicaine, la Roumanie et l'Uruguay. En 2009, le président Correa a demandé à l'Assemblée Nationale la permission de dénoncer 13 autres TBI avec la Finlande, la Suède, le Canada, la Chine, les Pays-Bas, l'Allemagne, la France, le Royaume Uni, l'Argentine, le Chili, le Venezuela, la Suisse et les États-Unis (Mamani W, 2013). Cependant, à la fin de 2016, il n'y a aucune indication que le gouvernement de l'Équateur ait officiellement lancé un processus de dénonciation du TBI avec les États-Unis.

9. Le projet de la mine El Escobal a provoqué des affrontements violents et obligé le gouvernement du Guatemala à décréter l'état de siège pendant 30 jours à Jalapa, Mataquescuintla, Casillas et San Rafael de la Flores.
10. L'Unité d'assistance pour la défense arbitrale en Argentine (2003), le ministère sans portefeuille responsable de la Défense légale de la récupération de l'État en Bolivie (2008) et la Commission internationale de défense de l'État du Nicaragua contre les disputes sur les investissements (2007).
11. Le Protocole de Colonia pour la promotion et la protection réciproque des investissements (Uruguay, janvier 1994) encourage l'investissement dans le MERCOSUR et en dehors de celui-ci. Il prévoit également le recours à un mécanisme de règlement des différends internationaux, à condition que les parties ne parviennent pas à régler leur différend dans un délai ne dépassant pas six mois. Jusqu'en 2016, aucun pays membre n'avait ratifié ce protocole. Dans le cas du Protocole de Buenos Aires (août 1994), destiné à l'arbitrage avec les pays qui ne font pas partie du MERCOSUR, seuls le Paraguay et l'Argentine se sont joints (Gutierrez Haces, M.T., 2015 : 35-36).
12. La nouvelle loi précise que les bénéfices doivent être élargis à tout le département où une mine fonctionne et non pas restreints à la seule municipalité dans laquelle l'entreprise travaille, comme c'est le cas actuellement.
13. L'avant-projet établit les conditions qui doivent être respectées pour lever la suspension des projets d'exploration et d'exploitation des mines métallifères : le renforcement des institutions régulatrices des mines et la réorganisation du pays dans le secteur minier. La révision des anciennes mines et le développement des instruments de politique fiscale doivent garantir une distribution progressive des bénéfices de la mine.
14. En octobre 2013, la compagnie Oceana Gold (Canada/Australie) a acquis l'exploitation minière Pacific Rim qui répondait pour le gouvernement du Salvador de 77 millions de dollars. La compagnie a fait valoir dans sa requête qu'il s'agissait du montant que l'entreprise prétend avoir investi dans la mine (*lucro cesante*). Oceana Gold, célèbre pour ses violations des droits de l'Homme aux Philippines, a acheté le projet et a porté le montant de la demande à 301 millions (c'est la demande de compensation réclamée au gouvernement salvadorien). L'affaire a été entendue par le CIRDI, le 15 septembre 2014.
15. Au Salvador, au moins six demandes d'exploration et/ou d'exploitation sont en attente. Il s'agit des demandes présentées par les compagnies Pacific Rim el Salvador, S.A. de C.V., actuellement Oceana Gold ; Brett Resources S.A. de C.V. ; Intrepid Mineral Corp., Silver Crest Mines Inc., Commerce Group Corp, et Nycon Resources Inc.
16. Le moratoire a été appliqué sous la pression des Comités de l'environnement de la Vallée de Siria et de l'Alliance civique pour la réforme de la loi minière. Ils ont démontré que la Direction du développement minier avait attribué des concessions à la compagnie canadienne Goldcorp, sans respecter les processus légaux. Cette revendication a été soutenue par la Marche pour la vie qui exigeait l'annulation de toutes les concessions minières.
17. Décret n° 35982-MINAET.
18. Cette mesure a donné une chance aux communautés dont l'activité principale et l'unique source de revenu est l'exploitation artisanale – et illégale – des mines. En effet, le gouvernement assume une série d'obligations concrètes leur donnant accès au crédit, à l'assistance technique et à la formation professionnelle, afin d'orienter leur activité vers un usage écologique durable et le développement d'activités productives alternatives telles que le tourisme.
19. L'entreprise canadienne a communiqué la décision de sa maison mère, Infinito Gold Ltda., de continuer le procès contre le Costa Rica au CIRDI.
20. Ainsi, au Mexique, le président Vicente Fox a refusé de payer 19,5 millions de dollars à la société américaine Metalclad et a fait valoir que c'était à l'État fédéré de San Luis Potosi de payer, étant donné que son gouverneur s'était opposé à ce que la compagnie continue à verser des

déchets toxiques sur son territoire. La Cour suprême a établi qu'un TBI est un accord international signé par le gouvernement fédéral qui devrait donc en assumer la responsabilité.

21. Les études classent Cerro Colorado comme la deuxième réserve latino-américaine de cuivre. La région de Nágabe-Bugle est l'une des trois régions indigènes du Panama, elle a un gouvernement autonome représenté par le Cacique général ainsi qu'un Congrès général depuis 1997.

22. La convocation de la Coordination de lutte a réuni des milliers d'indigènes qui ont bloqué la route interaméricaine, provoquant des pertes économiques incalculables pour le Panamá.

23. Le 25 juin 2014, le Front élargi de la Commission de constitution et des codes de la Chambre des députés a décidé de laisser sans effet le décret qui interdit l'exploitation minière à Tacuarembó, considérant que la décision de l'Assemblée départementale viole la Constitution. S'il est vrai que les gouvernements départementaux sont ceux qui qualifient les sols et ont l'autorité pour classer le type d'activité pouvant avoir lieu sur le territoire, ils n'ont pas la faculté d'établir des lois sur le sous-sol d'où sont extraits les minéraux. La Constitution établit que le sous-sol appartient à l'État central et que le gouvernement fédéral décide de son usage et non pas les gouvernements départementaux.

24. Le décret ne fera qu'octroyer de nouvelles autorisations pour l'extraction minière métallifère et les autorisations préalablement attribuées par le département seront respectées.

25. Bear Creek Mining Company Ltd s'est implantée au Pérou en 2000 pour développer les projets de Conari et de Santa Ana, situés dans les provinces de Caracaya et de Chuicuito, dans le département de Puno. Les travaux d'exploration de Santa Ana ont été menés à bien grâce à sa filiale Bear Creek Mining Company Perú.

26. Puno est devenu la deuxième région du Pérou pour le nombre d'hectares donnés en concession. Les concessions minières sont passées de 433 321 hectares en 2002 à 1 643 746 en 2010, ce qui représente presque 25 % de son territoire (De Echave J., 2011).

RÉSUMÉS

Cet article se propose d'analyser, depuis la perspective des Traités bilatéraux en matière de protection des investissements étrangers (TBI) et des Traités ou Accords de libre-échange (ALE ou TLE), les stratégies mises en place par les gouvernements latino-américains pour prévenir, diminuer et/ou faire face aux plaintes déposées contre eux par les entreprises extractives (minières et pétrolières). Cet essai vise à construire une typologie qui décrit les orientations que les gouvernements ont conçues pour concilier, neutraliser, et, dans certains cas, annuler la mise en œuvre d'un TBI ou un ALE, deux instruments qui, par leur nature, sont destinés à discipliner et réglementer les relations entre les entreprises étrangères et les gouvernements en matière d'investissement. Certains pays ont d'ailleurs choisi de mettre en place un moratoire sur les activités minières, tandis que d'autres sont allés plus loin et ont déclaré une partie de leur territoire comme libre d'exploitation minière.

The proliferation of Free Trade Agreements and Bilateral Investment Protection Agreements, which regulate relations between government and foreign companies, has sparked a number of lawsuits in the extractive sector against Latin American governments. Most of them have responded by implementing strategies to prevent, reduce and resolve all those conflicts arising from the operations of mining companies. This article aims at producing a tentative typology

describing the different strategies that governments have designed to reconcile, neutralize, and, in some cases, cancel the application of a BIT or FTA, two instruments which are meant to regulate and discipline the relations between foreign companies and governments regarding investment. While some governments have modified their legislation, seeking to create an institutional structure that prevents conflicts; others have gone further and opted for the establishment of a moratorium on mining activities or declared part of their territory free of mining.

La proliferación de los Tratados de Libre Comercio y los Acuerdos Bilaterales de Protección a la Inversión Extranjera, que regulan las relaciones entre gobiernos y empresas, ha desatado un sinnúmero de demandas en el sector extractivo, en contra de los gobiernos latinoamericanos. Este artículo busca hacer una tipificación que describa, en primer término, las estrategias que los gobiernos han diseñado para conciliar, neutralizar, y en algunos casos, cancelar la aplicación de estas demandas en tribunales extraterritoriales. Dentro de estas estrategias, sobresalen aquellas que han modificado las legislaciones nacionales, buscando crear una estructura institucional que prevenga los conflictos extractivos; otros países han optado por establecer moratorias a la actividad minera. Mientras que algunos gobiernos han ido más lejos y han declarado parte de su territorio como libre de la minería.

INDEX

Keywords : Latin America, Mining, Bilateral Investment Protection Agreements, ICSID, Rule of Law

Mots-clés : Amérique latine, exploitation minière, Accords Bilatéraux de Protection de l'Investissement, CIRDI, État de droit

Palabras claves : América Latina, minería, Acuerdos Bilaterales de Protección a la Inversión, CIADI, Estado de Derecho

AUTEUR

MARIA TERESA GUTIÉRREZ HACES

María Teresa Gutiérrez Haces est Professeur titulaire à la Faculté de Sciences Politiques et Sociales de l'Université Autonome Nationale du Mexique (UNAM) et membre distinguée du Système National des Chercheurs au sein du Conseil National de la Science et de la Technologie (CONACYT). haces@unam.mx