

QUAND LES ARBITRES RÉCOMPENSENT LES ATTEINTES AUX DROITS HUMAINS DES COMPAGNIES MINIÈRES

COPPER MESA CONTRE L'ÉQUATEUR



Un projet d'exploitation mal conçu dans l'une des régions les plus riches en biodiversité au monde. Un investisseur canadien qui a recours à l'intimidation et à la violence contre la population autochtone. Une communauté locale qui s'oppose farouchement à l'exploitation minière pour sauver sa forêt, ses sources d'eau et ses moyens de subsistance. Voici l'histoire d'un projet minier qui n'aurait jamais dû voir le jour. Pourtant, dans le cadre d'une poursuite intentée par un investisseur, trois arbitres ont décidé qu'il incombait, non pas à la société mais au gouvernement de répondre de l'échec du projet. Alors même qu'ils ont reconnu les nombreuses malversations auxquelles s'était livrée l'entreprise, les arbitres n'en ont pas moins accordé réparation à l'investisseur pour un montant de 24 millions de dollars.

L'Intag, une région d'Équateur située sur la ceinture de nuages de forêts de la Cordillère des Andes. Sa remarquable diversité biologique (dont des jaguars, des ours à lunettes et des singes-araignées communs)¹ lui vaut de figurer parmi les 36 zones critiques de biodiversité reconnues dans le monde.² Mais au plus profond des montagnes, le sous-sol de cette région recèle également de vastes réserves de cuivre, le « troisième métal le plus utilisé dans le monde à des fins industrielles ».³

En 2014, Ascendant Copper (depuis devenue Copper Mesa, nom utilisé dans cette étude de cas) obtient, dans le cadre d'un appel d'offres des plus douteux⁴, les droits de concession d'une mine de cuivre à ciel ouvert à Junín, une ville de l'Intag.⁵

25 ans de résistance contre la mine

Depuis le milieu des années 1990, les communautés de l'Intag mènent l'une des campagnes de résistance les plus efficaces d'Amérique latine contre l'exploitation minière. Elles estiment en effet que de telles activités présentent un risque de déforestation massive, de contamination des rivières et des sources d'eau, de répercussions négatives sur les espèces en danger et de menaces pour les moyens de subsistance des habitants.⁶

“

L'exploitation minière a rendu plus pauvres, plus humiliées [les communautés vivant près des mines au Pérou]. Cela n'arrivera pas dans l'Intag.

POLIVIO PÉREZ, LEADER DU MOUVEMENT AGRICOLE D'INTAG APRÈS UNE VISITE DES MINES DU PÉROU⁷



Lorsque Copper Mesa débarque dans l'Intag en 2004, la société ne cherche même pas à consulter les collectivités locales ni à leur demander leur consentement,⁸ pourtant une règle de base pour toute compagnie minière.⁹ La population¹⁰ et les autorités locales¹¹ de l'Intag sont prêtes à faire obstacle à ce nouveau chantier minier d'envergure. Ce ne serait pas la première fois, loin s'en faut. Déjà en 1995, elles étaient parvenues à mettre en échec un projet d'extraction de cuivre porté par la société japonaise Bishimetals¹² après que différentes études d'impact environnemental aient confirmé que la mise en œuvre d'un tel chantier dans l'Intag signifierait la perte des moyens de subsistance de la population et une détérioration de l'environnement.¹³

“

Une mine à ciel ouvert dans l'Intag détruirait ce qui fait l'attrait de la région et découragerait les investissements à long terme... Le développement ne devrait pas se faire au détriment des fondamentaux - l'eau potable, un environnement non pollué... et le respect de la population et de ses choix.

DECOIN, ORGANISATION ENVIRONNEMENTALE POPULAIRE DE L'INTAG¹⁴

Menaces et intimidation des communautés locales

Sachant pertinemment qu'elle n'obtiendra jamais le consentement des communautés locales, Copper Mesa préfère montrer les muscles et recourir à l'intimidation. La compagnie entame des poursuites judiciaires et dépose des plaintes au pénal contre les opposants à son projet,¹⁵ dont une action pour un million de dollars contre le journal de la communauté locale.¹⁶ Des paramilitaires à la solde de l'entreprise s'en prennent physiquement à des particuliers, dont des enfants, et ouvrent le feu sur des membres de la communauté qui bloquent l'accès aux concessions minières.¹⁷

“

Un investisseur étranger... ne devrait pas avoir recours à des hommes armés, des tirs d'armes à feu et du gaz lacrymogène contre des civils, non pas comme un incident isolé ou accidentel, mais dans un cadre prémédité, secret et bien financé en vue d'imposer sa loi. C'est pourtant bien ce qui s'est passé.

LES ARBITRES DANS L'AFFAIRE COPPER MESA VS ÉQUATEUR¹⁸

La concession de la mine de Copper Mesa annulée

Lorsque le président Rafael Correa, pourtant à la tête d'un gouvernement pro-mines, entre en fonction en 2007, les autorités donnent l'ordre à Copper Mesa de suspendre ses activités en raison de son incapacité à faire valider son étude d'impact environnemental par le Ministère des mines et à consulter les communautés locales concernées. En vertu des nouvelles lois minières de 2008-2009, de telles infractions constituent des motifs suffisants pour annuler une concession. Copper Mesa voit alors ses licences révoquées en 2008.¹⁹ La société fait appel devant la Cour constitutionnelle, mais elle est déboutée.

Les arbitres de l'ISDS à la rescousse

Mais l'histoire ne s'arrête pas là. C'est à ce moment que le mécanisme d'arbitrage prévu dans le traité bilatéral d'investissement entre le Canada et l'Équateur intervient pour tirer Copper Mesa de ce mauvais pas, en lui évitant d'assumer la moindre responsabilité financière pour cette débâcle dont elle est pourtant à l'origine. En 2011, l'entreprise poursuit l'Équateur²⁰ devant un tribunal international, réclamant 70 millions de dollars (dont d'hypothétiques bénéfices futurs), alors même que la somme déboursée par Copper Mesa pour ce projet ne dépasse pas les 28 millions de dollars.²¹ La compagnie prétend avoir été expropriée illégalement par l'Équateur et que les changements apportés à la législation minière vont à l'encontre de ses attentes légitimes relatives à la stabilité de l'environnement juridique.

Les arbitres finissent par se ranger du côté de la société et condamne l'Équateur à payer 24 millions de dollars.²² Une partie de la sentence est versée à un financeur externe resté anonyme.²³ L'Équateur doit également s'acquitter de 6 millions de dollars en frais de justice et d'arbitrage.



Les arbitres dans cette affaire concluent que Copper Mesa s'est bien livrée à une « escalade irresponsable de la violence... en particulier en engageant des hommes en uniforme, armés, organisés, faisant usage de grenades lacrymogènes et tirant sur les villageois et les fonctionnaires locaux à l'arme à feu ».²⁴ Ils font cependant le choix de rejeter la faute sur les responsables locaux et concluent que la direction de la compagnie au Canada avait simplement fait preuve de négligence.²⁵ Forts de cette conclusion, ils vont, non pas rejeter la plainte, mais réduire la compensation de 30%.

Parmi toutes les interprétations pro-investisseurs en faveur de Copper Mesa de la part du tribunal, l'une d'entre elles est particulièrement éloquentes quant à la partialité des mécanismes ISDS à l'égard des entreprises : selon les arbitres, le gouvernement équatorien aurait dû en faire plus pour aider l'entreprise à gérer la contestation. Dans ce monde à l'envers qu'est celui des arbitres, il aurait semblé-t-il fallu que le gouvernement se range du côté de la multinationale contre ses propres citoyens lors de la mobilisation anti-mine, et ce en dépit du droit international qui oblige les États à protéger les droits humains de leur population. Coupable de n'avoir pas soutenu l'entreprise, le gouvernement, ont estimé les arbitres, avait failli à son obligation « de protection et de sécurité totale » de l'investisseur et ne l'avait pas traité « de façon juste et équitable », violant ainsi deux dispositions fondamentales du traité d'investissement Canada-Équateur.²⁶

“

[Le gouvernement] aurait dû essayer d'aider le requérant à mener à bien les consultations [avec la communauté] et l'étude d'impact environnemental... De l'avis du Tribunal, il ne pouvait pas ne rien faire.

LES ARBITRES DANS L'AFFAIRE COPPER MESA VS ÉQUATEUR²⁷



L'asymétrie de l'accès à la justice

Pendant que les arbitres réservaient une bien belle surprise à Copper Mesa, les tribunaux canadiens déboutaient pour leur part trois villageois équatoriens d'une plainte déposée contre l'entreprise. Ces villageois avaient décidé de se retourner contre les dirigeants de Copper Mesa et la bourse de Toronto (TSX) pour n'avoir rien fait pour empêcher l'attaque armée perpétrée par les gardes de sécurité privés de Copper Mesa (d'anciens militaires pour la plupart), contre les hommes, les femmes et les enfants de Junín. Le dossier contenait notamment des preuves du fait que les responsables de l'entreprise et la TSX avaient bien été avertis de l'attaque et de la possibilité d'assauts ultérieurs.²⁸ Et malgré tout, la violence de Copper Mesa reste à ce jour impunie, illustrant une fois de plus l'asymétrie dans l'accès à la justice entre entreprises et collectivités lésées.

Il est effrayant de constater que les attaques violentes contre les communautés, qui défendent leur environnement, se sont multipliées ces dernières années. Un article du Guardian sur cette évolution fait remarquer que « les meurtres de défenseurs de l'environnement atteignent des chiffres records dans le monde »²⁹, et le quotidien britannique rapporte que 290 militants ont été assassinés entre 2017 et 2018.³⁰ La résistance aux mines est, avec le pétrole, l'activité la plus dangereuse pour les défenseurs de l'environnement.³¹ Cette affaire illustre combien l'ISDS peut « exacerber la répression et la criminalisation auxquelles sont confrontés les défenseurs des droits humains ».³² Quand les États doivent choisir entre payer des millions à des multinationales ou protéger les droits de leurs citoyens, ils peuvent être amenés à y réfléchir à deux fois avant de prendre le parti de leur population, eu égard aux importants risques financiers que cela comporte. Les arbitres, quant à eux, encouragent clairement les gouvernements à laisser faire les compagnies minières sans aucune restriction.

La mafia de l'arbitrage

Bon nombre des avocats privés appelés à statuer sur les différends investisseurs-États évoqués dans le présent rapport – les arbitres – font partie d'un petit groupe d'avocats commerciaux connu sous le nom de « mafia interne » de l'arbitrage.³³ Plusieurs d'entre eux sont réputés pour leurs interprétations pro-investisseurs du droit et ont, outre un rôle d'arbitre, plusieurs casquettes – universitaires, membres de délégations gouvernementales ou avocats représentants de parties en conflit dans des plaintes d'investissement – ouvrant ainsi une véritable boîte de Pandore en termes de conflits d'intérêts.³⁴

Exemples :

La juriste suisse Gabriele Kaufmann-Kohler est considérée comme la plus puissante des arbitres en matière d'investissement dans le monde.³⁵ Selon une étude des sentences ISDS connus jusqu'en 2010, elle figure également parmi les plus complaisantes avec les investisseurs, avec un penchant pour des interprétations larges (comprendre : favorables aux investisseurs) des dispositions du droit d'investissement formulées de manière vague.³⁶ Elle a siégé au conseil d'administration de sociétés telles que la banque suisse UBS et s'est vue accusée à de multiples reprises de conflits d'intérêts.³⁷ Kaufmann-Kohler est présidente du tribunal appelé à statuer dans l'affaire Elitech/ Razvoj Golf contre la Croatie (voir chapitre 3.3).

Le Canadien Yves Fortier fait également figure « d'homme d'influence » dans le monde de l'ISDS.³⁸ Il est connu pour ses interprétations du droit favorables aux investisseurs.³⁹ Les arbitrages Yukos illustrent à merveille l'intérêt professionnel et personnel pour l'ISDS d'un homme, qui n'a pas hésité à facturer ses services la modique somme de 1,7 millions €. ⁴⁰ Il a lui aussi siégé au sein de conseils d'administration dont celui des géants miniers Alcan Inc. et Rio Tinto.⁴¹ Fortier était président du tribunal lors des arbitrages Border Timbers et von Pezold contre le Zimbabwe (voir chapitre 3.6).

Parallèlement à son activité d'arbitre, le juriste Bernardo M. Cremades a également été avocat dans des litiges liés à des investissements.⁴² Cette « double casquette » lui vaut de multiples accusations de conflits d'intérêts, notamment lorsque Cremades doit trancher de manière impartiale une question qui apparaît également dans une autre affaire dans laquelle son cabinet représente l'investisseur à l'origine de la plainte. Il compte aussi parmi les arbitres d'investissement les plus influents au monde⁴³ et est considéré comme l'un des plus conciliants avec les entreprises.⁴⁴ Il avait été désigné par les investisseurs dans l'affaire Copper Mesa contre l'Équateur.

Quand un médecin profite de la générosité des grands laboratoires pharmaceutiques, on est en droit de se demander si les médicaments qu'il prescrit sont bien les plus indiqués pour les pathologies traitées ; on peut aussi difficilement croire qu'un fonctionnaire qui reçoit de l'argent d'un lobbyiste agira avant tout dans l'intérêt public au moment d'élaborer des politiques. De la même manière, lorsque la carrière et la principale source de revenus d'un arbitre dépendent des grandes entreprises qui attaquent les États, on doit légitimement s'interroger sur l'impartialité de ses décisions.

Références

- 1 Barbara Rose Johnston, Lisa Hiwasaki, et al: *Water, Cultural Diversity, and Global Environmental Change: Emerging Trends, Sustainable Futures?*, Springer Science & Business Media, 2012, 449.
- 2 Conservation International: [Biodiversity hotspots defined](#), 2019 et NatureServe and EcoDecisión: [Tropical Andes Biodiversity Hotspot](#), mars 2015.
- 3 Stephanie Pappas: [Facts About Copper](#), Live Science, 12 septembre 2018.
- 4 La procédure d'attribution des permis miniers a été présentée comme « un modèle du genre en matière de truquage d'offres ». Roque Bustamante, avocat de Copper Mesa et ancien président de la Chambre des Mines d'Équateur, a été accusé d'avoir acquis des titres à un prix dérisoire dans le cadre d'une offre suspecte. Bustamante avait acheté les titres de la mine de Junín en 2002 pour seulement 18 000 dollars. La loi à l'époque stipulait que le dépôt simultané de plusieurs demandes portant sur un même permis d'exploitation imposait l'organisation d'un appel d'offres dans les 48 heures. En pareille situation, nulle tierce partie concernée – communautés locales par exemple – n'aurait eu le temps d'émettre des réserves. De façon concomitante à la demande de Bustamante, deux autres requérants ont sollicité des concessions pour la même zone. Pourtant, à la date prévue pour la soumission un mois plus tard, l'offre de Bustamante était la seule. *Copper Mesa Mining Corporation contre la République d'Équateur*, [sentence](#), 15 mars 2016, par. 6.8.4.

- 5 Elle a par la suite fait l'acquisition de concessions pour deux autres mines : Chaucha et Telimbela.
- 6 Codelco out of Intag: [Why NO](#), 2019.
- 7 INREDH: [Intag: Una comunidad luchando por la vida](#), ALAI Magazine, 24 juillet 2007.
- 8 Copper Mesa Mining Corporation v. la République d'Équateur, PCA CASE NO.2012-2, [sentence](#), 15 mars 2016, 32.
- 9 Le principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause (CPLCC) est protégé par la Convention 169 de l'Organisation internationale du Travail (OIT) et la Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones.
- 10 Carlos Zorrilla: [A brief history of resistance to mining in Intag, Ecuador](#), DECOIN, 1 janvier 2008.
- 11 Municipio de Cotacachi: [Statement demanding suspension of all mining activities in Intag area](#), 28 juin 2017.
- 12 Codelco out of Intag: [History of resistance](#), 2019.
- 13 Codelco: [Resúmen de algunas características, e impactos ambientales del proyecto minero "Junin" zona de intag, provincia de Imbabura](#), Decembre 2006. and Roy, B. A., Zorrilla et.al: [New Mining Concessions Could Severely Decrease Biodiversity and Ecosystem Services in Ecuador](#), Tropical Conservation Science, Volume: 11, 2018.
- 14 Codelco out of Intag: [Why NO](#), 2019.
- 15 INREDH: [Intag: Una comunidad luchando por la vida](#), ALAI Magazine, 24 juillet 2007.
- 16 Mary Ellen Fieweger: [Mining Transnational asking one million dollars in damages](#), INTAG NEWSPAPER, 10 Janvier 2005.
- 17 Vidéo : [Under Rich Earth](#), 00:51:07 – 00:52:55; Bram Büscher, Veronica Davidov: *The Ecotourism-Extraction Nexus: Political Economies and Rural Realities of (un)Comfortable Bedfellows*, Routledge, 2013.
- 18 Copper Mesa Mining Corporation v. la République d'Équateur, PCA CASE NO.2012-2, [sentence](#), 15 mars 2016, Part 6-p.32., Par.6.99.
- 19 Ibid, Part 1-p.23-24.
- 20 Le procès portait non seulement sur les mines de Junin, mais aussi sur celles de Chaucha et de Telimbela.
- 21 Copper Mesa Mining Corporation vs. Republic of Ecuador, PCA CASE NO.2012-2, [sentence](#), 15 mars 2016, Part 1-p.14 et 27.
- 22 L'entreprise a fini par s'entendre avec le gouvernement sur une somme de 20 millions de dollars. Voir : Henry Lazenby : [Copper Mesa signs US\\$20M settlement in Ecuador dispute](#), Mining Journal, 3 août 2018.
- 23 Copper Mesa a révélé avoir eu recours à un bailleur de fonds spécialisé dans les litiges, mais l'on ne dispose d'aucune autre information. Voir : Copper Mesa : [Copper Mesa Mining Corporation Reaches US\\$20 Million Settlement with Republic of Ecuador](#), 2 août 2018.
- 24 Copper Mesa Mining Corporation vs. Republic of Ecuador, PCA CASE NO.2012-2, [sentence](#), 15 mars 2016, p.82.
- 25 Ibid: Part 6-p.33.
- 26 Ibid, Part 6-p.26.
- 27 Ibid, Part 6-p.26.
- 28 Jamie Kneen: *Courting Justice* : [Victims of mining abuses sue in Canada](#), Mining Watch, 11 février 2012.
- 29 Jonathan Watts and John Vidal: [Environmental defenders being killed in record numbers globally](#), new research reveals, The Guardian, 13 juillet 2017.
- 30 Monica Ulmanu, Alan Evans et Georgia Brown : [The defenders tracker 2017](#), The Guardian; Monica Ulmanu, Alan Evans et Georgia Brown: *The defenders tracker 2018*, The Guardian, 15 novembre 2018.
- 31 Jonathan Watts et John Vidal: [Environmental defenders being killed in record numbers globally](#), new research reveals, The Guardian, 13 juillet 2017.
- 32 Columbia Center on Sustainable Development (CCSI) : [Input to the UN Working Group on Business and Human Rights regarding guidance on human rights defenders and the role of business](#), 15 mars 2018, 5.
- 33 Global Arbitration Review: [London: Taking on the "inner mafia"](#), 2 octobre 2012.
- 34 Corporate Europe Observatory and Transnational Institute : [Profiting from Injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom](#), novembre 2012, chapitre 4.
- 35 Malcolm Langford et al : [The Revolving Door in International Investment Arbitration](#), Journal of International Economic Law, No. 20, 301-331, 13.
- 36 Gus van Harten : *Leaders in the Expansive and Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Descriptive Study of ISDS Awards to 2010*, The European Journal of International Law, Vol. 29 no. 2, 507-549, 539.
- 37 Corporate Europe Observatory and Transnational Institute: [Profiting from Injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom](#), novembre 2012, 40.
- 38 Malcolm Langford et al.: [The Revolving Door in International Investment Arbitration](#), Journal of International Economic Law, No. 20, 301-331, 13.
- 39 Gus van Harten: [Leaders in the Expansive and Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Descriptive Study of ISDS Awards to 2010](#), The European Journal of International Law, Vol. 29 no. 2, 507-549, 539.
- 40 Voir : Yukos Universal Limited (Isle of Man) contre la Fédération de Russie (PCA Case No. AA 227), [Sentence définitive](#), 18 juillet 2014, par. 1862.
- 41 Alison Ross: [An Interview with Yves Fortier](#), Global Arbitration Review, 19 février 2010.
- 42 Malcolm Langford et al: [The Revolving Door in International Investment Arbitration](#), Journal of International Economic Law, No. 20, 301-331, 27.
- 43 Ibid., 13.
- 44 Gus van Harten: [Leaders in the Expansive and Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Descriptive Study of ISDS Awards to 2010](#), The European Journal of International Law, Vol. 29 no. 2, 507-549, 539.

Crédits photo

p45 (arrière-plan) Carlos Zorrilla, (premier plan en haut) Liz Weydt, (premier plan en bas) DECOIN

p46 DECOIN

p47 (en haut) Carlos Zorrilla, (en bas) DECOIN

p48 Liz Weydt