

LES TERRES RARES, NOUVELLE « FRONTIÈRE » DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL



Myriam EL KARA, head of supply chain, Verkor

Considérées comme une matière première critique, potentiellement classifiée d'« intérêt national », les terres rares occupent une place à part dans la géopolitique des ressources stratégiques et l'arbitrage international a un rôle à jouer pour résoudre la question de l'ordre public et de la nature des intérêts nationaux impliqués dans un différend.

Les terres rares ont connu une large publicité au cours de la dernière décennie grâce à l'augmentation exponentielle de leur utilisation dans le domaine des technologies dites « vertes » (aimants permanents, voitures électriques, turbines éoliennes, etc.) couplée à la forte concentration de leur chaîne de valeur en Chine. Elles ont en outre fait l'objet de contrôles à l'exportation condamnés par une décision du panel de règlement des différends de l'OMC en 2015, de guerres commerciales et de réglementations restrictives parfois expressément reliées aux intérêts nationaux. Autant de bonnes raisons de se demander dans quelle mesure ces métaux critiques soulèvent des questions de non-arbitrabilité et d'exception de sécurité nationale pour les tribunaux arbitraux internationaux.

Que sont les terres rares et comment affectent-elles notre économie ?

En préambule, il paraît utile de rappeler une ou deux caractéristiques de ces métaux d'un

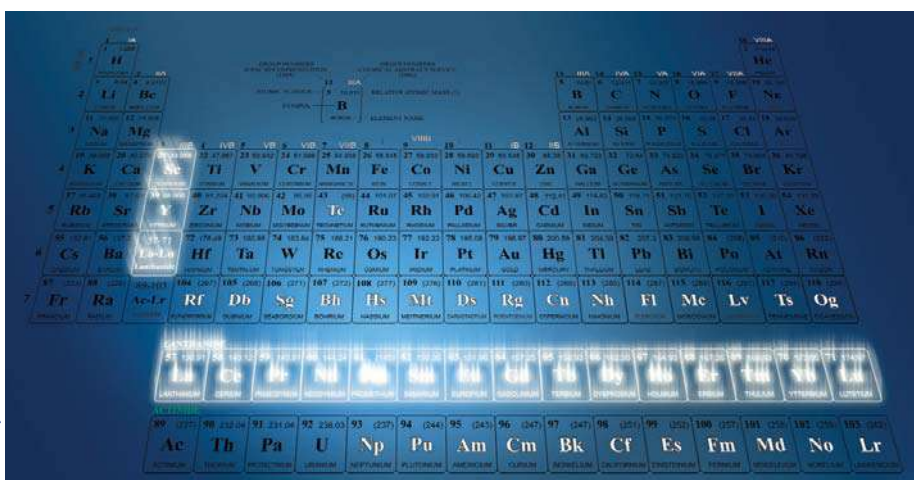
genre particulier. Les terres rares sont les quinze lanthanides énumérés au bas du tableau périodique des éléments chimiques de Mendeleïev sans oublier le scandium et l'yttrium. La référence à « rare » a moins à voir avec leur taux d'occurrence dans le sol qu'à la difficulté de les extraire des minerais dans lesquels ils se trouvent, puis de les séparer par des processus coûteux, chimiquement intensifs et aux formules relativement obscures.

Au cours des deux dernières décennies, la République populaire de Chine a produit 80 à 95 % des terres rares du monde. Elle en produit encore aujourd'hui quelque 80 % et reste même, pour le dysprosium, par exemple, le seul producteur de la planète¹. Pendant longtemps, l'Occident a largement négligé les dangers associés à une telle concentration de la production et du savoir-faire, mais la question est désormais devenue un sujet de préoccupation géopolitique pour les pays importateurs, en raison du risque que cela représente pour l'approvisionnement de produits issus des terres rares.

La criticité et la nature politique des terres rares

Les marchés des terres rares se caractérisent par des politiques publiques potentiellement restrictives telles que (a) l'instauration de quotas de production annuels conformes au plan quinquennal chinois sur les ressources minières nationales et qui plafonnent la production nationale de terres rares, (b) la mise en place d'une exception à l'exportation dans le recouvrement de la taxe sur la valeur ajoutée sur les matières premières de terres rares non transformées, et potentiellement (c) l'entrée en vigueur de la première loi unifiée sur le contrôle des exportations (LCE) de Chine, une législation promulguée le 1^{er} décembre 2020 pour une mise en œuvre en 2021. La LCE inclut explicitement les « services » liés au maintien de la sécurité nationale et à l'intérêt de la Chine, élargissant sa portée au-delà des éléments traditionnellement acceptés.

Les terres rares sont considérées (d) comme une matière première critique par et pour l'Union européenne², c'est-à-dire une ressource pour laquelle les risques industriels associés à une pénurie d'approvisionnement sont élevés et pour laquelle il n'y a pas de substitution possible. Ils sont en outre considérés comme (e) une matière première stratégique dans certains pays comme les États-Unis³, c'est-à-dire une ressource indispensable pour la politique de l'État ou la défense nationale. Dans ces deux cas, nous constatons un regain d'intérêt sur la résilience de la chaîne d'approvisionnement et le soutien aux industries minières et de transformation nationales. Malgré des inquiétudes fondées, il n'est pas certain que les terres rares représentent une arme commerciale efficace, car toute nouvelle restriction au commerce endommagerait les chaînes d'approvisionnement industrielles de la Chine, qui dépendent désormais de clients



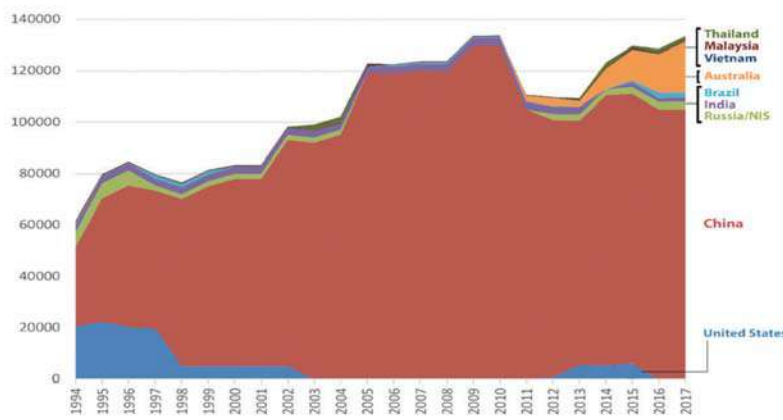
1. J. SEAMAN, « Rare Earths and China: A Review of Changing Criticality in the New Economy », *Notes de l'Ifrri*, Institut français des relations internationales (Ifrri), janvier 2019.
 2. « La Commission annonce des mesures visant à rendre l'approvisionnement de matières premières en Europe plus sûr et durable », communiqué de presse, 3 septembre 2020, Bruxelles, disponible à l'adresse : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_1542 [dernière consultation le 31/05/2021].
 3. Executive Order 14017, February 24, 2021, « America's Supply Chains » ; Executive Order 13953, September 30, 2020, « Addressing the Threat to the Domestic Supply Chain From Reliance on Critical Minerals From Foreign Adversaries and Supporting the Domestic Mining and Processing Industries ».

étrangers aux États-Unis, en Asie et en Europe. De plus, l'approche de la Chine à l'égard de l'industrie des terres rares a été largement motivée par des préoccupations nationales, notamment sa réponse à la crise environnementale croissante du pays en favorisant des technologies plus économes en énergie et à faible émission de carbone, et sa gestion de la transformation économique à long terme du pays. Il faudra de manière réaliste aux pays dépendants des années de lourdes dépenses en capital, de recherche et développement et d'élaboration de politiques adéquates pour être à nouveau compétitifs compte tenu de la complexité technique, de la pénurie de compétences en Occident et du coût environnemental que le développement d'une chaîne de valeur alternative requiert. Dans le sillage de ces nouvelles dynamiques, il devient pertinent de comprendre comment les terres rares se comportent dans la géopolitique des ressources stratégiques, la sécurité nationale et les exceptions de politique publique en ce qui concerne l'arbitrage en tant que mécanisme potentiel de règlement des différends. L'article V(2)(a) de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958⁴ stipule en effet que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale peuvent être refusées si l'autorité compétente conclut que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage en vertu de la législation de ce pays. En outre, les terres rares étant un domaine d'intervention politique potentiellement classifié « d'intérêt national », la question des exceptions au titre de la sécurité nationale telles qu'inscrites dans les traités bilatéraux d'investissement ou les accords de libre-échange, pourraient aussi surgir, limitant l'applicabilité des protections des investissements.

La question de l'« arbitabilité »

En ce qui concerne les ressources naturelles telles que les terres rares, l'arbitrage admet que les États conservent la souveraineté sur les ressources naturelles de leur territoire, mais en revanche les conséquences financières de la

Global Rare Earth Mine Production (tons)



Source : United States Geological Survey (USGS), Mineral Commodity Summaries, 1994-2018.

Note : Represents official production only and does not account for illicit production in China.

gestion de ces ressources par rapport aux contrats litigieux, elles, sont arbitrables. Une distinction est en effet faite entre les actes d'État en sa qualité d'État et les actes d'État en sa qualité de contrepartie commerciale. D'ailleurs, les terres rares ont déjà fait l'objet d'au moins un arbitrage (d'investissement) en 2014 impliquant un investisseur canadien d'une mine de terres rares au Kirghizistan⁵. Un autre arbitrage d'investissement est également en préparation concernant l'expropriation de projets miniers de terres rares par le gouvernement tanzanien⁶. De plus, l'originalité de l'industrie des terres rares tient plus au fait qu'elle se transforme d'une industrie principalement domestique chinoise (pour laquelle les litiges ne seraient arbitrables qu'en Chine), en une industrie internationale partiellement intégrée. Certains acteurs chinois hésitent encore à accepter des clauses d'arbitrage internationales dans leurs contrats commerciaux. Un siège juridique étranger apporterait sa propre loi, ses dispositions d'application directe et trancherait les questions d'arbitrabilité et d'ordre public. Un des éléments suivants, sinon tous méritent donc une attention particulière pendant les phases de négociation : la loi applicable à la fois au contrat et à la convention d'arbitrage, le choix du siège et le choix de l'institution arbitrale.

La question de la sécurité nationale

Des préoccupations concernant la sécurité nationale ont été soulevées ces dernières années en relation avec les industries dites stratégiques, les ressources naturelles et la crise économique. L'industrie des terres rares ne fait pas exception avec une histoire récente de décisions gouvernementales qui l'emportent sur le potentiel d'investissement pour des

raisons apparemment politiques et des préoccupations de sécurité nationale : le Congrès américain a effectivement bloqué l'acquisition d'Unacoal (qui possédait la mine de terres rares de Mountain Pass) par l'État chinois. En 2005, la société pétrolière et gazière CNOOC et le

comité australien d'examen des investissements étrangers a bloqué l'acquisition d'une participation de 51,6 % dans Lynas Corporation par China Non-Ferrous Metal Mining Group en 2009, demandant une réactualisation de l'offre à une participation inférieure à la majorité et à une représentation de moins de 50 % au conseil d'administration⁷.

Si l'exception de sécurité nationale, telle que rédigée dans les accords internationaux d'investissement, est non discrétionnaire, les arbitres sont, en général, habilités à examiner la légalité de la mesure prise par l'État d'accueil et à évaluer si une telle mesure peut être justifiée pour la sécurité nationale. Si l'exception de sécurité nationale est discrétionnaire, le pays hôte n'est pas entièrement exonéré de la responsabilité internationale : l'exigence de la bonne foi offre aux tribunaux arbitraux un critère pour juger de la légalité de la mesure⁸. La jurisprudence reste toutefois relativement restreinte et les tribunaux arbitraux sont confrontés à la tâche difficile, quoique nécessaire, de délimiter et de clarifier l'exercice des exceptions de sécurité nationale. Les conséquences économiques pourraient être d'autant plus sérieuses que certaines économies émergentes se sont transformées en puissants pôles exportateurs de capital aux côtés des pays développés, modifiant de manière permanente les flux d'investissements internationaux.

En conclusion, malgré les particularités des terres rares en tant que commodité et leur criticité incarnée dans un nombre de politiques restrictives, lorsque la diplomatie économique ne parviendra pas à anticiper ou à aménager les risques, l'arbitrage international servira de forum où la question de l'ordre public et la nature des intérêts nationaux impliqués dans le différend pourront être soulevées. ■

4. Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York le 10 juin 1958.

5. *Stans Energy Corp. and Kutisay Mining LLC v. Kyrgyz Republic (I)*, award, MCCI Case No. A-2013/29, June 30, 2014.

6. Pour le projet minier de terres rares de Wigu Hill. *Montero Mining and Exploration Ltd. v. United Republic of Tanzania*, pending, ICSID Case No. ARB/21/6, registered on February 9, 2021.

7. J. SEAMAN, *op. cit.*, p. 29.

8. CNUCED, *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissements*, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, UNCTAD/DIAE/IA/2008/5, décembre 2009.