

# **RAPPORT DE SYNTHÈSE**

## **Audit citoyen intégral des traités de protection réciproque des investissements et du système d'arbitrage en matière d'investissements en Équateur**

**Mai 2017**

**Quito, Équateur**

**Mise en page et impression :** IAEN

**Tirage :** 150 exemplaires

Quito, mai 2017

**AVERTISSEMENT :** Ce document est une traduction non officielle et est fourni à titre informatif uniquement.

Version traduite numériquement : septembre 2025

Observatorio de la Dolarización

## **COMMISSAIRES**

Carlos Gaviria, président jusqu'en novembre 2014

Cecilia Olivet, vice-présidente prenant la présidence par intérim à compter de décembre 2014

Alberto Arroyo (Mexique)

Xavier Echaide (Argentine)

Oswaldo Gügliemino (Argentine)

Piedad Mancero (Équateur)

Alejandro Olmos (Argentine)

Hugo Ruiz (Paraguay)

M. Sornarajah (Singapour)

## **MINISTRES COMMISSAIRES**

Pabel Muñoz, secrétaire national à la planification et au développement

Alexis Mera, secrétaire juridique de la présidence

Ricardo Patiño, ministre des Affaires étrangères et de la mobilité

Beatriz Tola, ministre coordinatrice de la politique

## **SECRETARIAT EXÉCUTIF**

Christian Pino

## **ÉQUIPE DE CONSULTANTS**

Guillermo Moro (Argentine)

Federico Suárez (Colombie)

Laura Rangel (Colombie)

Luciana Ghiotto (Argentine)

## **ÉQUIPE TECHNIQUE (Équateur)**

Adrian Cornejo

Romel Tejada

Diego Ramos

Rafael Paredes

Sebastian Espinoza

Veleria Iannoti

Milton Gavilanes

Verónica Changoluisa

Nataly Torres

Rafael Pupiales

Fredy Trujillo

Jorge Almeida

Carla Pino

Geovanni Espinosa

## TABLE DES MATIERES

|  |            |
|--|------------|
| <b>INTRODUCTION .....</b>  | <b>5</b>   |
| <b>RÉSULTATS DE L'AUDIT.....</b>   | <b>12</b>  |
| <b>A. LES TRAITÉS BILATÉRAUX DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS (TBI) EN ÉQUATEUR.....</b>  | <b>13</b>  |
| Processus de négociation et de signature des TBI.....  | 13         |
| Contenu des TBI signés par l'Équateur .....  | 16         |
| Compatibilité des clauses substantives des TBI face aux textes nationaux et internationaux .....   | 20         |
| À propos du manque d'obligations contraignantes pour les investisseurs internationaux .....  | 24         |
| Décision politique concernant la dénonciation des TBI .....  | 25         |
| <b>B. L'ÉQUATEUR FACE AU SYSTÈME INTERNATIONAL D'ARBITRAGE DES INVESTISSEMENTS.....</b>  | <b>33</b>  |
| État de situation des litiges investisseurs/État contre l'Équateur.....  | 33         |
| Standards juridictionnels et de mérite invoqués par les investisseurs pour poursuivre l'Équateur.....  | 36         |
| État de l'exécution des sentences arbitrales en Équateur.....  | 48         |
| Affaires emblématiques contre l'Équateur : déficiences dans les formalités et les sentences arbitrales .....   | 50         |
| Le rôle des arbitres dans le système d'arbitrage international en investissements et les affaires contre l'Équateur .....  | 59         |
| Cabinets d'avocats ayant participé aux procédures contre l'Équateur. Nationalités, spécialisations, représentations. ....  | 71         |
| Préjudice économique des affaires et incidence sur le budget de l'État .....   | 73         |
| Contrats d'État.....   | 74         |
| <b>C. INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS ET DÉVELOPPEMENT NATIONAL ÉQUATORIEN .....</b>   | <b>76</b>  |
| Analyse des flux d'investissement .....  | 76         |
| Effets des IED sur l'économie .....  | 81         |
| Les entreprises d'IED dans leur rapport au reste du tissu productif.....   | 84         |
| Le système statistique national sur les investissements étrangers.....   | 87         |
| <b>D. IMPLICATIONS SOCIOÉCONOMIQUES, MACROÉCONOMIQUES, DE DROITS FONDAMENTAUX ET ENVIRONNEMENTAUX DES INVESTISSEMENTS EFFECTUÉS PAR LES ENTREPRISES AYANT POURSUIVI L'ÉQUATEUR .....</b> | <b>88</b>  |
| Secteurs économiques et géographiques de localisation des entreprises .....  | 88         |
| Incidence économique et sociale : principaux indicateurs .....   | 90         |
| Atteintes à la vie communautaire, possession des terres, sécurité alimentaire, déplacements et conflits .....  | 93         |
| Impacts et passifs environnementaux : zones sous investigation .....   | 99         |
| En matière d'hydrocarbures.....  | 99         |
| Maximisation des bénéfices des entreprises : Pratiques spéculatives des entreprises étrangères.....  | 108        |
| <b>CONCLUSIONS GÉNÉRALES .....</b>   | <b>113</b> |



# **INTRODUCTION**

## Contexte de signature des traités bilatéraux de protection des investissements

La signature de traités de protection des investissements (TBI) est une tendance qui s'est plus ou moins généralisée à l'échelle latino-américaine et mondiale lors des années 1980 et 1990. Cette pratique a été influée, voire induite par une série de facteurs internationaux combinés aux facteurs internes de chaque pays.

L'Amérique Latine a atteint un rythme de croissance accéléré sur la base d'un modèle orienté vers le marché interne visant à l'industrialisation, qui reposait sur la substitution des imports et l'inclusion d'un protectionnisme accru couplé à l'intervention de l'État dans l'économie. Dans certains pays, comme l'Équateur, la progression en matière d'industrialisation n'a été que limitée, la base de l'économie demeurant l'extraction des ressources. Cette stratégie a montré des signes d'épuisement en ce qui concerne sa capacité à faire face à un rythme accéléré de croissance et de faible inflation. C'est cela qui, combiné à la crise de la dette externe des années 1980, a rendu le changement nécessaire. Néanmoins, aucune réflexion et aucune analyse approfondie n'ont jamais été conduites pour examiner le mérite, la réussite et les limites d'une telle stratégie, afin de poser les changements qui s'avèreraient les plus nécessaires. Au lieu de cela, les nouvelles élites politiques émergentes ont profité de la crise, en alliance avec différents secteurs d'entreprise qui se sont glissés jusqu'au gouvernement.

Dans le cas de l'Équateur, la crise de la dette externe, suscitée par la hausse des taux d'intérêts induite par la politique monétaire des États-Unis dans le même temps que le prix international du pétrole, a éclaté en 1982. Sur le plan politique, l'arrivée au pouvoir de Febres Cordero (1984-1988) est le signe du glissement vers le néolibéralisme, lequel sera pérennisé puis enraciné par les gouvernements successifs.

Ces faits économiques et politiques internes dans nos pays s'entremêlent à des facteurs externes qui se sont montrés tout aussi déterminants.

Sur le plan idéologique, la théorie économique libérale menée par les gouvernements des États-Unis et du Royaume-Uni avec le soutien de nombre des grandes universités des pays développés devient peu à peu une pensée quasi-unique. C'est cela qui se matérialise sous le nom de consensus de Washington en 1989. En matière d'investissements étrangers, le consensus de Washington a posé l'idée que sans capitaux externes, le développement est impossible, et sans protection des investissements, l'attraction des investissements étrangers est hors de portée.

Ajouté à cela, la crise de la dette externe a rendu possible l'intervention du Fonds Monétaire International (FMI), qui conditionne son aval pour la renégociation des dettes et l'octroi de crédits ponts à la signature de lettres d'intention. L'Équateur a signé 16 lettres d'intention avec le FMI entre 1983 et 2003. La Banque Mondiale a introduit ce qu'elle a appelé « l'ajustement structurel », qui conditionnait ses crédits à l'observation de ces lignes directrices. Les lettres d'intention signées avec le FMI comme les politiques de la Banque Mondiale ont imposé les lignes directrices du consensus de Washington. Ces facteurs aussi bien internes qu'externes, à la fois idéologiques et coercitifs, ont consolidé le néolibéralisme partout en Amérique Latine dès les années 1980.

Peu de temps aura passé cependant avant que les effets sociaux et environnementaux du néolibéralisme ne génèrent une opposition croissante dans nos pays, ce qui crée des signaux d'alarme dans les centres de concentration du pouvoir du capital global, notamment les États-Unis et l'Europe. Les centres de pouvoir global, à la fois des gouvernements et des entreprises, se

demandent s'il sera possible de faire durer et de reproduire le modèle néolibéral dans le cas où cette opposition se traduirait en victoires électorales conduisant au pouvoir des gouvernements critiques envers ce modèle. La réponse est que sans gouvernements alliés, la stratégie du capital global et du modèle néolibéral était menacée. C'est dans ce contexte que doit être appréhendé l'avènement des traités de libre-échange et des traités de promotion et de protection réciproque des investissements. Ces traités constituent la pierre angulaire du cadre légal supranational qui délimite le pouvoir de régulation des gouvernements et protège les capitaux transnationaux. Tout gouvernement se risquant à imposer des changements en dehors de ce cadre néolibéral se verrait poursuivi en justice arbitrale internationale.

Les gouvernements d'Amérique Latine ont longtemps défendu que les lois nationales et les tribunaux nationaux étaient compétents pour connaître les litiges entre investisseurs étrangers et États. Cette résistance s'est exprimée dans la doctrine Calvo. Néanmoins, au cours des années 1990, un processus de changement des textes internes sur les investissements est lancé conjointement à la signature d'accords de protection des investissements. Ce changement est suscité par la crise de la dette externe, qui a obligé les gouvernements à rechercher des capitaux internationaux par la voie de l'attraction des investissements, au lieu de contracter des dettes. À cela s'est greffée la pensée néolibérale dominante quant au besoin d'accorder la sécurité juridique aux investisseurs, idée promue par des institutions de confiance des pays du Sud Global, comme la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED).<sup>1</sup>

L'Équateur a suivi cette même tendance. Les années 1990 ont vu des changements de fond se produire en matière de législation interne sur les

investissements, qui se sont concrétisés par la signature de la majorité des TBI :

- 1993 : Décret exécutif 415 publié le 13 janvier 1993, passé par Sixto Durán Ballén, sous le nom de Normes réglementaires sur les investissements étrangers et sur les contrats de transfert de technologie, marques, brevets, licences et redevances, mesure par laquelle est initiée l'ouverture complète aux investissements étrangers directs dans des conditions similaires aux investissements nationaux, avec totale liberté de localisation et de flux financiers, ainsi que l'interdiction donnée aux entités locales d'exiger des conditions et la délivrance de la moindre autorisation.
- 1993 : Loi de modernisation, de privatisation et de prestation de services publics sur initiative privée, qui a rendu possible la réduction de la taille de l'État, par le biais du transfert de compétences au secteur privé, la mise à disposition d'espaces d'investissement dans des domaines significativement attractifs, comme les services publics massifs.
- 1993 : Réformes à la loi sur les hydrocarbures ayant permis les contrats ordinaires et courants sous n'importe laquelle des formes contractuelles en vigueur dans la législation nationale, avec prédominance de l'intérêt privé sur celui de la République. La participation aux recettes générés par l'exploitation s'accroît pour les sociétés privées, au préjudice aggravé de la participation de l'État. Quand l'État envisage de suspendre ces concessions à titre onéreux et en récupérer les rendements qui lui revenaient légitimement de droit, il est poursuivi en justice par ces sociétés, comme il ressort des résultats du présent audit.
- Retrait de l'Organisation des pays exportateurs de pétrole (OPEP) et substitution des Décisions 24 et 220 de la Communauté Andine des Nations (CAN)

---

<sup>1</sup> M. Sornarajah (2011), *Mutations of Neo-Liberalism International Investment Law, Trade, Law and Development Journal*, 3(1): 203-232.

fixant les limites des investissements étrangers dans la sauvegarde des intérêts des nations et précautions dans les domaines d'exploitation des ressources naturelles par la Décision 291 de 1991, adaptée au modèle d'ouverture et de libéralisation.

- Dès lors, les investissements étrangers directs n'ont augmenté que dans le secteur pétrolier, où le facteur d'attraction déterminant aura été les énormes bénéfices rendus possibles par la nouvelle modalité de contrats, et non pas par la souscription de TBI, très peu pris en compte dans d'autres domaines économiques.

- 1994 : La loi générale sur les établissements financiers octroie avantages et facilités aux investisseurs étrangers, tels que l'ouverture de bureaux offshore et la libre circulation de capitaux financiers et de transferts monétaires à l'étranger.

- 1997 : La loi sur le commerce extérieur et les investissements (LEXI) consacre le principe de neutralité fiscale et garantit la stabilité fiscale, par laquelle l'État renonce à l'utilisation d'instruments de politique budgétaire et de justice sociale.

- 1997 : La loi de promotion et de garantie des investissements prévoit l'entrée libre des capitaux vers tous les secteurs économiques, sans la moindre autorisation, la liberté des transferts monétaires vers l'étranger à tout titre, de même qu'une stabilité fiscale ferme pour de longues durées.

- La LEXI comme la loi de promotion et de garantie des investissements sont abrogées par le gouvernement actuel en 2010 avec l'entrée en vigueur du code organique de la production, du commerce extérieur et des investissements

- 2006 : Adhésion à l'Organisation Mondiale du Commerce dans le cadre d'une politique d'ouverture, de compatibilité juridique en matière de commerce extérieur, de réduction des droits de douane et de fixation de plafonds. Élimination de toute restriction non douanière, des tranches tarifaires, restrictions saisonnières et autres mécanismes de protection de la production

nationale face aux variations des prix. Le pays s'engage également à ne pas appliquer la moindre restriction aux paiements et aux transferts internationaux liés à des transactions courantes.

Tous ces changements visent à adapter la législation interne aux normes des TBI. Les modifications de la législation nationale et les droits mêmes consacrés dans les TBI ne garantissent pas seulement la sécurité juridique des investisseurs, ils leur accordent des droits spéciaux et limitent la capacité souveraine de l'État de réguler l'économie, notamment les investissements étrangers directs (IED).

### **Pourquoi un audit des traités de protection réciproque des investissements et du système d'arbitrage international en matière d'investissements ?**

Au cours des années 1990, le volume des investissements étrangers s'est accru non seulement en Équateur, mais également dans tout le sous-continent. En ce sens, cela semblait confirmer que la stratégie de protection des IED était correcte. Les attentes grandissaient tout autant quant à la capacité des investissements issus de l'étranger à contribuer à une plus grande croissance du pays. Néanmoins, au cours de la décennie suivante, la fréquence des IED a fini par stagner. Des zones d'exploitation à forte rentabilité avaient été concédées, la marge de manœuvre de l'État avait été limitée, et de grands privilèges avaient été accordés, sans que le pays ne décolle. Par ailleurs, un nombre élevé de plaintes se chiffrant en millions avaient été déposées par les entreprises transnationales, qui se mettaient à faire usage des privilèges leur ayant été consentis par les accords de protection des investissements, afin de freiner toute tentative de politique publique pouvant amoindrir leurs bénéfices attendus.

Peu à peu, il devient nécessaire de constater si la signature des accords de protection des investissements a réellement porté les fruits escomptés, non pas seulement en termes d'attraction des IED, mais également en termes de

génération des recettes espérées par le pays récepteur.

À l'échelle internationale, le monde universitaire commence à se demander s'il existe véritablement une corrélation directe et un lien de cause à effet entre la signature de TBI et l'augmentation des IED. Ils sont nombreux à constater que ce n'est pas le cas.<sup>2</sup> Il est empiriquement prouvé que l'augmentation des IED au cours des années 1990 est le fruit d'autres facteurs, comme le fait de tirer parti des processus de privatisation lancés par les premiers gouvernements néolibéraux.

Les mouvements sociaux de différentes parties du monde, après avoir lutté des décennies durant contre les droits excessifs des investisseurs tels que consacrés dans les accords d'investissement, à l'instar de l'accord multilatéral d'investissements (AMI), soulignent à nouveau la nécessité pour l'État de recouvrer sa souveraineté et son pouvoir de régulation. Ils font également état du besoin d'instaurer un nouveau régime international pour les investissements étrangers privilégiant les droits fondamentaux, les droits des peuples et de la nature plutôt que le droit commercial. Ces mouvements sociaux équitariens, de même qu'à l'échelle de la région latino-américaine, expriment leur soutien pour l'initiative équitarienne de soumettre les TBI à audit.

Sur le plan international aussi, et pas seulement au niveau universitaire et des mouvements sociaux, on se demande aussi si le bilan de la signature des TBI est positif. Différents organismes internationaux, comme la Conférence des Nations Unies sur le

Commerce et le Développement (CNUCED) ou la Commission Économique pour l'Amérique Latine et les Caraïbes (CEPAL), soutenus par nombre de recherches empiriques sur la circulation des investissements étrangers et ses effets sur les économies réceptrices, ont changé de position, remettant en question les bienfaits du système actuel de protection des investissements. Ces organisations proposent d'introduire des changements dans le modèle de protection des investissements pour concilier la sécurité juridique, l'attractivité des investissements tout en conservant la faculté de régulation de l'État et d'orienter les IED en fonction des priorités nationales.<sup>3</sup>

Certains gouvernements d'Amérique Latine et d'autres continents ont récemment décidé de mettre un terme à ces traités. L'Afrique du Sud, l'Australie, l'Indonésie ou le Pakistan sont autant de pays très différents qui ont mis en marche un processus de révision de leurs politiques de protection des investissements. L'Australie comme l'Afrique du Sud ont conclu que des changements radicaux s'avéraient nécessaires.<sup>4</sup> L'Afrique du Sud, l'Indonésie, la Bolivie, le Venezuela ou l'Équateur ont d'ores et déjà commencé à mettre fin aux traités bilatéraux de protection des investissements et développent des modèles alternatifs destinés à orienter la signature des futurs accords en la matière.

En Équateur, dès sa première campagne électorale, le président Rafael Correa s'est montré critique envers ces traités et a mis en œuvre des initiatives internationales de telles pratiques, qu'il qualifie de

---

<sup>2</sup> Poulsen, Lauge N. Skovgaard (2010). The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence, Yearbook on International Investment Law and Policy 2009/2010, New York: Oxford University Press, pp. 539-574.

<sup>3</sup> UNCTAD (2012) Investment Policy Framework for Sustainable Development [http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2012ch4\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2012ch4_en.pdf) y World Investment Report 2015 – Reforming International Investment Governance

<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1245>

<sup>4</sup> République d'Afrique du Sud (2009), Bilateral Investment Treaty Policy Framework Review, Government Position Paper <http://www.pmg.org.za/files/docs/090626trade-bilateralpolicy.pdf>; Gouvernement de l'Australie (2010) Bilateral and Regional Trade Agreements, Productivity Commission Research Report <http://www.pc.gov.au/inquiries/completed/trade-agreements/report/trade-agreements-report.pdf>.

perverses. Le processus de révision du modèle équatorien de protection des investissements a commencé dès la moitié des années 2000. Il s'est accentué à compter de la ratification de la Constitution de 2008, qui a réaffirmé et renforcé le mandat d'un État régulateur, ce qui contredit les engagements contractés dans le cadre des TBI.

En Équateur, la préoccupation n'a eu de cesse d'augmenter à mesure que grandissait le nombre de plaintes millionnaires de la part des investisseurs face aux actes souverains de récupération et de défense du patrimoine national jadis hypothéqué à la faveur d'intérêts étrangers.

Dans le contexte d'une perte grandissante de légitimité à l'échelle nationale et internationale pour le système de protection des investissements et le mécanisme d'arbitrage international, le président de la République a décidé en 2013 de réexaminer les conditions de réalisation des négociations des TBI, les vices de consentement présumés, les clauses abusives des traités et des contrats, et autres indices indéniables de pratiques dolosives. Il a alors été décidé de conduire un audit ouvert à la participation citoyenne pour apporter informations et transparence, identifier les responsabilités et établir des précédents pour veiller à une gestion rigoureuse et conforme aux intérêts de la nation des ressources d'origine étrangère.

Le président de la République, Rafael Correa, a signé le décret exécutif n° 1506 le 6 mai 2013 signifiant la création d'une commission d'audit intégral citoyen des traités de protection réciproque des investissements et du système d'arbitrage en matière d'investissements (CAITISA).

Le précédent employé est celui de l'expérience de l'audit intégral mené au crédit public, conduit entre 2007 et 2008, et dont le but était de mettre à jour la gestion de la dette publique et la destination des fonds, à la fois pour établir les responsabilités des créanciers et celle des autres intervenants institutionnels et personnels. Les importants résultats qui en ont découlé ont constitué un support pour parvenir à des solutions favorables

ayant mené à une réduction significative de la dette commerciale équatorienne.

Le décret portant création de CAITISA a déterminé que l'audit, sous accompagnement citoyen, devait englober le processus de signature et les négociations des traités passés par l'Équateur, les conséquences de leur mise en application, leur contenu et leur compatibilité avec la législation nationale, la validité et la pertinence des procédures adoptées, les sentences et décisions adoptées pendant les procédures d'arbitrage international contre l'Équateur, leur légalité, légitimité et licéité, de même que les désagréments et irrégularités ayant provoqué une atteinte à l'État, aux peuples et nationalités équatoriennes en termes économiques, sociaux et environnementaux.

La commission, sur disposition du décret en question, était composée de membres titulaires de quatre institutions de l'État ou leurs délégués (secrétariat national à la Planification et au développement, secrétariat national à la Politique, ministère des Affaires étrangères et de la mobilité humaine et secrétariat général juridique de la présidence de la République) et de huit experts nationaux et internationaux, certains issus de la société civile et/ou des organisations sociales, avec une expérience attestée en matière d'investissement et/ou d'arbitrage international.

La commission avait une dimension internationale du fait de la participation d'experts issus des pays suivants : Argentine, Colombie, Équateur, Mexique, Paraguay, Uruguay et Singapour.

Ce processus d'audit constitue l'une des initiatives du gouvernement équatorien dans le cadre d'un ensemble de mesures visant à réaffirmer la souveraineté nationale en matière de régulation des investissements étrangers et de promotion des politiques publiques favorisant les droits des peuples et de la nature plutôt que les profits des multinationales. Les autres des mesures impulsées par l'Équateur dans ce contexte sont la création d'un centre de résolution des litiges dans le cadre de l'Union des Nations Sud-américaines (UNASUR),

qui prévoit l'application de mécanismes alternatifs d'arbitrage, comme la médiation et la conciliation ;<sup>5</sup> et la proposition de promulgation, au sein de

l'ONU, d'un code d'obligations contraignantes pour les entreprises transnationales en matière de droits humains.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Voir <http://www.cancilleria.gob.ec/unasur-avanza-en-la-creacion-de-un-centro-de-solucion-de-controversias/>

<sup>6</sup> Voir <http://business-humanrights.org/en/binding-treaty/un-human-rights-council-sessions>



# **RÉSULTATS DE L'AUDIT**

## A. LES TRAITÉS BILATÉRAUX DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS (TBI) EN ÉQUATEUR

### Processus de négociation et de signature des TBI

Dans le contexte décrit précédemment, en plein essor de l'application des politiques visant à faciliter la circulation de capitaux, le pays a fait de la mise en œuvre de la négociation des traités de protection des investissements (TBI) l'un de ses axes de sa politique extérieure des années 1990. À ces fins, l'État a négocié 30 de ces traités pendant la période entre 1968 et 2002, dont trois ne sont pas entrés en

vigueur : les deux premiers car malgré leur négociation, ils n'ont pas été signés par les parties (en l'espèce le Panama et le Costa Rica), et le dernier par manque de ratification de la contrepartie, dans le cas du TBI avec la Russie. Sur les 27 TBI entrés en vigueur, celui passé avec l'Égypte, en vigueur pendant trois ans, a expiré le 19 avril 1995 car non renouvelé par les parties.

**Le tableau suivant consigne la présidence sous laquelle ont été signés chacun des 30 traités bilatéraux d'investissement :**

| Président                             | Nombre de traités | Pays   |
|---------------------------------------|-------------------|--|
| José María Velasco Ibarra (1968-1972) | 1                 | Suisse (1969)  |
| León Febres Cordero (1984-1988)       | 1                 | Uruguay (1985)   |
| Rodrigo Borja (1988-1992)             | 1                 | Égypte (1992)  |
| Sixto Durán Ballén (1992-1996)        | 16                | États-Unis, Chili et Venezuela (1993) ; Paraguay, Argentine, Chine, Grande Bretagne, El Salvador et France (1994) ; Bolivie (1995) ; Panama <sup>1</sup> , Allemagne, Roumanie, Russie, Canada et Espagne (1996) ; |
| Fabián Alarcón (1997-1998)            | 2                 | Cuba (1997), République Dominicaine (1998)   |
| Jamil Mahuad (1998-2000)              | 2                 | Pays Bas et Pérou (1999)   |
| Gustavo Noboa (2000-2003)             | 7                 | Nicaragua et Honduras (2002) ; Suède, Italie, Finlande et Costa Rica (2001) ; Guatemala (2002)   |

Élaboré par CATTISA

### À propos de la négociation de TBI par l'Équateur

Après une analyse minutieuse des archives de différents ministères, le processus d'audit permet de conclure que les TBI souscrits par l'Équateur ne sont pas passés par l'étape de négociation en tant que telle. Il n'est aucun indice qui permette de démontrer l'existence d'une discussion sur le modèle de TBI que l'Équateur a signé, en particulier quant aux possibles implications des clauses prévues auxdits traités. Cela

laisse entendre que les fonctionnaires des gouvernements ayant souscrit les TBI successifs ont donné leur accord et leur signature sans avoir analysé les conséquences de tels instruments internationaux, et sans avoir tenté de négocier des conditions préservant la capacité de régulation de l'État.

### À propos du processus de ratification de TBI en Équateur

Le processus de ratification auquel auraient dû être soumis les TBI signés par l'Équateur dépend des dispositions et des exigences de la Constitution en vigueur à l'époque de leur souscription. Selon la date à laquelle ont été passés les TBI, ils auraient dû être assujettis aux procédures fixées par les Constitutions de 1968, 1979 (codifiée en 1984) ou de 1998 (tableau récapitulatif détaillé ci-après). Les Constitutions de 1968 et 1979 conditionnaient leur approbation au vote législatif. En revanche, la Constitution de 1998 écartait la soumission expresse à l'approbation législative de certains types de traités, aussi certaines

des entités gouvernementales au pouvoir ont interprété que les TBI étaient exclus de l'exigence d'approbation législative.

Le processus d'approbation des traités internationaux ne s'est pas toujours conformé à la législation équatorienne en vigueur au moment de la ratification. D'autres irrégularités ont également été détectées en matière d'approbation par suite d'interprétations circonstancielles de lois ou décrets d'application et autres critères *ad hoc* du pouvoir alors en place.

| TBI/Date de signature         | Ratification sous quelle constitution ? | Irrégularités dans le processus de ratification  |
|-------------------------------|---|--|
| Suisse (1969)                 | Constitution de 1968                    |  |
| Uruguay (1985)                |   | Le pouvoir législatif n'a pas été consulté pour l'approuver, malgré la condition prévue à l'art. 59.   |
| Égypte (1992)                 |   | Le pouvoir législatif n'a pas été consulté pour l'approuver, malgré la condition prévue à l'art. 59.   |
| États-Unis (1993)             |   | Il y a eu approbation législative quoique basée sur le rapport élaboré par la sous-commission des conventions et des traités internationaux, et non par la commission spécialisée, comme le prévoyait la Constitution de l'époque. |
| Chili (1993)                  |   | Le processus d'approbation législative a eu lieu sans débat.   |
| Venezuela (1993)              |   | Approuvé par le Congrès National   |
| Paraguay (1994)               |   | Le processus d'approbation législative a eu lieu sans débat.   |
| Argentine (1994)              | Constitution de 1979                    | Le processus d'approbation législative a eu lieu sans débat.   |
| Chine (1994)                  |   | Approuvé par le Congrès National   |
| Grande Bretagne (1994)        |   | Approuvé par le Congrès National   |
| El Salvador (1994)            |   | Approuvé par le Congrès National   |
| France (1994)                 |   | Approuvé par le Congrès National   |
| Bolivie (1995)                |   | Le processus d'approbation législative a eu lieu sans débat.   |
| Allemagne (1996)              |   | Le processus d'approbation législative a eu lieu sans débat.   |
| Roumanie (1996)               |   | Le processus d'approbation législative a eu lieu sans débat.   |
| Russie (1996)                 |   | Le processus d'approbation législative a eu lieu sans débat. Le TBI n'est pas entré en vigueur attendu que la Russie ne l'a pas ratifié.   |
| Canada (1996)                 |   | Le processus d'approbation législative a eu lieu sans débat.   |
| Espagne (1996)                |   | Le processus d'approbation législative a eu lieu sans débat.   |
| Cuba (1997)                   |   | Approuvé par le Congrès National   |
| République Dominicaine (1998) |   | Le processus d'approbation législative a été omis.   |
| Pays Bas (1999)               |   | Le processus d'approbation législative a été omis.   |
| Pérou (1999)                  |   | Le processus d'approbation législative a été omis.   |
| Nicaragua (2002)              | Constitution de 1998                    | Le processus d'approbation législative a été omis.   |
| Honduras (2002)               |   | Le processus d'approbation législative a été omis.   |
| Suède (2001)                  |   | Le processus d'approbation législative a été omis.   |
| Italie (2001)                 |   | Le processus d'approbation législative a été omis.   |
| Finlande (2001)               |   | Le processus d'approbation législative a été omis.   |
| Guatemala (2002)              |   | Le processus d'approbation législative a été omis.   |

Élaboré par CATTISA.

Nous proposons ci-après le détail des situations spéciales et des irrégularités décelées. Ces dernières posent un questionnement d'ordre juridique et/ou procédural :

- Dans 11 cas, aucun procès-verbal d'approbation législative n'a été trouvé, comme l'indique le vice-secrétaire général de l'Assemblée nationale par courrier du 17 octobre 2014.

Dans le cas des TBI passés avec l'Égypte et l'Uruguay, le manque d'approbation législative constitue une omission explicite des conditions fixées par la Constitution de 1979, alors en vigueur. La non-configuration de l'une des conditions du processus de ratification pourrait conduire à interpréter que le traité en question n'est jamais entré en vigueur, pourtant les informations fournies par le ministère des Affaires étrangères montrent qu'il figure bien sur la liste des traités en vigueur et qu'aucune dénonciation n'a été demandée au pouvoir exécutif par l'Assemblée nationale.

Dans les neuf cas restants, qui correspondent aux TBI signés à compter de 1998, le fait d'avoir passé outre l'approbation législative semble répondre à une interprétation favorable à l'investisseur de l'article 161 de la Constitution de 1998. Ledit article fixe les différents types de traités et conventions internationales qui devaient être soumis à l'approbation du Congrès national. Parmi eux figurent : « Ceux portant sur les droits et devoirs fondamentaux des personnes et les droits collectifs ». Il semblerait que, dès lors, il a été interprété que les traités de protection des investissements signés par l'Équateur de portaient pas atteinte aux droits individuels et collectifs des Équatoriens.

Cette interprétation s'est maintenue au sein des fonctionnaires du pouvoir exécutif entre 1998 et 2002. Néanmoins, selon l'analyse conduite dans cet audit, nous avons

déterminé qu'au sein des TBI souscrits figurent des éléments qui compromettent la souveraineté et constituent une atteinte aux droits.

C'est par exemple le cas du transfert de compétences dérivées de la Constitution ou de la loi à un organisme international ou supranational, attendu que les TBI supposent que les litiges soient soumis directement à arbitrage international, ou de l'atteinte aux droits et devoirs fondamentaux des personnes et les droits collectifs que pourraient causer les TBI, ce qui constitue autant de raisons pour lesquelles les TBI auraient dû passer par l'approbation du pouvoir législatif.

La décision de se passer de ratification législative pour les TBI postérieurs à la Constitution de 1998 a été réaffirmée par les interprétations négligentes des organismes de l'État. C'est notamment le cas de l'avis du ministère des Affaires étrangères n° 8-AJ-DGAJ du 12 janvier 2001, qui déterminait l'exclusion de l'approbation législative par le Congrès national des TBI souscrits avec le Nicaragua, les Pays Bas et la République Dominicaine, et a servi de support pour que le président Gustavo Noboa les ratifie. Il convient de souligner que les avis du ministère des Affaires étrangères n'ont nullement vocation à être considérés comme instruments contraignants d'interprétation constitutionnelle.

- Sept traités passés avec l'Espagne, la Roumanie, la Bolivie, le Canada, la Chine, la Russie et Cuba, ont été approuvés en une seule séance (procès-verbal n° 16 du 21 mai 1997), grâce à deux rapports similaires de la commission spéciale permanente pour les affaires internationales, rédigés succinctement pour tous les traités, exposés les uns à la suite des autres, soumis conjointement au vote et sans le moindre débat. Un des députés a opposé son objection à la procédure, car il considérait

qu'un débat aurait dû avoir lieu pour approuver chaque traité séparément. Décision eut été prise de les soumettre au ministère des Affaires étrangères accompagnés d'une résolution pour chacun d'eux.

L'inhabituelle procédure d'approbation multiple accompagnée de rapports d'ensemble révèle la superficialité et la légèreté de la manière d'agir, et suppose une violation de la norme qui prévoyait un prononcement raisonné et éclairé tant la part de la commission spécialisée que de l'assemblée plénière du Congrès, le tout pour chacune des conventions.

- Le traité passé avec les États-Unis, souscrit en 1993 et approuvé en 1994, a été soumis à l'approbation législative sur rapport de la sous-commission des conventions et des traités internationaux, et non de la commission spéciale permanente, comme l'exigeaient les dispositions constitutionnelles. L'un des législateurs, Diego Delgado, avec l'introduction d'une requête en reconsidération, a objecté la procédure attendu qu'aucune lecture de la convention n'a été donnée, et attendu l'inadmissibilité du rapport de la sous-commission. Une autre requête en reconsidération souligne des incohérences ponctuelles et une grave atteinte à la souveraineté nationale. Malgré cela, le traité a été approuvé par la majorité de l'assemblée plénière.
- Les TBI passés avec l'Allemagne, la France et la Grande Bretagne ont été approuvés par le Congrès National sans lecture du texte et sans le moindre débat.  
L'absence de lecture du traité et du rapport est une irrégularité récurrente tant dans les cas d'approbation multiple que dans les cas de validation séparée.

Les procédures mentionnées font essentiellement état du niveau de persuasion et d'engagement

politique quant au « besoin et l'intérêt » d'attirer les investissements étrangers, de la facilité de s'affranchir des procédures juridiques face à la magnitude énorme du risque supporté par le pays en octroyant des droits, des garanties et d'amples facilités à des intérêts extérieurs, sans le moindre inventaire des bénéficiaires qui s'y rattachent.

Elles confirment également la domination des doctrines et des courants idéologiques favorables à l'ouverture totale, aux incitations et concessions illimitées pour les investissements étrangers. Ces politiques s'ajoutent à la promulgation de lois et de réformes législatives dans ce même sens, comme nous l'avons indiqué supra.

### **Contenu des TBI signés par l'Équateur**

Les traités bilatéraux de protection réciproque des investissements signés par l'Équateur sont des instruments internationaux visant à offrir aux investisseurs un cadre juridique susceptible de protéger leurs investissements de toute mesure gouvernementale pouvant les affecter. L'analyse des 30 traités signés par l'Équateur (définitions de base, clauses substantives ; clauses régulant la vigueur ou l'expiration du traité) permet d'établir que la plupart des TBI suivent un modèle et une structure en commun. Les seuls TBI de l'Équateur où figurent certaines différences sont ceux passés avec la Suisse, l'Égypte et l'Uruguay en ceci qu'ils sont plus courts, ne prévoient pas de précautions punitives ni d'exigences de rémanence.

### **Préambule**

La plupart des traités sont introduits par un préambule qui définit les attentes et les caractéristiques de la relation bilatérale et les objectifs poursuivis par les parties dans l'application et l'observation du traité ; dans la pratique, les préambules sont interprétés comme des éléments au caractère purement déclaratif. Néanmoins, les tribunaux d'arbitrage les utilisent de façon discrétionnaire en tant que ressource interprétative qui peut même leur servir de base pour modifier la portée des clauses substantives des traités.

## Principales clauses des TBI

Au-delà des différences particulières mineures entre les TBI signés par l'Équateur avec les divers pays, il est possible d'y trouver des clauses types ou des contenus en commun qui sont le signe d'une logique générique quant à la teneur des clauses substantives. Cet ensemble de clauses peut être résumé de la sorte :

- **Définition d'investissement :** Décrit ce qui est entendu par investissement au regard desdits accords. En suivant les paramètres généraux, les TBI équatoriens protègent à la fois les actifs tangibles et les actifs intangibles. Les actifs intangibles comprennent tous ceux liés aux déplacements de fonds et droits dérivés (placements financiers ou spéculatifs), ainsi que les droits de propriété intellectuelle. Ils comprennent également les droits administratifs, comme les concessions d'exploitation de ressources naturelles.
- **Définition d'investisseur :** Le sujet de protection des TBI n'est autre que l'investisseur étranger ; pour accorder la qualité d'étranger à un investisseur, ce n'est pas seulement sa nationalité qui est prise en compte, mais également la source de son capital. Si un investisseur cherche à tirer profit d'un traité, il se doit de démontrer qu'il est ressortissant de l'un des États partie aux conventions. Tous les TBI, exception faite de ceux passés avec l'Uruguay et l'Égypte, définissent comment doit être entendu un « investisseur ». Dans tous les cas, le concept englobe les personnes physiques et les personnes morales, qu'elles soient ressortissantes de l'un des deux États partie au traité, ou qu'elles aient leur siège social sur le territoire de l'un de ces deux mêmes États. Certains traités (c'est notamment le cas du Venezuela, du Chili, de l'Argentine, d'El Salvador ou du Nicaragua) prévoient une exception pour les personnes domiciliées depuis plus de deux ans sur le territoire à la date de déploiement de l'investissement :

dans ces cas, ils ne sont plus considérés comme des investisseurs étrangers. Dans le reste des cas, et surtout dans les pays développés, ces exceptions sont inexistantes. Aussi, une personne physique de nationalité française peut résider sur le territoire équatorien depuis plus de dix ans mais, dès lors qu'elle effectuera un investissement, elle pourra exercer son droit à la protection des investissements étranger au moyen du TBI passé entre l'Équateur et la France.

- **Traitement national :** Il fait son apparition dans les traités commerciaux et fait référence à l'obligation contractée par l'État de donner le même traitement aux investissements étrangers qu'aux investissements nationaux. Cette clause figure à la plupart des TBI équatoriens.
- **Traitement juste et équitable :** Prévoit que toute procédure issue du pays récepteur de l'investissement ne devra pas porter atteinte aux standards minimums de traitement international des investissements. Cela peut comprendre différents concepts, comme celui des « attentes légitimes » de l'investisseur. Néanmoins, l'expression « traitement juste et équitable » en soi est indéterminée, ambiguë et sujette à diverses interprétations. Plusieurs tribunaux ont longuement interprété le concept de *juste et équitable* comme porteuses de notions comme celles des attentes légitimes des investisseurs, lesquelles ne sont pas prévues aux ordonnancements juridiques internationaux, ce qui a conduit ces interprétations à outrepasser les standards internationaux de traitement des investissements reconnus mondialement. Dans le cas de l'Équateur, la clause de « traitement juste et équitable » se trouve dans la quasi-totalité des TBI signés, exception faite de ceux de l'Égypte, de la République Dominicaine et du Honduras, où une telle mention ne figure pas explicitement.

- ***Pleine protection et sécurité*** : Cette clause semble indiquer que l'État est tenu de prendre toute mesure effective pour protéger les investissements des effets adverses issus de l'État hôte, ses organes ou des tiers. Sa nature est d'une grande similarité avec celle du « traitement juste et équitable » car elle est tout aussi générale, raison pour laquelle ces deux clauses sont analysées le plus souvent conjointement malgré leurs différences. Il existe à l'heure actuelle un consensus selon lequel la clause en question ne fournit pas de protection absolue contre les atteintes physiques ou juridiques, ce pourquoi l'État n'a pas la responsabilité de les prévenir. Dans le cas de TBI de l'Équateur, la clause de pleine protection et sécurité se retrouve dans vingt-huit des trente TBI souscrits. Les seules exceptions sont les TBI passés avec l'Égypte et Cuba.
- ***Nation la plus favorisée (NPF)*** : Utilisée dans les traités de commerce, elle signifie que le niveau le plus favorable concédé à un pays doit être respecté et répliqué par le reste des pays avec lesquels un État entretient le même type d'accords. Il s'agit de l'amplification des relations juridiques fixées de façon restreinte et bilatérale à un réseau générique de relations avec d'autres traités de même nature. En complément d'autres clauses, comme celle du traitement juste et équitable ou celle du traitement national, il s'agit de l'une des clés du régime de protection internationale octroyé aux investissements par le biais des TBI. Elle a été intégrée à la grande majorité des TBI passés par l'Équateur.  
La clause NPF implique le risque de la multilatéralisation du même niveau de traitement de tout investisseur attendu que les parties contractantes – les États signataires des TBI – perdent le contrôle des bénéfices octroyés aux investissements étranger, ce qui fait obstacle à leur pouvoir

de formulation de politiques différenciées selon le type d'investissement. Elles perdent également la possibilité de différencier en fonction du pays source de l'investissement et, ce faisant, de privilégier ceux avec qui elles visent à parvenir à une intégration, un soutien mutuel ou complémentaire par-delà la seule logique commerciale.

À cela s'ajoute son caractère diffus ou la difficulté de conserver la capacité de connaître les relations juridiques radiales établies par la clause NPF de la part des sujets souscrivant ce type de clauses, attendu qu'elles permettent à un univers d'investisseurs d'États tiers de poursuivre l'État destinataire via un TBI dont ils ne sont pas ressortissants. Avec l'intégration de la légitimation active pour quiconque détient le contrôle indirect sur une entreprise, il suffit d'avoir une seule action d'une entreprise étrangère cotée en bourse pour poursuivre l'État au moyen du TBI qui lui octroie le plus garanties, grâce à la clause NPF. Le contrôle et la connaissance réelle des obligations juridiques et des poursuites judiciaires se transforment donc en un univers impossible à mesurer, ce qui entraîne l'État à renoncer toujours plus à sa capacité de régulation et découle sur une nouvelle version du retrait de l'État de ses sphères d'action en faveur du domaine privé permise par ce « refroidissement régulateur ».

- ***Interdiction d'expropriation directe et indirecte*** : Il s'agit de l'interdiction de toute mesure directe ou indirecte pouvant affecter un investissement étranger. Cette clause figure dans tous les TBI équatoriens. La clause d'interdiction d'expropriation directe désigne la dépossession forcée du titre de propriété sur un bien d'un investisseur par l'État. Les TBI comprennent cette interdiction, sauf sanction par loi, par déclaration d'utilité publique ou moyennant le paiement d'une indemnisation prompte et juste pour le titulaire. Les TBI proscrivent

également l'expropriation indirecte, à savoir toute autre mesure produisant des effets similaires à ceux d'une expropriation. Cette clause ouvre grand la porte aux réclamations contre l'État. Il s'agit d'un type ouvert de clause dont la portée n'est ni délimitée ni restreinte aux actes définis, qui entrave la capacité de l'État à réguler certains domaines considérés centraux pour l'exercice de ses fonctions en tant qu'État. Ainsi, si l'État décide d'instaurer une nouvelle régulation pour un pan de l'économie qui affecterait négativement un investisseur étranger, ce dernier pourrait interpréter qu'elle exproprie ses bénéfices ou son investissement au sein du territoire national, ce qui pourrait conduire l'État, afin de ne pas affecter les affaires des investisseurs étrangers, doit renoncer à sa capacité de fixer, de modifier ou d'appliquer une régulation.

- **Libre transfert de devises :** Il s'agit de garanties pour les investisseurs pour qu'ils puissent transférer vers l'étranger leurs bénéfices en toute liberté, y compris l'investissement lui-même, sans la moindre condition. Tous les TBI (sauf celui de l'Uruguay et de l'Égypte) contiennent une telle clause.
- **Mécanismes de règlement des litiges :** Il s'agit des procédures pour le règlement des litiges liés aux TBI entre les États parties ou entre un investisseur étranger et un État hôte, elles permettent à une personne physique ou morale de recourir à l'arbitrage international contre un État. Ces mécanismes comprennent la légitimation procédurale pour engager des poursuites et pour déterminer la juridiction compétente à laquelle se soumettre (arbitrages spéciaux, CIRDI, règles CNUDCI, chambres de commerce internationales, etc.).
- **Droit applicable :** détermine le cadre juridique applicable pour que le tribunal d'arbitrage prononce sa sentence. Dans 14 des 30 traités est ouverte la possibilité de

régler le litige sur la base du droit interne de l'État ; il s'agit toutefois de l'une des options offertes quant au droit applicable pour chaque affaire. Seize des TBI de l'Équateur prévoient que le droit applicable pour régler le litige est celui du TBI lui-même.

- **Survie :** Détermine la durée de vigueur du traité après sa dénonciation par un État partie. Cette clause permet une période d'activité postérieure à la vigueur formelle du traité de même que le maintien des obligations et de la possibilité de poursuites judiciaires pendant un délai pouvant atteindre 20 ans. Les clauses de survie des TBI équatoriens couvrent une grande gamme de possibilités. Le seul TBI prévoyant une durée de survie d'un an était le premier passé avec l'Allemagne en 1965, ensuite remplacé par celui souscrit en 1996, dont la survie est actuellement fixée à 15 ans. Seuls les TBI passés avec la République Dominicaine (actuellement dénoncé et dont la survie a expiré) et avec l'Italie comptent une survie de cinq ans. Dans le reste des traités, les clauses de survie sont de 10 ou 15 ans après le prononcé de la dénonciation. Dans le seul cas du TBI passé avec le Royaume-Uni, la survie est encore supérieure, à savoir 20 ans après dénonciation.
- Autre anomalie, les TBI sont souvent à reconduction tacite, c'est-à-dire qu'en cas de non-dénonciation, ils sont renouvelés automatiquement pour une nouvelle période. Dans le cas de l'Équateur, les périodes de rénovation sont de 10 ans.
- **Clause parapluie :** À travers cette clause, l'État s'engage à respecter tout autre engagement en matière d'investissement acquis du fait d'autres accords internationaux, de l'ordonnancement juridique et de contrats passés par l'État avec des investisseurs étrangers. La clause parapluie n'est pas prévue à l'ensemble des TBI et ne ressort pas clairement à sa lecture.

Son application découle plus couramment de l'interprétation des tribunaux d'arbitrage en matière d'investissement eu égard aux différentes clauses des TBI ; c'est notamment le cas de celles qui prévoient l'obligation de l'État d'honorer tout autre engagement portant sur des investissements acquis d'autres sources et donc la violation entraînerait une violation du TBI. Dans le cas des TBI de l'Équateur, la présence d'une clause parapluie apparaît clairement dans sept cas (États-Unis, Paraguay, Grande-Bretagne, Canada, Pays Bas, Suède et Italie), et dans sept autres cas elle est décelée du fait de l'interprétation qui pourrait en être faite.

- **Clause de bifurcation (*Fork in the Road*)**: La clause *fork in the road* ou de bifurcation oblige l'investisseur étranger à opter pour le recours interne ou l'arbitrage international, sans pouvoir ensuite opter par la suite au type de recours auquel il a renoncé. Dans son essence, elle empêche de soumettre une même affaire simultanément à plusieurs juridictions différentes. Cette clause figure dans la moitié des TBI passés par l'Équateur. Les TBI qui ne prévoient pas une telle clause sont ceux passés avec les États-Unis, la Grande Bretagne, la Chine, la Russie, le Canada, l'Espagne, la Finlande, la Suède et l'Italie. En revanche, cette clause d'empêchement de multiplication des poursuites se trouve dans les TBI passés avec la Roumanie, l'Allemagne et la France. Cela signifie que pour la plupart des investisseurs, leur grande capacité économique leur permet de multiplier les poursuites dans différentes juridictions en simultanément, ce qui constitue un risque accru pour l'État équatorien.

## Compatibilité des clauses substantives des TBI face aux textes nationaux et internationaux

### Face aux politiques et textes internes et à la faculté de régulation de l'État

Les TBI de l'Équateur conservent un modèle traditionnel similaire à ceux passés avec la plupart des nations de la planète, comprennent les mêmes standards de protection des investissements, sans tenir compte des conditions économiques et sociales propres à chaque pays.

À la seule lecture des contenus fondamentaux des TBI synthétisés dans les clauses susmentionnées, on peut déduire les limitations et les interférences avec les prérogatives d'un État pour administrer et orienter les investissements étrangers qui affluent sur son territoire en fonction de ses intérêts légitimes et souverains. Ils assurent en revanche la possibilité pour les États de faire l'objet de poursuites judiciaires et de sentences arbitrales au sein du système d'arbitrage international, qui impose des sanctions économiques très fortes en cas de rupture présumée des clauses des traités.

Il existe plusieurs cas qui illustrent les confrontations et distorsions entre les clauses contenues dans les TBI et les engagements publics acquis et la structure juridique de l'État équatorien.

En matière fiscale, les gouvernements en place ont passé des lois et de réformes juridiques en fonction des besoins publics et de l'intérêt national afin d'appliquer une justice fiscale et d'assurer le financement du budget. Mais, protégé par les TBI, les investisseurs sont en mesure de remettre en question la validité d'une mesure fiscale, pis encore de poser qu'une telle mesure est directement comparable à une expropriation indirecte. C'est la présomption même de licéité et de validité de l'acte de l'État qui est remise en question, et le tribunal d'arbitrage aura la prérogative de se prononcer à cet égard.

La libre circulation des devises depuis et vers l'étranger qui est garantie à un investisseur étranger

affecte la capacité de l'État à réguler sa monnaie (à l'époque où l'Équateur disposait de sa propre monnaie) et ses réserves internationales par le contrôle de la circulation des transferts afin de protéger l'équilibre de ses comptes à l'étranger. La fuite de capitaux peut s'avérer dévastatrice pour un État dans ce qu'elle crée d'instabilité pour l'économie et les finances. S'il exerçait des contrôles pour éviter une crise, l'État pourrait se voir poursuivi internationalement par un investisseur étranger pour manquement à un TBI au motif d'inobservance du libre transfert des devises.

Nous avons pu observer dans les constitutions en vigueur en République d'Équateur depuis 1978 que la notion d'*expropriation indirecte* n'est ni considérée ni consacrée. Cette figure juridique n'est pas non plus reconnue comme partie intégrante du droit interne, ce qui implique pour l'État de concéder une limitation substantielle à ses compétences législatives, juridictionnelles ou autres.

La Constitution de 2008 réaffirme le droit de l'État à exproprier et nationaliser conformément à la coutume internationale, une compétence exercée pour des raisons d'utilité publique ou d'intérêt social et national. À l'instar des textes constitutionnels précédents, on observe l'absence de classification de la notion d'expropriation sous différentes figures. Seules apparaissent les notions explicites d'expropriation et de nationalisation. Cela est, sans le moindre doute, conforme à la règle de droit international. Exproprier ou nationaliser est avant tout un droit de l'État qui découle de son caractère d'entité souveraine.

La clause de « traitement national » s'oppose en premier lieu à la disposition constitutionnelle de priorisation de l'investissement national sur l'investissement étranger, complémentaire au national. En second lieu, elle constitue un traitement préférentiel de suprématie des investissements étrangers, car les investissements nationaux n'ont pas la possibilité du recours à l'arbitrage international.

### **Face aux objectifs de développement**

Le pays a dû faire face à des époques d'injustices, d'iniquité et de pauvreté pour une grande partie de sa population, alors que grandissait l'accaparement et la concentration des bénéfices entre quelques très puissants bénéficiaires internes et externes aux dépens de l'exploitation de vastes ressources patrimoniales. Face à cela, plusieurs initiatives ont surgi pour passer outre ces freins et instaurer un nouveau développement national axé sur des objectifs fondamentaux, qui se sont maintenus depuis la création du mécanisme idoïne de planification.

Naturellement, ces efforts légitimes pour réduire la marginalité, l'injuste dépendance économique externe, pour redistribuer les richesses, pour l'égalité des chances et la croissance productive ont été relégués au dernier plan au profit des intérêts privés – comme ceux des investisseurs étrangers – plutôt que de l'intérêt public.

Pour citer les façons concrètes dont les clauses des TBI font entrave aux objectifs de développement, nous aurons recours aux axes fixés par le Plan national pour le bien-vivre (PNBV) adopté par le gouvernement actuel.

La constitution en vigueur établit que les investissements nationaux comme ceux étrangers doivent être orientés vers l'accomplissement des objectifs du Plan national de développement, ce qui implique une direction ou, tout du moins, une surveillance de la part de l'État. Cela se heurte à la liberté garantie par les TBI.

L'un des objectifs du Plan national de développement est la transformation de l'État et la récupération de sa capacité régulatrice et de planification pour la satisfaction des besoins de la population, ce qui permet l'adoption de mesures et la promulgation de normes dans le cadre de l'exercice de la souveraineté nationale. Pourtant, les actes internes de l'État, tout particulièrement ceux à caractère réglementaire, sont intolérablement soumis au contrôle international des arbitres, qui sont ceux qui décident s'ils sont conformes aux standards de protection des investissements.

Par ailleurs, à travers le rôle privilégié concédé aux entreprises transnationales dans la propriété et l'accès aux moyens de production, conformément à leurs intérêts, ces dernières ne sont pas affectées quand l'action de l'État cherche à modifier le modèle de production et le paradigme d'accumulation, de distribution et de redistribution des richesses au sein de la société.

### **Face à la législation nationale telle que définie dans les processus d'intégration**

Les instances d'intégration régionale ont accordé des régimes communs de traitement des investissements étrangers directs et des flux de capitaux étrangers qui en découlent. Le groupement auquel participe le plus assidument l'Équateur est la Communauté Andine des Nations (CAN), constituée en 1969.

L'une des premières décisions de la CAN est la n° 024 de décembre 1970, qui fixe le régime commun de traitement des capitaux étrangers et les marques, brevets, licences et redevances au motif que les investissements étrangers « peuvent constituer un apport considérable pour le développement économique de l'Amérique latine sous réserve de stimuler la capitalisation du pays où ils sont introduits, de faciliter l'ample participation des capitaux nationaux dans le processus et de ne pas entraver l'intégration régionale ».

Un tel énoncé prévoyait entre autres que le traitement des capitaux étrangers ne devait pas constituer de discrimination pour les investisseurs nationaux ; le plus grand accès possible aux technologies modernes et aux innovations à caractère administratif du monde contemporain ; la transformation graduelle des entreprises étrangères en sociétés nationales ou mixtes ; le besoin d'autorisation des investissements étrangers par les autorités compétentes, qui détermineront leur éventuelle admission dans des secteurs réservés aux entreprises nationales publiques ou privées ; les restrictions aux concessions dans les secteurs des produits de base (y compris l'exploration et l'exploitation d'hydrocarbures et de forêts) avec une préférence pour les formes contractuelles conjointes ; l'interdiction d'établissement de sociétés

étrangères dans les services publics ou dans les activités financières (assurances, banque commerciale et autres établissements financiers) ; la non-admission de nouveaux investissements directs dans des entreprises de transport intérieur, de publicité, de radiophonie commerciale, de revues ni celles dédiées à la commercialisation intérieure de produits de toute sorte.

Cette décision a été réformée en mai 1987 par la décision 220 qui a maintenu l'essentiel de son contenu. Elle réaffirme notamment que les pays membre ne concéderont aux investisseurs étrangers nul traitement plus favorable que celui octroyé aux investisseurs nationaux et que, pour le règlement des litiges ou conflits dérivés des investissements étrangers directs ou du transfert de technologie étrangère, les pays membre appliqueront les dispositions de leur législation interne.

C'est également à la lueur de ce régime qu'il appartenait d'analyser et d'autoriser les opérations de crédit externe des entreprises transnationales, avec l'imposition d'une limite aux taux d'intérêts. Si une telle norme avait été maintenue, le pays n'aurait pas subi de préjudice des décennies durant du fait de la pratique frauduleuse de sous-capitalisation dont nous traiterons plus avant dans ce rapport.

C'est en mars 1991 que les pressions visant au changement total de politiques et de régimes favorables à l'ouverture maximale et à la libéralisation des investissements étrangers ont produit leurs effets, conduisant la Communauté Andine des Nations à émettre la décision 291, encore en vigueur de nos jours. Elle justifie le revirement régional par « la mise en œuvre d'une rationalité économique fondée sur l'initiative privée, la discipline fiscale et un État redimensionné et efficace ».

Le cadre nouveau ainsi imposé consacre le modèle de libéralité favorisant les interventions privées et l'autorégulation. À titre d'exemple, nous citerons l'instauration de l'égalité des droits et des obligations pour les investisseurs étrangers et les nationaux, la libre circulation des devises et des transferts vers l'étranger, de même que l'extension à tout

investisseur étranger des avantages consentis par le programme de libération de l'Accord de Carthagène.

En ce qui concerne les contrats de transfert de technologie, le décret 415 signé par Sixto Durán prétend harmoniser la décision 291 de la CAN ; toutefois, il ne fait que rétablir les procédures d'enregistrement et n'inclut pas les précautions et conditionnements d'évaluation prévus à la norme communautaire pour garantir l'effectivité et la transparence de l'exécution de tels contrats.

En ce qui concerne le régime de traitement des capitaux étrangers, la tendance de la législation régionale reste inchangée, même si les réserves et les questionnements sont de plus en plus fréquents au sein des gouvernements des pays membre, sur initiative également de mouvements sociaux exigeant de mettre fin à l'exploitation indifférente des entreprises transnationales.

Avec l'avènement des nouvelles organisations de la région latino-américaine, comme l'UNASUR et la CELAC, c'est l'approche d'une nouvelle architecture financière internationale qui se renforce pour proposer des alternatives au financement des projets nationaux et organiser des instances fiables pour l'exercice de la justice et des droits souverains des peuples.

Dans ce contexte, il a été envisagé de créer le Centre de règlement de litiges en matière d'investissements de l'UNASUR, et l'Observatoire du sud sur les investissements transnationaux est désormais opératif, sur une initiative approuvée par la I<sup>e</sup> Conférence ministérielle des États latino-américains affectés par les intérêts transnationaux qui s'est tenue le 22 avril 2013 à Guayaquil.

### **Face au droit international et aux droits fondamentaux**

L'Équateur, comme la plupart des pays du monde, adhère aux textes internationaux qui protègent les

droits de l'homme. Il ne s'agit pas seulement de la Déclaration universelle des droits de l'homme, mais également d'instruments juridiquement contraignants, comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.<sup>7</sup> D'ailleurs, dès 2000, l'Équateur est devenu le premier pays d'Amérique Latine à souscrire aux traités internationaux sur les droits de l'homme adaptés à l'échelle des Nations Unies et de l'Organisation des États Américains. En 2006, le gouvernement équatorien a lancé sa candidature au Conseil des droits de l'homme des Nations unies et par cet acte a réaffirmé son engagement envers l'évolution des droits de l'homme.<sup>8</sup>

Les TBI souscrits par l'Équateur contiennent de nombreuses obligations juridiques, mais aucune d'entre elles ne prévoient d'obligations en termes de droits de l'homme. Au contraire, les TBI développent un régime juridique parallèle, avec un ensemble d'obligations qui lui sont propres, un système d'application qui lui est propre, sans nul autre type d'obligations que celles à caractère international. Pas mêmes celles de type *erga omnes*, comme dans le cas du régime juridique des droits de l'homme. Les tribunaux arbitraux du CIADI, qui sont ceux qui jusqu'à présent ont émis leurs sentences, n'ont jamais tenu compte des droits de l'homme dans leurs décisions, ni même de la reconnaissance *erga omnes* à l'échelle internationale. Ils ont néanmoins reconnu dans certains cas, de façon tout à fait explicite, que leurs décisions peuvent impliquer des intérêts.

Non seulement les TBI et les tribunaux arbitraux ne font pas cas des droits de l'homme, mais les droits des investisseurs consacrés aux TBI et les possibilités qui leur sont octroyées de poursuivre les États en justice portent aussi directement atteinte à l'obligation des États de respecter et de faire respecter les droits de l'homme sur leur territoire.

---

<sup>7</sup> Voir [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=53&Lang=SP](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=53&Lang=SP)

<sup>8</sup> Voir <http://www.un.org/ga/60/elect/hrc/ecuador.pdf>

Récemment, Alfred de Zayas, expert indépendant des Nations Unies sur la promotion d'un ordre international et équitable, a mis en garde : « les États signent des traités bilatéraux et multilatéraux de libre-échange et d'investissement qui entravent leur respect des obligations découlant des instruments relatifs aux droits de l'homme, et entraînent la violation des droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux ». <sup>9</sup> Déjà en 2003, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU s'était prononcé de façon similaire eu égard aux incompatibilités entre les TBI et le plein accomplissement des droits de l'homme. <sup>10</sup>

Au sein de ce débat, il convient de souligner la hiérarchie des normes. L'évaluation et la hiérarchie des normes ou obligations internationales est prévue à l'article 103 de la Charte des Nations Unies : « Art. 103 : En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront. » Tel est le cas des normes *jus cogens* et des obligations *erga omnes* du droit international.

Malgré les engagements ainsi exprimés, les TBI signés par l'Équateur interfèrent négativement et affectent la capacité de l'État équatorien à respecter, protéger et faire respecter ses obligations en matière de droits de l'homme.

## À propos du manque d'obligations contraignantes pour les investisseurs internationaux

Les normes internationales qui servent de support à la détermination de la responsabilité personnelle en matière de droits de l'homme sont recensées par le Statut de Rome qui a créé la Cour pénale internationale (CPI) en 1998. Néanmoins, les types

d'infractions pénales prévus par ledit instrument trouvent leur cadre dans des faits directs de violence, comme les génocides, les crimes contre l'humanité, les crimes d'agression ou les crimes contre le droit international humanitaire.

Pourtant, les violations des droits de l'homme peuvent être bien plus amples et prolongées quand une personne morale publique (l'État) ou privée (une entreprise transnationale), dans la défense de leurs intérêts parfois antagoniques empêchent la jouissance et l'exercice des droits sociaux.

Les entreprises transnationales peuvent être des vecteurs de progrès et de modernisation ; elles peuvent aussi constituer de sérieux obstacles à la souveraineté économique, sociale et politique des États, et de telles atteintes ne sauraient être exemptées de garanties envers les populations locales. Il existe toutefois un déficit de régulations à l'échelle mondiale pour octroyer aux communautés le même degré de certitude quant aux droits et obligations que lesdites entreprises exigent aux gouvernements.

La responsabilité pour les violations du régime international des droits de l'homme a reçu une définition en termes normatifs dans les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptées en 2001, pour ce qui est des États commettant des actes illicites internationalement.

Malgré cela, il n'existe que peu de références juridiques sur la responsabilité juridique des organismes internationaux ayant promu des politiques de privatisation ou de libéralisation incontrôlée des marchés, dont les résultats ont affecté la pleine jouissance des droits fondamentaux, individuels et collectifs. Ces organismes, à savoir le Fonds Monétaire International (FMI), la Banque Mondiale (BM), la Banque Interaméricaine de Développement (BID), la Organisation Mondiale du

---

<sup>9</sup> Rapport de l'expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable sur l'arbitrage des litiges investisseur-État (A/70/285). [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IntOrder/A-70-285\\_sp.doc](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IntOrder/A-70-285_sp.doc)

<sup>10</sup> ONU, Rapport du Haut Commissaire de l'ONU pour les Droits de l'Homme "Los derechos humanos, el comercio y las inversiones".

Commerce (OMC), l'Organisation pour la Coopération et le Développement Économiques (OCDE), en sus des politiques et des conditionnements imposés par différentes voies aux États périphériques, se sont obstinés à fournir des garanties aux capitaux privés, à l'instar de l'adoption de régimes de protection des investissements étrangers.

Le soutien d'acteurs influents et d'un cadre juridique limitant la responsabilité des investisseurs met en évidence leur positionnement en tant que sujets de droit sans la moindre contrepartie. C'est pour cela qu'aux traités d'investissements promus par les organismes internationaux et les gouvernements de provenance des capitaux, nulle obligation internationale à caractère contraignant n'est stipulée pour obliger les entreprises transnationales à respecter et faire respecter les droits des peuples, de l'environnement, de la culture et du travail.

Dans les circonstances exposées, l'option la plus cohérente semblerait l'instauration d'un cadre juridique à la portée mondiale pour les entités qui, du fait de leurs caractéristiques, agissent à l'échelle de la planète dans le domaine des affaires. L'initiative équatorienne de création de codes contraignants à l'échelle internationale pour responsabiliser les entreprises transnationales pour leurs violations des droits de l'homme vise à combler un tel vide juridique. Ces codes pourraient établir des juridictions complémentaires à celles du régime international des droits de l'homme, pour être applicables partout dans le monde, que ce soit dans le domaine des États, des personnes physiques ou des personnes morales.<sup>11</sup>

## **Décision politique concernant la dénonciation des TBI**

En matière de dénonciation des traités, le principe général du droit international prévoit qu'il convient

de suivre la procédure fixée par l'instrument à dénoncer. Tous les TBI de l'Équateur prévoient une clause de dénonciation qui permet à n'importe laquelle des parties signataires de mettre fin unilatéralement au Traité. La contrariété qui préside au cheminement de la dénonciation est la survie de ces accords, généralement pour une période de 10 ou 15 ans. Pour dénoncer ces traités, il n'est nul besoin de volonté concomitante des parties à l'accord attendu qu'il s'agit d'un droit de l'État qui décide de se retirer, et cet acte n'emporte nulle confrontation ni incompatibilité avec le droit international.

L'Équateur a lancé le processus de dénonciation de ses TBI en 2008 par la simple invocation de la faculté juridique octroyée par les TBI à cet effet ; il s'agit de clauses objectives intégrées à chacun des traités. Comme susvisé, une telle dénonciation de requiert aucun consentement préalable pouvant conditionner ou, dans les faits, « opposer un veto » au droit de dénonciation prévu dans une clause.

Cette décision était fondée sur l'idée que plusieurs engagements acquis par le biais de TBI constituent des éléments d'érosion des compétences de l'État et autant d'obstacles pour formuler et appliquer les politiques nationales de développement.

La première phase de dénonciation a été instaurée en 2008 en vertu des normes de la Constitution de 1998. Au cours de ce processus, neuf TBI ont été dénoncés : Cuba, Honduras, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, République Dominicaine, Roumanie, El Salvador et Uruguay. Selon ladite constitution, le processus de dénonciation devait seulement s'acquitter de l'envoi des lettres de révocation aux ambassades de l'autre partie au traité, par lesquelles le gouvernement de l'Équateur notifiait sa décision de mettre fin au TBI. Ainsi, la dénonciation de ces TBI a été prise d'effet à la notification des différents États. Néanmoins, seuls les TBI passés avec l'Uruguay, la République Dominicaine et le Guatemala – pays

---

<sup>11</sup> Les nouveaux codes contraignants sur les droits de l'homme pour les entreprises transnationales constitueraient un instrument comprenant la

juridiction sur les personnes morales non étatiques en la matière.

ayant expressément déclaré expirée la convention après notification par l'Équateur de la dénonciation – ont expiré ; les autres restent en vigueur en application de la clause de survie susmentionnée.

La deuxième phase a débuté avec le processus de dénonciation des 17 TBI restants sur les 26 en vigueur, ce qui a commencé en 2010 en conformité avec les dispositions de la Constitution de Montecristi approuvée en 2008.

L'Équateur a fixé de nouvelles règles dans la Constitution de 2008 en matière d'investissements et d'assujettissement à l'arbitrage international, à partir desquelles les relations politiques et institutionnelles de l'Équateur ont dû être réajustées. Le nouveau mandat constitutionnel ayant rendu possible le processus de réorganisation entrepris par l'État équatorien est un acte qui s'inscrit directement dans la règle *erga omnes* d'autodétermination et dans le droit de chaque État et de chaque peuple à choisir son propre système économique, social, politique et

culturel. En termes de résultat juridique, un changement fondamental de circonstances est consacré dans la nouvelle constitution de la République en vigueur depuis septembre 2008.

La formalité de dénonciation des traités internationaux a été modifiée en profondeur avec la Constitution de 2008 par l'inclusion des étapes suivantes : résolution de dénonciation de l'Assemblée nationale, arrêt contraignant de la cour constitutionnelle et confirmation de la Présidence de la République.

Si les formalités de dénonciation de tous les TBI ont été lancées, rares sont celles parvenues à leur terme. La plupart de ces dénonciations sont en milieu de parcours administratif, législatif et judiciaire nécessaire au l'achèvement de la dénonciation. Le tableau suivant identifie la situation dans laquelle se trouve chaque TBI eu égard au processus de dénonciation.

| TBI  | Lancement du processus de plainte par l'Exécutif | Arrêt contraignant de la CC | Approbation de la plainte par l'Assemblée | Confirmation par l'Exécutif | En vigueur (oui/non) | Clause de survie |
|--|--|-----------------------------|---|-----------------------------|----------------------|------------------|
| Égypte (expiré en 1995 par non-rénovation) |  |                             |   |                             | Non                  | Néant            |
| République Dominicaine                     | 2008   |                             |   | X                           | Non                  | 5 ans            |
| El Salvador                                | 2008   |                             |   | X                           | Oui                  | 10 ans           |
| Cuba                                       | 2008   |                             |   | X                           | Oui                  | 10 ans           |
| Nicaragua                                  | 2008   |                             |   | X                           | Oui                  | 10 ans           |
| Guatemala                                  | 2008   |                             |   | X                           | Non                  | 10 ans           |
| Honduras                                   | 2008   |                             |   | X                           | Oui                  | 10 ans           |
| Uruguay                                    | 2008   |                             |   | X                           | Non                  | Néant            |
| Paraguay                                   | 2008   |                             |   | X                           | Oui                  | 10 ans           |
| Roumanie                                   | 2008   |                             |   | X                           | Oui                  | 10 ans           |
| Finlande                                   | 2010   | X                           | X   | X                           | Oui                  | 10 ans           |
| Allemagne                                  | 2010   | X                           | X   |                             | Oui                  | 15 ans           |
| Grande Bretagne                            | 2010   | X                           | X   |                             | Oui                  | 20 ans           |
| France                                     | 2010   | X                           | X   |                             | Oui                  | 15 ans           |
| Suède                                      | 2010   | X                           | X   |                             | Oui                  | 15 ans           |
| Pays Bas                                   | 2010   | X                           |   |                             | Oui                  | 15 ans           |
| Venezuela                                  | 2010   | X                           |   |                             | Oui                  | 10 ans           |
| Chine                                      | 2010   | X                           |   |                             | Oui                  | 10 ans           |
| Chili                                      | 2010   | X                           |   |                             | Oui                  | 10 ans           |
| Suisse                                     | 2010   | X                           |   |                             | Oui                  | 10 ans           |
| Canada                                     | 2010   | X                           |   |                             | Oui                  | 15 ans           |
| États-Unis                                 | 2010   | X                           |   |                             | Oui                  | 10 ans           |
| Argentine                                  | 2010   | X                           |   |                             | Oui                  | 15 ans           |
| Bolivie                                    | 2010   | X                           |   |                             | Oui                  | 10 ans           |
| Pérou                                      | 2010   | X                           |   |                             | Oui                  | 15 ans           |
| Espagne                                    | 2010   | X                           |   |                             | Oui                  | 10 ans           |
| Italie                                     | 2010   | X                           |   |                             | Oui                  | 5 ans            |

Élaboré par CATTISA.

### À propos de l'arrêt de la Cour Constitutionnelle

Tous les TBI dont la procédure de dénonciation a été lancée en 2010 (sous la Constitution de 2008) reposent sur des arrêts de la Cour Constitutionnelle. Cette dernière a déclaré que les TBI en vigueur sont totalement ou partiellement incompatibles avec les nouveaux préceptes juridiques prévus à la Constitution de la République : on pourra citer entre autres la récupération de la souveraineté nationale en général et de la souveraineté juridictionnelle en particulier.

Après avoir soumis à examen les différents TBI signés, la Cour a souligné trois arguments pour sa dénonciation : En premier lieu, la réorganisation normative et sociale, qui a déterminé un nouveau cadre constitutionnel eu égard aux obligations internationales.<sup>12</sup> En deuxième lieu, plusieurs arrêts ont explicitement fait référence à la clause de dénonciation prévue aux traités sur les investissements<sup>13</sup> et, en troisième lieu, une série d'incompatibilités a été mise à jour entre certaines règles des traités, notamment en matière de transfert

<sup>12</sup> Voir Arrêt de la Cour Constitutionnelle, traité Équateur-Chili, 2010, p. 16.

<sup>13</sup> Voir Arrêt de la Cour Constitutionnelle, traité Équateur-Allemagne, 2010, pp. 36-37.

de compétences, avec les dispositions de la Constitution.

### **À propos des affaires en attente à l'état de poursuite**

a. Le TBI avec la Finlande est le seul à avoir achevé le processus de dénonciation ;

b. Les dossiers des TBI passés avec l'Allemagne, la France, la Grande Bretagne et la Suède ont reçu l'avis favorable de la commission spécialisée et ont été validés par l'Assemblée nationale ; ils se trouvent donc en attente de notification aux pays concernés et restent en vigueur ;

c. Le TBI passé avec l'Italie n'a pas encore reçu d'avis favorable de la commission spécialisée, il n'a donc pas encore été présenté à la séance plénière de l'Assemblée ;

d. Les formalités de dénonciation des TBI passés avec la Chine, le Chili, le Venezuela et les Pays Bas ont été soumis au débat en séance plénière de l'Assemblée nationale, sans qu'il n'y soit mis fin ; et

e. Les TBI passés avec l'Argentine, la Bolivie, le Canada, l'Espagne, les États-Unis, le Pérou et la Suisse n'ont pas encore été connus par l'Assemblée nationale en séance plénière.

### **À propos des objections aux poursuites entreprises par des États contreparties**

Sur les dix TBI dénoncés, il n'y a eu d'objections de la part de l'autre État que pour deux cas. C'est le cas de l'Uruguay et de la Roumanie, qui, comme vu supra, s'opposent quant à un point de droit mais pour différentes motivations.

Dans le cas de l'Uruguay, le pays ne formule pas d'objection explicite à la dénonciation de l'Équateur, mais une sorte de contre-offre à l'acte notifié par note diplomatique du 12 février 2008, à savoir ouvrir une « période de transition » à partir de la phase de dénonciation jusqu'à « ce que soit défini un nouveau cadre juridique régulant les investissements entre les deux États ». Pour cette période de transition, l'Uruguay demande de maintenir les droits et les

garanties aux investisseurs uruguayens en Équateur avec une protection identique et un traitement non moins favorable que celui accordé aux ressortissants d'autres États. L'approche de l'Uruguay est d'accorder la survie des droits établis au TBI, laquelle n'est pas prévue dans ledit TBI entre l'Équateur et l'Uruguay, aussi l'Équateur pourrait consentir expressément à cette demande de maintien des effets du TBI après dénonciation, ce qui implique la survie du traité dénoncé jusqu'à « ce que soit défini un nouveau cadre juridique ».

De son côté, la Roumanie est le seul pays à avoir formulé une objection à l'acte de dénonciation équatorien. Dans sa note du 3 mars 2008 portant objection de l'acte susvisé, il pose que le TBI ne peut être dénoncé que douze mois avant son expiration, attendu que la seule possibilité juridique à une sortie avant la fin du TBI est le consentement mutuel des parties, et précise que la réception et la confirmation de la note de dénonciation n'emporte pas consentement à l'acte.

En premier lieu, la Roumanie est dans son droit en opposant son objection à la dénonciation de l'Équateur. Cela pose un scénario de litige international sur un point de droit, à savoir l'interprétation des dispositions finales des TBI.

En l'absence de normes de *jus cogens*, la manière adéquate de régler ce litige aurait été que les deux États décident, dans un délai de douze mois, d'une méthode de règlement pacifique de litiges comme prévu à l'article 33 de la Charte de l'ONU. Mais il semblerait que cela ne soit pas ce qui s'est produit, ni l'Équateur ni la Roumanie n'ont engagé de conversations sur la manière de résoudre le litige eu égard aux obligations du TBI. Le traité se trouve donc dans les « limbes juridiques », ce qui n'a jamais été abordé par aucun des experts en la matière.

### **À propos de la clause de survie ou de rémanence**

La clause de survie ou de rémanence désigne la disposition conventionnelle qui détermine la continuité, pour une durée déterminée, des obligations des États partie à un TBI, en référence

aux investissements effectués sur le territoire de ces parties avant la dénonciation du TBI en question. Cette clause a pour objet d'étendre le régime de protection octroyé aux investissements étrangers par les TBI, en dépit de leur dénonciation, pour une durée fixée conventionnellement par les pays ayant signé ledit traité.

Sa particularité réside dans le fait qu'elle agit en tant que clause autonome source d'obligations internationales conventionnelles qui subsistent dans la charge de l'État, y compris après l'expiration du traité. Il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'un mécanisme juridique relativisant substantiellement la règle « *Pacta Tertiis nec nocent nec prosunt* ». L'État n'étant plus partie au traité conserverait, du fait de la clause de survie, chacune de ses obligations. Néanmoins, la clause de survie perdrait sa vigueur dans le cas des investissements effectués après expiration du traité. Dans ce cas, l'État est pleinement habilité par le droit international à n'exécuter aucune des obligations conventionnelles au profit de la pleine application de son droit interne.

En ce qui concerne la clause de survie des TBI passés par l'Équateur, il existe différentes périodes, exception faite de ceux souscrits avec l'Égypte et de l'Uruguay, qui n'en comportent pas. Les TBI passés avec la République Dominicaine et l'Italie prévoient une durée de cinq ans. Dans le reste des traités, les clauses de survie sont de 10 ou 15 ans après le prononcé de la dénonciation. Dans le seul cas du TBI passé avec le Royaume-Uni, la survie est encore supérieure, à savoir 20 ans après dénonciation.

Il serait compréhensible que, dans le contexte de signature des TBI, dans le but d'accorder un niveau acceptable de sécurité juridique aux investissements effectués avant la dénonciation des traités, que les parties aient fixé des mesures de protection pendant la transition vers un régime de protection des investissements distinct de la modalité des TBI. Ce qui n'est absolument pas compréhensible est, en sus de l'amplitude des conditions des TBI, la durée prolongée en années de la plupart des clauses de survie, laquelle pourrait contrevenir à la fois à

l'ordonnement juridique national et aux politiques publiques mises en place par le gouvernement, limitant de fait la capacité de l'État à décider de sa politique économique, financière ou fiscale. En vertu de la survie prévue aux TBI, l'Équateur s'est vu contraint de soumettre ces litiges à l'arbitrage international, malgré l'expresse interdiction consacrée à la constitution.

### **Différentes positions doctrinaires quant à la validité de la clause de survie**

En ce qui concerne la clause de survie, il convient de mentionner qu'il n'existe pas de consensus doctrinaire quant à sa mise en place.

Il est un courant qui soutient que, même dans le cas où un pays aurait mis fin aux traités sur les investissements et renoncé à la Convention de Washington, la clause de survie serait applicable du fait de son caractère spécifique au sein des différents TBI. Par sa vigueur, les obligations internationales restent inchangées, y compris en matière d'arbitrage international, notamment par-devant le CIRDI. Ainsi, la clause de survie est régie par le principe de *lex specialis* entre traités.

Une autre école doctrinaire, née de la Convention de Vienne de 1969, soutient que lorsqu'un État dénonce un traité, il en dénonce la totalité, à savoir l'ensemble de ses dispositions. Ainsi, la dénonciation d'un traité spécifique sur les investissements porte sur tout le traité, et, partant, le traité dénoncé comprend la clause de survie en tant que telle. Dans cette perspective, la clause de survie n'acquiert aucune autonomie en dehors du traité, attendu qu'il s'agit d'une disposition quelconque.

Par ailleurs, il est argumenté que l'effet direct de la dénonciation de la Convention de Washington par l'Équateur est l'inapplicabilité de toute clause particulière contenue aux TBI en matière de droit discrétionnaire de l'investisseur de résoudre un différend avec l'État par-devant la CIRDI contre un État non-partie. Pour qu'un tel mécanisme soit mis en marche, le consentement des deux États partie au

traité sur les investissements est exigible.<sup>14</sup> C'est-à-dire la double exigence, ou, le cas échéant, un consentement spécifique de la part de l'État. Selon cette thèse, il ne saurait être déduit de l'article 72 de la Convention de Washington nul consentement perpétuel découlant en une obligation pour l'État.

### **À propos de l'interprétation de la cour constitutionnelle eu égard à la clause de survie**

Dans certains arrêts portant sur la constitutionnalité des TBI, la cour constitutionnelle a fait référence à la clause de survie. Sans verser dans une analyse qualitative de la clause, la cour pose qu'il existe un lien direct entre la dénonciation du traité en question, la dénonciation de la Convention de

Washington et la clause de rémanence. Il s'agit plutôt d'une affirmation que d'une analyse sur le lien juridique à partir des règles conventionnelles. En conséquence, l'épineuse thématique de la portée et du contenu de la dénonciation de la Convention de Washington de 1965, de l'exercice de la juridiction du CIRDI ou de la clause en question n'a pas été traitée.

Dans la plupart des arrêts, la cour a affirmé que les obligations internationales envers les investisseurs contenues aux TBI seraient applicables lors de la « période de transition » entre l'expiration et la période de rémanence prévue à chacun des traités sur les investissements. Les arrêts de la cour acceptent qu'une fois dénoncé un traité dans sa totalité, y compris la clause dite de rémanence, sauf les articles portant sur la dénonciation, l'ensemble des obligations conventionnelles restent directement applicables. Dans cette hypothèse, la nouvelle organisation sociale, politique et économique contemplée à la Constitution de 2008 ne serait ni invocable ni applicable.

Attendu que les arrêts de la cour constitutionnelle peuvent correspondre à des actes d'un organe d'État,

---

<sup>14</sup> F. M. Lavopa, L.E. Barreiros, M. V. B. (2013). "How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties". *Journal of International Economic Law*, December: 874. Lesdits auteurs prônent la

le raisonnement de la cour constitutionnelle pourrait être invoqué par un autre État pour réclamer l'applicabilité et l'autonomie de la clause de survie.

### **L'Équateur et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)**

Un moment clé dans la consolidation du système de règlement des litiges en matière d'investissements est la promulgation de la Convention de Washington, signée en 1966, qui a créé le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Ce centre, une institution supranationale qui dépend de la Banque Mondiale, a vu le jour dans le but de connaître et de résoudre les différends pouvant surgir entre les investisseurs et les États bénéficiaires des investissements.

Au fur et à mesure, il s'est institué en l'un des principaux centres de règlement des litiges en matière d'investissements extérieurs et en le principal tribunal récepteur des plaintes contre l'Équateur.

Il convient de souligner l'évènement historique de 1964 où, lors d'une réunion annuelle de la Banque Mondiale à Tokyo, le gouvernement équatorien et 20 autres pays en voie de développement ont voté contre l'instauration d'un centre de règlement de litiges entre investisseurs et État, soit l'équivalent du CIRDI de nos jours.<sup>15</sup>

### **Irrégularités dans le processus d'adhésion à la CIRDI**

Les documents de l'adhésion de l'Équateur au CIRDI comportent une série d'irrégularités dont il convient de tenir compte pour constater la vigueur effective de la soumission à ce tribunal d'arbitrage. La Convention d'adhésion au CIRDI a été signée à Washington le 15 janvier 1986 par le ministre des Affaires étrangères de l'époque, Édgar Terán Terán,

renégociation des clauses des TBI en matière de différends.

<sup>15</sup> Voir <http://triplecrisis.com/remembering-the-tokyo-no-fifty-years-later>

lors d'une visite de l'ex-président León Febres Cordero dans cette ville. Ce jour-là, le ministre Terán a adressé un communiqué à la Banque Mondiale où il affirmait que ladite convention « était pleinement en vigueur en vertu des textes de loi du pays ».<sup>16</sup>

L'affirmation du ministre Terán dans le document susvisé était clairement inexacte, attendu que pour que la Convention soit en vigueur, elle aurait dû passer par l'approbation du Congrès National et la ratification du président de la République, comme le prévoyait la constitution de 1979 codifiée en 1984.

Les organismes compétents de la Banque Mondiale avaient annoncé le dépôt par l'Équateur de l'instrument d'acceptation de la Convention avec notification de l'entrée en vigueur le 14 février 1986 (soit 30 jours après le dépôt), ce qui a été porté à la connaissance des États membre de la Convention de Washington.

En interne, des actes dérivés de la Convention d'adhésion ont été lancés, comme la désignation de quatre arbitres et de quatre conciliateurs pour une période de six ans renouvelables ; un TBI admettant l'intervention du CIRDI pour le règlement des litiges a également été passé, donnant pour sûre l'adhésion de l'Équateur à la Convention de Washington.

L'irrégularité de la vigueur de la Convention, par manquement aux dispositions constitutionnelles, a été observée par le bureau de l'avocat général de l'État (PGE) par courrier adressé au ministre des Affaires étrangères en date du 19 février 1987 ; un second courrier, dont le contenu était similaire, a été adressé par la même entité au ministre de l'Énergie et des mines le 19 septembre 1994.

Depuis lors, des formalités ont été entreprises devant le Congrès national en vue de l'approbation de la Convention d'Adhésion au CIRDI au moyen de requêtes introduites par le pouvoir exécutif. Ainsi, des communiqués en ce sens existent en juin 1995, janvier 1996, juin et juillet 1997 et en 2000 ; de son

côté, le Congrès a demandé des documents complémentaires en vue de la soumission à l'approbation en séance plénière. À la même époque, des institutions intéressées dans la concrétisation de contrats d'investissements étrangers sont intervenues pour demander, à quelques occasions sur exigence des entreprises d'investissement, de compléter les conditions juridiques avec la participation de l'Équateur au CIRDI, attendu qu'il y avait certitude que la Convention de satisfaisait pas les conditions fondamentales établies à la constitution.

Le rapport du 24 novembre 1994 présenté par le conseiller juridique du ministère des Affaires étrangères, Teodoro Bustamante Muñoz, pour répondre aux consultations effectuées par le bureau de l'avocat général de l'État et le ministre de l'Énergie et des mines, soulignait les flagrantes irrégularités dans la souscription de la Convention d'adhésion au CIRDI, lesquelles sont synthétisées dans ce rapport d'audit dans les faits et conséquences suivantes :

- Le ministre Édgar Terán a commis un faux en affirmant que la Convention se trouvait pleinement en vigueur conformément aux textes du pays, attendu qu'en l'absence d'approbation législative, comme le prévoyait la constitution, et à défaut de ratification présidentielle, son entrée en vigueur en Équateur était impossible. Une telle affirmation est source de responsabilité pénale pour atteinte à la foi publique de l'État.
- Le ministre des Affaires étrangères n'a pas mené les consultations administratives requises au bureau de l'avocat général de l'État, à la cour suprême de justice, au conseil national du développement, à la junte monétaire ni à la banque centrale, institutions qui auraient été en mesure de se prononcer quant à la convenance ou non de la souscription de la Convention.

---

<sup>16</sup> Annexe 3 CIRDI. Ministère des Affaires étrangères. Lettre du 15 janvier 1986 signée par Edgar Terán.

- Il est connu que la pratique de ratifier les traités internationaux sans approbation préalable du Congrès national s'est généralisée sous la présidence de León Febres Cordero en dépit de la constitution, ou alors que ce dernier décidait quel traité passerait ou non par le Congrès national.

L'intérêt et la persistance des agissements du ministre des Affaires étrangères de l'époque, Edgar Terán, par-delà la violation de l'ordonnancement légal du pays, peuvent trouver leur source dans les intérêts personnels du ministre. Son cabinet d'avocat, Terán & Terán, représentait – c'est encore le cas – les entreprises IBM et Merck, ayant toutes deux traduit l'Équateur devant le tribunal du CIRDI.

La Convention d'adhésion au CIRDI a fini par être approuvée par le Congrès national le 7 février 2001, après un avis favorable du tribunal constitutionnel, alors que la Convention attribue « à un organisme supranational l'exercice des compétences dérivées de la Constitution ou de la loi ». Le point de vue du tribunal était qu'il y avait « conformité avec le texte constitutionnel dans ce qu'elle conditionne la soumission à la juridiction du centre à l'existence du consentement écrit des parties ».

Le président de la République de l'époque, Gustavo Noboa Bejarano ratifiait par décret exécutif n° 1417-B publié au registre officiel 309 du 19 avril 2001 la convention, la qualifiant de loi de la République et affirmant « engager pour son observation l'honneur national ». Il est évident que ce n'est qu'à partir de ce moment que l'Équateur serait lié à la CIRDI. Six mois plus tard, la première demande d'arbitrage était présentée à l'initiative de la société Repsol contre le pays.

Dans ces circonstances, il pourrait être argumenté que les TBI passés avant 2001 reconnaissant la compétence du CIRDI pour connaître les litiges sont dépourvus de validité à cet égard et, partant, les litiges soumis à l'arbitrage dudit centre seraient frappés de nullité pour manque de compétence. D'autres régulations et normes internes promulguées avant 2001 qui font référence à une convention internationale non contraignante pour l'Équateur et un centre dont elle n'était pas membre seraient également dépourvues de valeur juridique et mériteraient un examen.

### **Dénonciation de la convention CIRDI**

Au moyen du décret exécutif 1823 du 2 juillet 2009, le président de la République Rafael Correa dénonçait la convention et la déclarait expirée. Par la suite, le ministre de l'époque des Affaires étrangères, Fander Falconí, notifiait le président de la Banque Mondiale en ce sens. Sa réponse indiquait que la dénonciation prendrait effet six mois après la notification, soit le 7 janvier 2010.

La dénonciation de la convention CIRDI présuppose l'existence de changements substantiels par rapport aux agissements des années 1980, 1990 et de la première décennie du nouveau siècle. En effet, grâce à sa Constitution de 2008, l'Équateur a modifié les règles qui faisaient fonctionner l'État sous un ordonnancement juridique fondé sur le modèle néolibéral. La nouvelle organisation de l'État signifie un changement substantiel du point de vue de sa nature. Il y a revendication de la récupération de la souveraineté en général, des compétences de l'État et de sa capacité de régulation, l'effectivité du droit sur les ressources naturelles et énergétiques, de même que la démocratie participative.

## B. L'ÉQUATEUR FACE AU SYSTÈME INTERNATIONAL D'ARBITRAGE DES INVESTISSEMENTS

Tous les traités sur la protection des investissements signés par l'Équateur, exception faite de la convention de protection et de développement des investissements passés avec la Suisse, comprennent une clause de règlement des litiges entre investisseurs et État. Cette convention octroie à l'investisseur différentes options de ressorts arbitraux et différentes règles arbitrales pour le règlement de litiges.

L'investisseur étranger a le pouvoir discrétionnaire de poursuivre l'État devant le CIRDI ou toute autre instance arbitrale internationale pour violation du droit international et pour remettre en question sa propre responsabilité, avec toutes les conséquences qu'un tel illicite international implique. Les investisseurs nationaux sont privés d'un tel pouvoir discrétionnaire.

La clause de règlement de litiges investisseur-État des TBI rompt avec la tradition latino-américaine, également prépondérante en Équateur, de la doctrine Calvo. Cette doctrine juridico-politique pensée par le juriste argentin Carlos Calvo, a matérialisé le principe selon lequel les différends avec les ressortissants étrangers doivent nécessairement soumis à la compétence des tribunaux locaux en évitant le recours à la pression diplomatique de leur pays d'origine. La base de cette doctrine repose sur les principes et les règles de la souveraineté nationale, l'égalité souveraine des États, l'égalité devant la loi des citoyens nationaux et étrangers. Le plein exercice de l'un des corollaires de la souveraineté est la territorialité de l'application de la loi.

---

<sup>17</sup> UNCTAD (2015) INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT: REVIEW OF DEVELOPMENTS IN 2014, IIA Issue Notes, [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d2\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d2_en.pdf)

<sup>18</sup> UNCTAD (2015) INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT: REVIEW OF DEVELOPMENTS IN 2014, IIA

### État de situation des litiges investisseurs/État contre l'Équateur

Au cours de ces dernières années, une augmentation exponentielle des poursuites multimillionnaires d'investisseurs à l'encontre des États s'est produite sur le fondement des TBI. Selon les données de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), pour la période 1987-1999 seuls 38 cas étaient connus à l'échelle mondiale ; mais les chiffres arrêtés à la fin 2014 font état de 608 plaintes investisseurs-État.<sup>17</sup>

L'Amérique Latine est la région la plus durement frappée par l'arbitrage d'investissement. Les investisseurs étrangers ont poursuivi les gouvernements d'Amérique Latine et des Caraïbes (ALC) au moins à 183 reprises jusqu'à fin 2013, soit 32,2 % du nombre total de cas connus à l'échelle mondiale. Selon la CNUCED, l'Équateur occupe la sixième place des pays les plus poursuivis au monde.<sup>18</sup>

À avril 2017<sup>19</sup>, l'État équatorien a été traduit, sur la base des TBI par des investisseurs étrangers, en justice arbitrale internationale à 26 reprises ; sur ce total, 12 poursuites ont été intentées par-devant le CIRDI, tandis que 8 autres procédures ont été introduites devant la cour permanente d'arbitrage de La Haye. D'autre part, les poursuites ont été soumises à 3 occasions à la cour d'arbitrage international de Londres et, pour finir, dans 3 affaires aucun tribunal n'a été choisi pour connaître la plainte.

La plupart des entreprises plaignantes opèrent dans le secteur de l'exploration pétrolière (13 affaires, soit 50 %). Les autres domaines d'activité de la plupart

Issue Notes, [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d2\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d2_en.pdf)

<sup>19</sup> La commission a achevé ses travaux en mai 2015 ; néanmoins, une mise à jour de la situation des poursuites investisseur-État contre l'Équateur a été effectuée.

des entreprises plaignantes sont : approvisionnement en électricité (5 affaires, 19 %), industrie minière (3 affaires, 12 %) et cinq autres secteurs (un chacun, soit 19 %).

Sur les 26 procédures arbitrales, 6 TBI passés par l'Équateur ont été invoqués, le plus utilisé étant avec les États-Unis (16 reprises), puis le Canada à quatre reprises, comme il ressort du tableau suivant :

#### Processus d'arbitrage ayant invoqué les TBI signés par l'Équateur

| TBI signés par des investisseurs (6) | Nombre d'affaires où le TBI a été invoqué |
|--------------------------------------|---|
| TBI États-Unis/Équateur              | 16  |
| TBI Canada/Équateur                  | 4   |
| TBI Espagne/Équateur                 | 3   |
| TBI France/Équateur                  | 1   |
| TBI Bolivie/Équateur                 | 1   |
| TBI Argentine/Équateur               | 1   |

Source : PGE.

Élaboré par CAITISA.

On pourra conclure que des 26 affaires, seules deux procédures ont été intentées par des investisseurs de pays latino-américains (Bolivie et Argentine) ; les investisseurs des 24 autres affaires sont issus de pays propriétaires de grands capitaux. Certains investisseurs ont poursuivi l'Équateur de façon réitérée : *Murphy Exploration and Production Company International* (à 3 reprises pour le même litige), Chevron (à 3 reprises pour différentes causes) et Occidental –Oxy– (à 2 reprises).

À l'heure actuelle, 16 affaires sont achevées, tandis que 10 procédures sont encore ouvertes à différentes phases arbitrales ou en cours de paiement. Dans 14 affaires, un paiement ou compensation financière contre l'État équatorien a été décidé, 8 du fait d'une sentence arbitrale, 6 en raison d'un accord entre les parties. Dans 5 affaires seulement, le tribunal a considéré que l'État n'avait pas violé le TBI ou s'est déclaré incompétent.

|  | Investisseur plaignant                  | Secteur d'investissement         | Montant réclamé par l'investisseur        | État du litige  | Montant payé par l'État                             |
|--|---|----------------------------------|---|---|---|
| AFFAIRES EN COURS                      | Chevron (III)                           | Hydrocarbures                    | \$ 9 500 000 000                          |   | Néant   |
|  | Merck Sharpe & Dohme                    | Vente d'une usine pharmaceutique | \$ 41 966 571                             |   | Néant   |
|  | RSM Production Corporation, Zamora Gold | Industrie minière                | À déterminer, selon PGE                   | Le tribunal ne s'est pas encore prononcé  | Néant   |
|  | Perenco                                 | Hydrocarbures                    | \$ 1 572 000 000                          |   | Néant   |
|  | GLP                                     | Hydrocarbures                    | \$ 50 000 000                             |   | Néant   |
|  | Albacora                                | Pêche                            | \$ 25 000 000                             |   | Néant   |
|  | Burlington                              | Hydrocarbures                    | \$ 1 515 000 000                          | Le tribunal a émis une sentence favorable à l'investisseur, l'Équateur en a demandé l'annulation ou se trouve en phase de quantification des dommages | Néant   |
|  | Murphy (III)                            | Hydrocarbures                    | \$ 636 000 000                            |   | Néant   |
|  | Copper Mesa                             | Industrie minière                | \$ 69 700 000                             |   | Néant   |
|  | DOSSIERS CLOS                           | Ecuador TLC/Petrobras            | Hydrocarbures                             | Accord préalable à la fixation du montant   | Accord entre les parties. Pas de sentence arbitrale |
| Argentina (PESA)                       |   | Télécommunications               | \$ 32 500 000                             |   | Le montant de l'accord n'a pas été divulgué         |
| GLOBALNET – Únete Telecomunicaciones   |   |                                  |   |   |   |
| IBM                                    |   | Services informatiques           | \$ 4 680 508                              |   | \$ 3 500 000  |
| Noble Energy and Machala               |   | Approvisionnement en électricité | \$ 371 000 000                            |   | \$ 56 000 000                                       |
| Corporación Quiport                    |   | Aéroport                         | Accord préalable à la fixation du montant |   | Le montant de l'accord n'a pas été divulgué         |
| Técnicas Reunidas                      |   | Raffinerie pétrolière            | \$ 120 000 000                            |   | Il n'a pas été possible d'obtenir l'accord          |
| Empresa Eléctrica del Ecuador (Emelec) |   | Approvisionnement en électricité | \$ 1 700 000 000                          | Sentence arbitrale favorable à l'État   | Néant   |
| Encana                                 |   | Hydrocarbures                    | \$ 80 000 000                             |   | Néant   |
| M.C.I. Power Group                     |   | Approvisionnement en électricité | \$ 75 000 000                             |   | Néant   |
| Ulysseas                               |   | Approvisionnement en électricité | \$ 56 100 000                             |   | Néant   |
| Murphy Exploration (I)                 |   | Hydrocarbures                    | \$ 185 400 000*                           | Sentence arbitrale favorable à l'État   | Néant   |
| Duke Energy                            |   | Approvisionnement en électricité | \$ 25 000 000                             | Sentence arbitrale favorable à l'investisseur   | \$ 10 776 178                                       |
| Occidental (Oxy) I                     |   | Hydrocarbures                    | \$ 375 000 000                            |   | \$ 100 000 000                                      |
| Chevron (II)                           |   | Hydrocarbures                    | \$ 1 605 000 000                          |   | \$ 112 839 791                                      |
| Oxy (II)                               |   | Hydrocarbures                    | \$ 3 370 000 000                          |   | \$ 1 061 000 000                                    |
| Murphy Exploration (II)                |   | Hydrocarbures                    | \$ 185 400 000**                          | L'investisseur a retiré sa plainte  | Néant   |

Source : PGE. Élaboré par CAITISA.

En dehors des affaires contre l'Équateur soumise aux tribunaux d'arbitrage, pas moins de 29 notifications de litiges ont été présentées sur la base des TBI, dont 13 sont actives et 16 ont été clôturées.

Il est possible que ces poursuites n'aboutissent pas si les parties parviennent à un accord avant l'escalade

du conflit. Cela laisse présager que la seule menace de poursuite peut s'avérer suffisante pour que l'État concède des compensations monétaires ou effectue des modifications à sa politique (*chilling effect*) pour satisfaire l'investisseur et éviter la procédure d'arbitrage.

\* Les affaires Murphy I et II constituent les antécédentes de l'affaire Murphy III, aussi pour le calcul des montants, seule l'affaire Murphy III a été prise en considération.

\*\* Idem.

|              | TBI                       | Investisseur                           |
|--------------|---------------------------|--|
| 13           | ÉTATS-UNIS (4)            | Carlos Nicolás Pérez Lapentti          |
|              |                           | N. Perez Holdings LLC                  |
|              |                           | N. Pérez investments, LLC              |
|              |                           | Pfizer Ireland Pharmaceuticals         |
|              | ARGENTINE (1)             | Petrobras Argentinat S.A. (PESA)       |
|              | VENEZUELA (1)             | Suelopetrol                            |
|              | ESPAGNE (3)               | Solarig                                |
|              |                           | Promocaledonian                        |
|              |                           | Cirsa International Gaming Corporation |
|              | CANADA (1)                | Doug W. Cannaday                       |
| PÉROU (1)    | Internexa Peru            |  |
| PAYS BAS (1) | Antillean Finance Company |  |
| ITALIE (1)   | Casinos Boulevard         |  |

| NOTIFICATION D'EXISTENCE DE LITIGES RETIRÉS |                     |  |                              |
|---|---------------------|--|------------------------------|
|   | TBI                 | Investisseur                               | Issue                        |
| 16  | ESPAGNE (10)        | Pontia Asset Management I                  | Achévé, solution à l'amiable |
|   |                     | Pontia Asset Management II                 | Achévé, solution à l'amiable |
|   |                     | Grupo TEC servicios avanzados I            | Achévé, solution à l'amiable |
|   |                     | Grupo TEC servicios avanzados II           | Achévé, solution à l'amiable |
|   |                     | GESPATCO S.L. I                            | Achévé, solution à l'amiable |
|   |                     | GESPATCO S.L. II                           | Achévé, solution à l'amiable |
|   |                     | Ecuador Energético S.A. I                  | Achévé, solution à l'amiable |
|   |                     | Ecuador Energético S.A. II                 | Achévé, solution à l'amiable |
|   |                     | Ausabi LLC I                               | Achévé, solution à l'amiable |
|   |                     | Ausabi LLC II                              | Achévé, solution à l'amiable |
|   | ARGENTINE (1)       | CGC  | Achévé, solution à l'amiable |
|   | ÉTATS-UNIS (1)      | Noble Energy & EDC                         | Achévé, solution à l'amiable |
|   | CHINE (2)           | China Oil Corp                             | Achévé, solution à l'amiable |
|   |                     | Petroriental                               | Achévé, solution à l'amiable |
|   | PAYS BAS (1)        | Schlumberger                               | Achévé, solution à l'amiable |
|   | GRANDE BRETAGNE (1) | Development Delivery International Limited | Achévé, solution à l'amiable |

Élaboré par PGE.

## Standards juridictionnels et de mérite invoqués par les investisseurs pour poursuivre l'Équateur

Les conventions internationales régulant les procédures de litiges entre investisseurs privés et États prévoient que certaines exigences doivent être satisfaites pour qu'un tribunal d'arbitrage puisse connaître le contenu des prétendues violations au

droit international. Cela veut dire que le tribunal d'arbitrage doit, en premier lieu, décider s'il est ou non compétent pour intervenir dans le litige sur la base des « conditions de compétence ».<sup>20</sup> D'autre part, les violations au droit international sont jugées

<sup>20</sup> *Ratione personae*: exigence de l'investisseur qui se réclame étranger et non ressortissant de l'État, *ratione materiae*: exigence que le litige soit lié à un

investissement et ne soit pas exclu par le TBI applicable, *ratione voluntatis*: exigence que l'État ait octroyé son consentement à l'arbitrage, *ratione temporis*: exigence

sur le fondement de ce que l'on connaît comme « normes d'admissibilité ». À cette étape, les violations des clauses des TBI par l'État envers les investissements des entreprises sont analysées.

De l'analyse conduite sur 24 affaires contre l'Équateur<sup>21</sup> il ressort que dans la plupart des cas, les arbitres ont interprété de manière extensive les normes applicables, ce qui a mené à des décisions favorables aux investisseurs, tant à l'étape de compétence qu'à celle du règlement de l'admissibilité de la poursuite.

### Étape de compétence

Les tribunaux ordinaires à l'échelle nationale et internationale décident également de leur propre compétence. C'est aussi le cas des tribunaux d'arbitrage en matière commerciale – dont la pratique est source de la plupart des régulations d'arbitrage international en investissements – sous le célèbre principe *Kompetenz-Kompetenz* : le tribunal est habilité à déterminer s'il est compétent ou non. Ce qui est néanmoins propre à l'arbitrage (commercial ou en investissement), à la différence de tous les autres systèmes de règlement des litiges par voie judiciaire, c'est la rémunération économique des décideurs, qui ont eux-mêmes la main dessus. Autrement dit, si les arbitres, qui sont toujours

nommés *ad-hoc*, affaire par affaire, décident qu'ils ne sont pas compétents pour régler le litige qui leur est soumis, leurs honoraires peuvent être drastiquement réduits. En revanche, s'ils décident qu'ils sont compétents et mènent le différend à son terme, leurs honoraires sont susceptibles d'atteindre le montant maximum pouvant leur échoir.

Une telle chose ne se produit pas au sein du système judiciaire ordinaire, où le contenu de la décision (compétence ou non, admissibilité ou non, détermination du montant du préjudice, etc.) n'a aucun impact sur la rémunération des juges, attendu que cette dernière est fixe. Le système d'arbitrage international en investissements existant contient une incitation économique très claire pour que les juges acceptent leur compétence, de telle sorte à décourager leur rejet. C'est l'une des raisons, mais pas la seule, expliquant l'adoption par de nombreux tribunaux d'arbitrage de critères très amples de compétence qui sont juridiquement discutables.

L'État équatorien a allégué, dans l'ensemble des cas, que le tribunal n'était pas compétent pour traiter du litige. Les raisons invoquées sont précisées au tableau suivant :

| Raisons invoquées par l'État pour alléguer que le tribunal n'est pas compétent | Combien de fois ? |
|--|-------------------|
| Absence de consentement à la procédure arbitrale                               | 15                |
| Absence d'investissement protégé   | 8                 |
| Nationalité de l'investisseur non protégée par le TBI invoqué                  | 7                 |
| Bifurcation (Fork in the Road)   | 6                 |
| Concept d'investisseur   | 6                 |
| Incompétence matérielle : exclusion de matière fiscale                         | 6                 |
| Non rétroactivité du TBI   | 3                 |

Élaboré par CAITISA.

que les faits invoqués ne soient pas antérieurs à l'entrée en vigueur du TBI dont la violation est invoquée.

<sup>21</sup> Cette analyse exclut les deux poursuites (Albacora et GLP) entreprises après la phase de recherche de la commission.

En dépit des fondements solides de l'État équatorien pour alléguer que les différents tribunaux ne sont pas compétents dans les affaires contre l'Équateur, on constate que dans 13 affaires le tribunal accepte sa compétence (appelant en grande partie à des interprétations expansives des textes) pour régler le litige ; tandis que dans deux seules affaires, le tribunal s'est déclaré incompétent. Dans les 9 affaires restantes, le tribunal ne s'est pas prononcé quant à la compétence pour différentes raisons : l'affaire est encore ouverte, sans décision sur la compétence, un accord a été trouvé entre les parties ou l'investisseur a retiré sa plainte avant la sentence arbitrale. Les deux autres affaires récemment initiées sont en cours de formation du collège arbitral.

Les affaires contre la République d'Équateur dressent le clair exemple de la tendance majoritaire des tribunaux d'arbitrage à interpréter largement (et non restrictivement) les conditions de compétence lors de la prise de décision.

Nous analysons ci-après plusieurs affaires au regard des conditions de compétence posées par l'Équateur :

### ***La vigueur temporaire du TBI invoqué***

L'une des conditions de compétence est liée à la vigueur du TBI invoqué. Le précédent le plus emblématique dans les affaires contre l'Équateur est l'affaire Chevron II. La question abordée était celle de la possibilité que le TBI soit applicable aux faits et aux actes antérieurs à la date de sa propre entrée en vigueur.

L'Équateur soutenait que le tribunal n'était pas compétent pour connaître la légitimité de ce type d'événements survenus avant l'entrée en vigueur du TBI.

Le fondement normatif de cette position se trouvait, selon l'Équateur, à l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui stipule ce qui suit : « Non-rétroactivité des traités. A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient

pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date ». De même qu'à l'article 13 du Projet de la Commission du droit international, qui prévoit que « Le fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit ».

De son côté, Chevron argumentait qu'il était incorrect d'appréhender que le principe de non-rétroactivité exigeait qu'une poursuite repose uniquement sur les actes et omissions antérieurs à l'entrée en vigueur du TBI. En leurs propres mots : « Le principe selon lequel un traité n'est pas applicable à des actes antérieurs à son entrée en vigueur ne signifie pas qu'il ne saurait être appliqué à des faits postérieurs, sous réserve qu'ils soient liés aux investissements précédant la date en question ».

De la même façon, Chevron soulignait que le principe de non-rétroactivité « n'est pas transgressé du fait de l'application du traité aux violations continues et aux infractions composées ayant eu lieu pendant la vigueur du traité, y compris si de tels actes ont commencé avant son entrée en vigueur ». Ces deux concepts sont des nouveautés dans leur positionnement qui sont devenues un cas d'école pour penser le problème de l'application rétroactive d'un TBI : le caractère continu et composé de la conduite de l'État objet du litige.

Le tribunal est parti du principe que les standards de conduite prescrits par le TBI n'étaient pas en vigueur avant sa prise d'effet et a repris le précédent *Mondev* selon lequel le « seul fait que la conduite précédente n'ait pas été corrigée ou réparée à l'entrée en vigueur d'un traité » ne justifie pas que le tribunal applique ce traité de façon rétroactive vis-à-vis de ladite conduite. Il est néanmoins allé dans le sens de Chevron en disant que cela ne signifiait pas qu'une violation devait se baser uniquement sur des actes ayant eu lieu après l'entrée en vigueur du TBI. L'entendement du tribunal était que « la signification attribuée aux actes ou faits postérieurs à l'entrée en vigueur peut être

complétée par les actes ou faits antérieurs au TBI ; cette conduite peut être prise en compte aux fins de déterminer si une violation des standards du TBI s'est produite après la date d'entrée en vigueur ».

### ***Bifurcation (Fork in the Road)***

La « bifurcation » (*fork in the road*) désigne, vis-à-vis de la compétence juridictionnelle prévue à de nombreux TBI, l'impossibilité pour l'investisseur plaignant de se pourvoir dans tous les ressorts prévus par le TBI pour trancher ses prétentions ; la plus emblématique des affaires en ce sens est le cas d'Occidental Petroleum (Oxy I).

L'Équateur a objecté que la disposition de « bifurcation » comprise à l'article VI (2) et (3) du TBI États-Unis/Équateur éliminait la compétence voulue par Occidental dans l'affaire. En effet, en engageant des poursuites séparées devant les tribunaux équatoriens, Occidental a eu recours au choix irrévocable de soumettre le litige aux tribunaux administratifs du défendeur en vertu de l'article VI (2) (a) du traité. Ce choix empêchait de fait la soumission du litige à l'arbitrage aux termes de l'article VI (3) (a) du traité.

Occidental a engagé deux poursuites judiciaires devant le tribunal fiscal de district n° 1 de Quito. Par suite, l'entreprise a engagé d'autres poursuites le 10 mars 2003 et le 14 avril 2003 portant sur les résolutions 406 et 026 de l'agence fiscale équatorienne (SRI), qui rejetaient à nouveau les autres demandes de remboursement de la TVA formulées par Occidental. Ils argumentaient par ces poursuites que les résolutions de refus du SRI violaient les dispositions des lois équatoriennes, se référant explicitement aux articles 65 et 69A de la loi fiscale équatorienne, sur lesquelles portera également la plainte arbitrale à l'échelle internationale.

Cela empêchait Occidental de soumettre le même litige à arbitrage. Pour avancer cette position, la défense équatorienne a correctement souligné l'existence de l'identité objective entre les litiges de référence : tous impliquaient les mêmes résolutions de refus et, de ce fait, le même refus de

remboursement de taxes fiscales. Le litige fondamental est le même devant les deux ressorts, national et international. Du fait du choix appliqué, l'Équateur a considéré qu'Occidental avait renoncé à son droit à un arbitrage international.

Occidental, de son côté, a soutenu le contraire. De leur point de vue, la plainte invoquée devant les tribunaux nationaux équatoriens n'était liée d'aucune manière substantielle à l'investissement ; ils n'avaient assurément formulé la moindre réclamation ni d'affirmation dans lesdits tribunaux portant sur leurs droits dérivés du TBI. Ainsi, Occidental soutient que ses litiges en cours devant les tribunaux équatoriens ont été engagés dans le seul but de sauvegarder son droit au remboursement de la TVA en application de la législation équatorienne. Si l'on se tient aux termes de la définition de litige lié aux investissements conformément à l'article VI (1) du TBI, il apparaît qu'il est lié aux droits de l'investisseur en vertu du traité, et est dépourvu de connexion directe avec les poursuites engagées devant les tribunaux équatoriens qui ont exclusivement trait à la cohérence des résolutions de refus dérivées de la loi fiscale de l'Équateur. Tel est le point de vue d'Occidental.

À l'opposé de ce que soutenait l'Équateur, Occidental affirmait qu'il n'existe pas d'identité objective entre les litiges engagés par les deux voies : la « cause d'action » soumise à arbitrage est différente de la cause d'action portée devant les tribunaux équatoriens. La première est liée aux droits du TBI ; la seconde aux questions de législation interne.

L'avis du tribunal coïncidait avec Occidental en ce qui concerne la meilleure interprétation de l'article II (3) (b) du traité. Cet article prévoit, à la seconde phrase, la soumission à arbitrage des mesures injustes et discriminatoires, y compris si le plaignant s'est pourvu en justice administrative du défendeur en vue d'une révision des mesures susvisées. Il s'agit d'un point normatif décisif pour l'affaire (qui révèle à quel point il est grave d'incorporer une telle clause dans un TBI).

Il est curieux de constater que le tribunal s'est empressé de préciser que cette compréhension n'était

pas interprétable au sens de vider le contenu des dispositions de « bifurcation » que pourraient contenir les traités bilatéraux d'investissements : les fonctions des mécanismes internes et de l'arbitrage international sont différentes. Pour étayer cela, le tribunal a détaillé ce que l'on appelle « la preuve de triple identité » qui désigne le fait que dans la mesure où un litige peut impliquer les mêmes parties, le même objet et la même cause d'action, il peut être considéré comme un seul et même litige et le mécanisme dit de « bifurcation » devrait empêcher sa soumission à des tribunaux concurrents.

Le tribunal a soutenu que ce qui était essentiel, en définitive, était que tout règlement réponde aux circonstances spécifiques et à la nature du litige, dans la mesure où la nature du litige soumis à arbitrage soit principalement – mais pas exclusivement – basée sur les traités ; ainsi, la compétence du tribunal d'arbitrage se trouverait correctement invoquée.

C'était justement le cas, selon le tribunal, d'Oxy I : des questions basées sur un traité ont été soumises à arbitrage, tandis que des questions liées à la législation interne non contractuelle ont été soumises aux tribunaux locaux équatoriens. Le tribunal a développé ici la doctrine de l'effet cumulatif ou du complément de la matière des voies procédurales à la disposition de l'investisseur. En ses propres termes : « Loin de créer une situation d'incompatibilité, les décisions adoptées jusqu'à présent par les tribunaux équatoriens sur les questions d'interprétation de la loi fiscale équatorienne ont été d'une grande aide pour l'interprétation propre de ce tribunal tant du traité que des dispositions pertinentes des lois équatoriennes, ce qui sera démontré en profondeur plus en avant. Il ressort que les causes d'action pourraient être séparées et la nature des litiges différente, mais elles pourraient produire des effets cumulatifs et interagir réciproquement ».

### ***Exclusion en raison de la matière (fiscale)***

En ce qui concerne la prévision de compétence contenue dans de nombreux TBI liée à l'exclusion de certaines matières (notamment la matière fiscale, que ce soit totalement ou partiellement) de la compétence

du CIRDI, cet aspect est également central dans l'affaire Oxy I.

L'Équateur a posé comme objection de compétence l'exclusion dans le litige des questions d'imposition conformément à l'article X du TBI États-Unis/Équateur.

Pour comprendre l'affaire, il est fondamental de se reporter au texte de l'article en question, transcrit ci-après :

« 1. En ce qui concerne leurs politiques fiscales, chacune des parties soit s'efforcer d'octroyer justice et équité dans le traitement des investissements des ressortissants et des entreprises de l'autre partie.

2. Néanmoins les dispositions de ce traité, et en particulier les articles VI et VII, devront être appliquées aux questions d'imposition dans les seuls cas suivants :

(a) expropriation, conformément à l'article III ;

(a) transferts, conformément à l'article IV ;  
ou

(c) inobservance et surveillance de l'accomplissement des conditions d'un accord ou autorisation d'investissement aux termes de l'article VI (1) (a) ou (b), dans la mesure où ces derniers ne sont pas soumis aux dispositions de règlement de litiges d'une convention pour éviter la double imposition entre les deux parties, ou ont été posées en vertu desdites dispositions de règlement et n'ont pas été réglées dans un délai raisonnable ».

Selon l'Équateur, les questions liées à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) et son non-remboursement étaient clairement des « questions d'imposition » exclues du règlement des litiges en vertu du traité par l'article en question. Assurément, aucune de prétentions d'Occidental liées au traitement juste et

équitable ou à la pleine protection et sécurité n'étaient applicables aux questions d'imposition.

En cela, Occidental a contredit l'Équateur. De leur point de vue, l'interprétation qui précède n'était pas la meilleure pour l'article X du TBI. La véritable signification de l'exclusion prévue au texte, de même que l'historique des négociations derrière sa rédaction, indiqueraient que l'exclusion n'était applicable qu'aux questions d'imposition directe, attendu qu'il s'agit des questions abordées par les conventions afin d'éviter le problème de la double imposition. Sans nul doute, abonde Occidental, il n'y a jamais eu le moindre traité de double imposition entre les États-Unis et l'Équateur. L'imposition indirecte serait donc assujettie aux dispositions de règlement de litiges du traité, sans la moindre exception. Pour Occidental, telle était la correcte interprétation de l'article X, selon les normes d'interprétation des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Il convient également de signaler qu'Occidental a fondé son interprétation sur le fait que l'article en question a été rédigé en suivant le traité modèle des investissements bilatéraux des États-Unis, et que l'interprétation donnée par les fonctionnaires dudit pays ainsi que leurs déclarations devraient être déterminantes. Selon cette perspective, le seul propos de l'article était d'éviter les conflits avec les corps de règlement de litiges en application des conventions pour éviter la double imposition ; si toutes les classes d'imposition étaient incluses dans l'exception de l'article, ce dernier serait dépourvu de sens.

Le tribunal a écarté l'interprétation de l'Équateur, qui prétendait que toutes les questions de fiscalité étaient exclues du règlement des litiges prévu au traité, à l'exception des catégories spécifiques mentionnées à l'article X. D'après le tribunal, « même si certaines questions pourraient néanmoins être couvertes par cet article et ne lui ôtaient donc pas tout sens, comme invoqué par le défendeur, cette interprétation serait toutefois restrictive et d'application plutôt marginale. Ce n'est évidemment pas ce que les parties ont tenté

de traduire dans un article de grande importance au sein d'un traité plutôt bref ».

Le tribunal a examiné si le litige impliquait l'une des trois questions spécifiquement prévues à l'article X pour lesquelles les dispositions de règlement des litiges de l'article XI étaient positivement applicables. S'il impliquait effectivement n'importe lequel des éléments mentionnés, le litige serait dans tous les cas compris dans les dispositions du traité et du règlement des litiges. La question des transferts n'a pas fait son apparition dans l'affaire, ce qui est évident, et la question de l'expropriation a été analysée séparément. D'un autre côté, la question décisive était si « l'observance et surveillance de l'accomplissement des conditions d'un accord ou autorisation d'investissement concernant les questions d'imposition est en débat dans ce litige ».

Le tribunal a conclu qu'une question fiscale associée à un accord d'investissement lui avait été soumise. Le litige se trouvait donc clairement assujettie aux dispositions de règlement de litiges du traité. Cela comprend automatiquement les standards de traitement de l'article II, de même que le traitement juste et équitable, à l'opposé de l'exclusion alléguée par l'Équateur. Le paragraphe 1 de l'article X a acquis, de ce fait, sa pleine signification selon le tribunal qui a donc ratifié sa compétence et rejeté l'objection de l'Équateur.

Cette affaire démontre comment le fait d'incorporer des exclusions spécifiques ne garantit aucune sauvegarde de l'espace réglementaire en la matière, attendu que les investisseurs peuvent, de toute façon, entreprendre des poursuites et les arbitres, sous couvert d'une interprétation très élargie des normes, peuvent se déclarer compétents pour connaître le litige.

### ***Inexistence d'investisseur étranger (nationalité de l'investisseur)***

En ce qui concerne la condition de compétence liée à l'existence d'un investisseur étranger pour réclamer

la protection d'un TBI, l'une des affaires qui ressort particulièrement est celui de Noble Energy.

Dans cette affaire, l'Équateur soutenait que la société Noble Energy ne pouvait pas se prévaloir d'une réclamation en vertu du TBI, attendu qu'elle n'a pas elle-même procédé à l'investissement, vu qu'elle se contentait de promouvoir les réclamations de sa co-plaignante, l'entreprise Machala Power.

À ce propos, l'Équateur insistait sur le fait que Noble Energy n'était pas la propriétaire directe de Machala Power et invoquait la décision prise par la cour internationale de justice dans le célèbre précédent *Barcelona Traction*, de même que le précédent *Amco*, sur la nationalité de l'investisseur plaignant.

Dans un point central de son argumentation, l'Équateur avançait que Noble Energy entretenait des liens bien trop lointains avec Machala Power pour pouvoir être qualifié d'investisseur à part entière. Le problème suscité par cette objection est particulièrement complexe, à savoir la connexion qui doit exister entre l'actionnaire (indirect) et son investissement (indirect). Pour étayer son argumentation, l'Équateur citait un passage de la décision dans l'affaire *Enron* : « il est, en effet, nécessaire de fixer une limite à partir de laquelle il ne peut être permis d'engager de poursuites en raison d'une connexion trop lointaine avec la société affectée ».

De son côté, l'entreprise Noble Energy posait qu'elle n'invoquait pas les droits de Machala Power, mais ses propres droits, en se basant sur une cause d'action indépendante. Noble Energy objectait la pertinence des précédents invoqués par l'Équateur dans le cas d'espèce (*Barcelona Traction* et *Amco*), proposant à l'inverse que le précédent applicable soit *CMS* contre l'Argentine, où était analysée la question dans le contexte du TBI Argentine/États-Unis, rédigé en des termes très semblables à ceux du TBI applicable au cas équatorien, où l'on pouvait lire qu'il était impossible de trouver « [...] dans le droit international un obstacle au concept de permission des réclamations des actionnaires de façon indépendante à la société en question », ajoutant que

cette affirmation restait valable « même [dans le cas où] ces actionnaires [seraient] minoritaires ou ne détiendraient pas le contrôle ».

Le tribunal est allé dans le sens de Noble Energy ; : un actionnaire indirect peut entreprendre une poursuite dans le cadre de la convention CIRDI et d'un TBI lié à un investissement direct. En leurs propres termes : « en l'absence de toute disposition contraire, le TBI et la convention CIRDI admettent les actions en réparation de dommages et de préjudices intentées par les actionnaires indirects ». De la sorte, une présomption favorable à la possibilité de réclamation par la voie d'investissement indirect a été introduite.

Le point central de la décision était la détermination du niveau de proximité ou d'éloignement permis pour le lien entre les investisseurs afin de rendre opposable leurs réclamations autonomes : « Jusqu'à quel point un actionnaire peut-il indirect pour être qualifié d'investisseur aux fins du traité ? Existe-t-il une limite ? Le cas échéant, a-t-elle été atteinte dans l'affaire en question ? En d'autres termes, combien de couches ou de sociétés peuvent s'interposer entre les actionnaires directs et les investisseurs indirects ? »

Machala Power était la propriété pleine et directe de Noble Energy International Ltd. (enregistrée aux Îles Caïman), laquelle appartenait absolument et directement à Samedan of North Africa, Inc. (enregistrée au Delaware), qui était la propriété absolue et directe de Noble Energy. Il y avait donc deux couches entre Machala Power et Noble Energy. Le tribunal renvoyait alors au célèbre passage du précédent *Enron*, où il était précisé qu'il devait exister un point de coupure dans la chaîne de sociétés. Compte tenu des faits posés dans cette affaire, le tribunal considérait néanmoins que ce point n'avait pas été atteint, vu que l'Argentine avait spécialement invité les actionnaires à effectuer l'investissement et les investisseurs avait pouvoir de décision dans l'administration de la société locale.

Le tribunal de l'affaire de Noble Energy ne divergeait pas de la déclaration formulée par le tribunal de l'affaire *Enron*. Dans un passage essentiel, il

affirmait : « il est bien possible qu'il existe un point de coupure à un endroit quelconque, et les tribunaux à venir peuvent être appelés à le définir. Dans le cas d'espèce, il n'y a pas lieu de le définir. De fait, le point de coupure, quel qu'il soit, n'est pas atteint par l'existence de deux couches intermédiaires. Le lien entre l'investissement et l'actionnaire direct, d'une part, et l'actionnaire indirect, d'autre part, n'est pas trop éloigné. [...] Le tribunal prend note qu'à tout moment pertinent, Noble Energy était la société mère finale de toutes les filiales ayant participé à l'arbitrage, et que lesdites filiales sont la pleine propriété, directe ou non, de Noble Energy ». L'objection de compétence posée par l'Équateur était ainsi rejetée.

### **Étape d'admissibilité**

Les TBI souscrits par la République d'Équateur contiennent les standards de protection des investisseurs habituels pour ce type d'instruments. De cette façon, ils protègent les investisseurs contre l'expropriation illégitime de leurs biens, face au traitement injuste et inéquitable de l'État, face au manque de pleine protection et sécurité ou face au traitement arbitraire ou discriminatoire. De même, tout comme le reste des TBI connus, les obligations prévues dans ces instruments sont unidirectionnelles, c'est-à-dire des États envers les investisseurs, et aucune obligation des investisseurs envers l'État n'est établie.

Par-delà ce qui précède, une autre caractéristique des TBI en général, qui est répliquée dans ceux passés par la République d'Équateur, est leur rédaction succincte ; les standards mentionnés sont définis au moyen de peu de mots, de façon très générale. Il n'est pas aisé de savoir par avance ce qu'impliquent concrètement ces standards pour les parties. Il y a donc eu une grande marge de manœuvre pour les tribunaux d'arbitrage pour instaurer des interprétations amples ayant conduit à de

nombreuses condamnations multimillionnaires contre l'Équateur.

Dans les 6 affaires pour lesquelles le tribunal a rendu une sentence favorable à l'investisseur,<sup>22</sup> les clauses transgressées aux yeux du tribunal par l'Équateur sont les suivantes :

- Traitement juste et équitable : Oxy I, Duke Energy, Oxy II et Perenco.
- Interdiction d'expropriation directe et indirecte : Oxy II, Burlington et Perenco.
- Refus de justice : Chevron III.
- Clause parapluie : Duke Energy.
- Traitement non discriminatoire ou arbitraire : Oxy I.
- Pleine protection et sécurité : Oxy I.
- Traitement national : Oxy I.

### ***Traitement juste et équitable***

Ce standard, appliqué dans une grande proportion des affaires, est considéré comme l'un des plus ambigus et les plus imprécis, raison pour laquelle il est pratiquement toujours possible d'alléguer sa violation et d'obtenir un résultat favorable aux investisseurs. En ce sens, la CNUCED a fait savoir qu'il est devenu « le fondement de la plupart des poursuites et celui offrant la plus grande réussite pour les plaintes des investisseurs dans le cadre d'accords internationaux d'investissements ». À ce sujet, la CNUCED a également indiqué que les arbitres ont interprété le concept de traitement juste et équitable dans un sens assez ample, parvenant à la conclusion que le résultat peut être une approche indéfinie et déséquilibrée favorisant indument les intérêts des investisseurs, et ignorant la régulation légitime au bénéfice de l'intérêt public ».<sup>23</sup>

L'exemple le plus saillant sur le standard de traitement juste et équitable de toute la jurisprudence du CIRDI est sans doute l'une des affaires contre la République d'Équateur, en l'espèce l'affaire OXY II.

---

<sup>22</sup> Oxy I, Duke Energy, Oxy II, Chevron II, Perenco et Burlington.

<sup>23</sup> Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) (2012).

En mai 2006, l'Équateur a déclaré expiré le contrat avec l'entreprise pétrolière étatsunienne Occidentale après que cette dernière eut transféré les droits de 40 % de ses actions à Encana Corporation (société canadienne) sans l'autorisation du ministère de l'Énergie, dans une claire violation de la législation équatorienne.

Oxy a argumenté que l'action d'expiration appliquée par l'État équatorien eu égard aux contrats en vigueur violait les principes légaux, constitutionnels et administratifs de l'Équateur, y compris les principes de proportionnalité, d'égalité, de bonne foi, de même que les aspirations légitimes. La société a souligné qu'entre autres, cette action constituait une violation flagrante des obligations équatoriennes en matière de traitement juste et équitable telles que prévues à l'article II du traité de protection réciproque des investissements entre la République d'Équateur et les États-Unis d'Amérique.

Le tribunal a donné raison à l'investisseur et la sentence arbitrale a donné lieu à la condamnation au paiement de dommages et intérêts la plus élevée de l'histoire du CIRDI, à hauteur de 1 769,6 millions de dollars. La condamnation s'est fondée sur la violation des standards de « traitement juste et équitable » et d'expropriation légitime en vertu du TBI États-Unis/Équateur.

En dernière instance, sans la moindre sophistication technico-juridique, le tribunal a avalé le fait que la fin du contrat était une réponse clairement « disproportionnée » de la part de l'Équateur en ce qui concerne le manquement contractuel préalable d'Oxy. Le principe de proportionnalité a été pris en compte par le tribunal comme faisant partie du standard de « traitement juste et équitable » en vertu du TBI. Telle a été la source de responsabilité juridique à partir de laquelle l'Équateur a été condamné.

Un autre exemple très intéressant du fonctionnement du standard de traitement juste et équitable nous est donné par l'affaire engagée par Perenco, une entreprise française dont l'activité principale est

l'exploitation et le raffinement de pétrole dans les blocs 7 et 21 de la région amazonienne.

Dès l'an 2006, sous l'effet de l'augmentation des prix internationaux du baril de pétrole, l'État équatorien a introduit des réformes à la loi sur les hydrocarbures (loi n° 2006-42), qui prévoyait que les excédents sur les prix du pétrole seraient mis à profit de l'État (art. 44) à concurrence de 50 % puis, de 99 % (décret 662).

Selon Perenco, ces mesures répudiaient les conditions fondamentales des contrats de participation convenus entre l'entreprise et l'État, car leurs légitimes attentes étaient frustrées, et leurs investissements discriminés et expropriés sans compensation.

En termes de droit international des investissements, cette affaire a été instruite sous l'angle du standard de traitement juste et équitable. Le tribunal a considéré que le pourcentage de 50 % d'appropriation de l'État sur les rentes pétrolières extraordinaires prévu à la loi 42 ne constituait pas en soi une violation du standard de traitement juste et équitable. Le tribunal a estimé que le standard de traitement juste et équitable était autonome, contenu dans le traité, et non l'équivalent du standard de traitement minimum du droit international général. L'application du standard de traitement juste et équitable exigeait, selon le tribunal, un jugement équilibré entre les attentes raisonnables de l'investisseur et le pouvoir de régulation de l'État. Dans ce cas, le tribunal a entendu qu'une entreprise expérimentée dans les activités d'extraction et de vente de pétrole comme Perenco ne pouvait pas s'attendre à une révision de la part de l'État du cadre légal de régulation de ses ressources naturelles. Le tribunal a donné de l'importance au fait que l'Équateur n'était pas le seul État, au cours de ces années-là, à avoir réviser la législation sur les ressources naturelles en des termes similaires à ceux de la loi 42.

Néanmoins, le changement opéré par le décret 662 de la régulation jusqu'à concurrence de 99 % des rentes extraordinaires constituait lui une violation du traitement juste et équitable.

Il ressort que les violations au traitement juste et équitable dépendaient en dernière instance de l'augmentation des droits de l'État équatorien sur la rente pétrolière extraordinaire de 50 % à 99 % et des tenants et aboutissants d'une telle augmentation.

### **Inconsistance des sentences arbitrales**

Cinq affaires contre l'Équateur ont été engagées du fait de la loi 42 sur les hydrocarbures. Dans trois de ces affaires, le tribunal a rendu une décision se prononçant sur la violation des standards de traitement juste et équitable. Il convient de souligner qu'en dépit des circonstances quasiment identiques dans l'ensemble des affaires et de la source strictement identique, la décision des arbitres a été différente.

Dans l'affaire Perenco, le tribunal a tranché pour la violation du traitement juste et équitable de l'investisseur quand l'État a augmenté à 99 % les bénéfices sur les rentes pétrolières. En revanche, dans l'affaire Occidental, le tribunal a estimé que la violation avait eu lieu dès le moment où l'État a augmenté à 50 % les recettes extraordinaires reçues des contrats de participation. Pour sa part, le tribunal de l'affaire Burlington, analysée infra, a considéré que ni l'augmentation de 50 % ni celle de 99 % ne constituaient une violation du standard de traitement juste et équitable.

### ***Protection face à l'expropriation directe et indirecte***

La protection face aux expropriations illégitimes accordée par les TBI aux investisseurs ne saurait consister en l'annulation du pouvoir de l'État d'exproprier les biens de son territoire (ce qui constitue un droit souverain), sinon en la régulation de la manière dont de telles expropriations doivent intervenir. Ainsi, en vertu de la protection de la plupart des TBI, l'expropriation doit être menée de telle sorte à favoriser une finalité d'utilité publique, d'une manière qui ne soit ni arbitraire ni discriminatoire, et garantir le respect des procédures, le tout en contrepartie d'une prompte compensation économique.

Les tribunaux d'arbitrage ont admis la possibilité d'appliquer le standard de protection face à l'expropriation illégitime aux affaires dans lesquelles les États n'ont pas ouvertement décidé d'une expropriation, sinon (de l'avis des tribunaux respectifs) pris une mesure administrative équivalente à l'expropriation au regard de ses effets, dans le sens où elle limite gravement la possibilité pour l'investisseur d'exercer le droit à la propriété sur ses biens dans le pays. C'est ce que l'on appelle l'« expropriation indirecte ».

Un exemple d'application du standard d'expropriation indirecte par les tribunaux dans des affaires contre la République d'Équateur constitue l'affaire Burlington.

L'entreprise Burlington, de nationalité étatsunienne, de même que ses filiales dont elle est l'entière propriétaire, ont pour activité principale l'exploitation et le raffinement de pétrole. En 2009, Burlington a suspendu ses opérations dans les blocs 7 et 21, raison pour laquelle l'Équateur a pris le relais de l'exploitation desdits blocs trois jours plus tard. Selon cette entreprise, la loi 42-2006 sur les hydrocarbures et le décret n° 662 constituaient, entre autres violations, une expropriation de ses investissements.

Le tribunal, tenant compte des règles du CIRDI a déterminé le 14 décembre 2012 que l'Équateur avait exproprié les biens de Burlington dans les blocs 7 et 21. La décision sur l'expropriation reposait sur la prise de possession physique de la part du gouvernement des deux exploitations pétrolières de Burlington. En ce qui concerne la poursuite pour expropriation indirecte, la majorité du tribunal a estimé que le taux de récupération sur les rentes pétrolières extraordinaires imposé par la loi 42 (et son augmentation imposée par le biais du décret 662) ne constituait pas une expropriation, malgré le taux très élevé de 99 %. L'investissement demeurait rentable, même face à la limitation des bénéfices, ce qui ne saurait jamais constituer d'expropriation. C'est la prise de possession physique de l'investissement (selon les termes du tribunal, « les moyens-mêmes de

production») qui a été considérée comme une expropriation, à la différence des mesures qui ne faisaient que limiter les bénéfices des investisseurs, car elle impliquait une privation complète de la capacité d'obtenir un rendement par suite de l'investissement. Attendu que cette expropriation n'a pas été compensée financièrement, le tribunal l'a considérée illégitime en application du TBI.

L'arbitre Orrego Vicuña s'est montré en désaccord avec la décision de la majorité, considérant que l'Équateur aurait dû être condamné pour davantage de violations au droit international, attendu que le droit international exige de tenir pour expropriation illégitime les mesures fiscales de l'Équateur. La différence la plus importante réside dans l'affirmation d'Orrego Vicuña selon lequel ce n'est pas seulement l'expropriation physique qui devait être tenue pour expropriatoire, mais également les mesures fiscales de la loi 42 et celles du décret 662.

### ***Refus de justice***

Le refus de justice désigne l'impossibilité de rendre effectif le droit d'accès à la justice pour régler un litige, que ce soit pour manquement au droit à un procès équitable ou pour rallongement superflu des délais, de telle sorte que le plaignant abandonne l'espoir de trouver une issue effective à son affaire.

Dans les affaires contre l'Équateur, trois entreprises d'investissement ont allégué un refus de justice à leur rencontre : Duke Energy, Chevron II y Merck Sharpe & Dohme.

Dans l'affaire Duke Energy, les plaignants accusent l'Équateur d'avoir commis un refus de justice pour ne pas avoir soumis leurs réclamations aux procédures d'arbitrage local ni avoir instruit en temps voulu les réclamations fiscales. Ils allèguent que l'Équateur n'a pas mis en place de moyens efficaces pour faire valoir les réclamations et respecter les droits relatifs à l'investissement des plaignants, en violation de l'article II (7) du TBI, ce qui équivaut à un refus de justice. Le tribunal a toutefois décidé dans cette affaire que l'Équateur n'avait « pas manqué à l'article II (7) du traité ».

L'investisseur Merck Sharpe & Dohme, de son côté, a poursuivi le gouvernement de l'Équateur en argumentant que les tribunaux locaux équatoriens avaient pris une décision injuste dans un litige privé entre Merck et une autre entreprise locale (Nueva Industria Farmacéutica Asociada). La société locale de médicaments génériques NIFA a traduit Merck en justice nationale après que Merck a manqué à son engagement de vendre une usine de production de médicaments implantée en Équateur. Merck a allégué que les dommages et intérêts consentis par les tribunaux à son encontre étaient irrationnels et a demandé non seulement au tribunal international que l'Équateur indemnise la société et l'exempte de toute responsabilité quant aux pertes dérivées de l'exécution de la décision à son encontre, mais également que le gouvernement empêche l'exécution d'une décision judiciaire faisant suite à un litige privé, alors que l'affaire n'était pas encore connue par l'instance d'appel équatorienne. Même si le tribunal d'arbitrage n'avait pas encore émis de sentence, la seule existence de la plainte reflète la manière dont les investisseurs cherchent à tirer parti des TBI pour tenter de restreindre le pouvoir de la justice nationale et d'influer ou de modifier ses décisions.

L'affaire de refus de justice en arbitrage international la plus célèbre est sans doute la plainte engagée par Chevron contre l'Équateur. Au début des années 1990, TexPet (actuellement Chevron) a engagé sept poursuites contre l'État équatorien ; une décennie plus tard, en l'absence de réponse des tribunaux équatoriens, l'entreprise a eu recours à l'arbitrage international. Chevron prétendait que l'Équateur avait fait obstacle à son accès à la justice et bafoué le TBI passé avec les États-Unis. En fin de compte, le tribunal d'arbitrage a émis une sentence favorable à Chevron. Pour parvenir à cette conclusion, le tribunal a interprété de façon expansive les textes de loi, estimant que le droit des investisseurs compris au TBI constitue une *lex specialis* distincte du droit coutumier international en matière de refus de justice. Pour cette raison, le seuil élevé de la détermination de refus de justice fixé par le droit coutumier international était bien moindre.

### ***Traitement non discriminatoire ou arbitraire***

Ce standard établit que les investisseurs, qu'ils soient ressortissants du pays ou étrangers, doivent jouir de conditions égales en matière d'administration, d'opération, d'expansion et de transfert de leurs investissements. Ainsi, ils ne peuvent faire l'objet de mesures arbitraires ou discriminatoires. De la sorte, c'est l'égalité d'application de la loi qui est assurée, l'État ne légiférant pas pour bafouer les droits de quelques investisseurs.

Les investisseurs étrangers ont allégué la violation du standard de traitement non discriminatoire ou arbitraire dans 14 des 24 affaires. L'affaire Oxy I en est l'exemple : l'investisseur est en désaccord avec la décision de l'agence fiscale équatorienne de refuser le remboursement de la TVA par suite de réformes fiscales, qu'il considère arbitraire et discriminatoire. La société a allégué que les mesures étaient discriminatoires, attendu qu'elles n'étaient appliquées qu'aux entreprises d'exploration et de production de pétrole de ce secteur industriel et pas systématiquement aux autres exportateurs équatoriens.

La loi de remboursement des taxes était néanmoins conçue pour les seuls exportateurs de produits manufacturés, elle n'a jamais été pensée pour être appliquée au secteur des hydrocarbures. Pour sa part, l'Équateur a argumenté que les mesures n'étaient pas discriminatoires, car elles avaient été appliquées de la même manière à l'ensemble des compagnies pétrolières, étrangères ou non.

En fin de compte, le tribunal a tranché en faveur d'Oxy I, accusant le gouvernement équatorien d'avoir agi partiellement de façon discriminatoire.

### ***Pleine protection et sécurité***

À l'heure actuelle, le concept s'étend par-delà la protection physique, contre les violations aux droits des investisseurs par le biais de lois et de régulations de l'État hôte. Pour l'heure, il existe un consensus selon lequel cette clause n'apporte pas de protection absolue contre les atteintes physiques ou légales, ce

pourquoi l'État n'est pas tenu de prévenir de telles transgressions ; l'État équatorien a pourtant été poursuivi pour des violations fondées sur cette clause pour avoir tenté de recouvrer ses facultés essentielles ou d'équilibrer les recettes du secteur des hydrocarbures.

### ***Traitement national***

La clause de traitement national oblige l'État récepteur des investissements à ne pas faire de distinction entre investisseurs étrangers et investisseurs locaux lors de la création et de l'application de sa législation, et de mettre les investisseurs étrangers sur le même niveau que les investisseurs locaux. Cette clause est critiquable dans le sens où les investisseurs locaux ne bénéficient pas des mêmes avantages et de la même protection que ceux étrangers, ni de la possibilité de recourir à des mécanismes d'arbitrage international, ce qui constitue une discrimination envers les investisseurs équatoriens. Dans huit affaires, les investisseurs ont allégué que l'État les avait traités de manière différente aux investisseurs équatoriens : Oxy, Encana, Perenco, Murphy, GLOBALNET-Únete Telecomunicaciones et Copper Mesa.

Pour les affaires Oxy I et II et Encana, l'argumentation est similaire. Les entreprises opposent que le refus de remboursement de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) n'a pas été appliquée aux investisseurs dans le domaine de la production de biens à l'export. Le gouvernement a néanmoins clairement montré que ni Encana ni Oxy n'ont été traités moins favorablement que l'ensemble des investisseurs, c'est-à-dire les compagnies pétrolières se trouvant dans la même situation, qu'elles soient équatoriennes ou étrangères. Il convient de souligner que les investisseurs d'autres industries hors pétrole ne font pas état des mêmes circonstances, il n'est donc pas possible de formuler de réclamation sur la base de la nationalité de l'investisseur.

Dans les affaires Perenco et Murphy, l'argumentation est fondée sur le fait que la loi 42 a généré un bénéfice disproportionné pour les investissements équatoriens par rapport aux investissements étrangers du secteur

de la production pétrolière, étant donné qu'il n'existe pratiquement pas d'investissement équatorien dans ce domaine. Perenco, par exemple, prétend qu'en infligeant délibérément des dommages aux compagnies non équatoriennes, parmi elles Perenco, l'Équateur a accordé un traitement plus favorable aux investissements des compagnies équatoriennes. Perenco n'a toutefois pas été en mesure de démontrer que par la promulgation ou application de la loi 42 l'Équateur a tenté de « favoriser les investisseurs équatoriens au moyen de la discrimination contre les investisseurs étrangers ». Comme Perenco l'admet elle-même, la loi 42 a été appliquée sans distinction à tous les participants du secteur, indépendamment de leur nationalité ; il est donc évident qu'elle n'a pas eu pour effet de discriminer les entreprises sur la base de leur nationalité. Dire que la loi 42 est discriminatoire parce que dans un secteur dominé par des entreprises étrangères elle a affecté davantage les non équatoriens n'a pas de sens.

Deux autres affaires enfin ont été ouvertes pour violation de la clause de traitement national : GLOBALNET-Únete Telecomunicaciones et Copper Mesa. Dans la première affaire, l'entreprise affirmait que le retard dans les instructions d'interconnexion a entraîné que, alors que l'entreprise plaignante était dans l'impossibilité de débiter ses activités et d'exploiter la concession, les autres opérateurs d'État et privés de l'Équateur étaient pour leur part interconnectés et se trouvaient dans la capacité de prêter leurs services.

Pour sa part, Copper Mesa prétendait que l'État avait accordé un traitement plus favorable à la société minière d'État ENAMI en lui concédant un droit de préemption sur des projets miniers. L'État contestait en précisant que ce droit de préemption de la société minière d'État était un droit légitime de politique publique et non une discrimination du fait de la nationalité, attendu qu'aucun investisseur équatorien privé ne jouit de ce même privilège.

## État de l'exécution des sentences arbitrales en Équateur

### Exécution des sentences arbitrales selon le CIRDI et les règles CNUDCI

Les sentences dictées par les tribunaux d'arbitrage sont exécutoires par les investisseurs une fois devenues définitives, c'est-à-dire à l'épuisement des recours. Toutefois, avant que les sentences arbitrales ne deviennent définitives, elles doivent passer par les procédures administratives fixant les règles arbitrales du tribunal (celles de la convention du CIRDI ou celles de la CNUDCI) et, le cas échéant, la procédure établie à la législation interne des États où l'investisseur fait exécuter les sentences arbitrales.

Actuellement, les affaires en cours pour l'Équateur sont des arbitrages devant le CIRDI et la Cour permanente d'arbitrage (CPA) sous les règles de la CNUDCI ; nous analysons ci-après les procédures d'exécution des sentences qui en ont résulté.

### *Exécution des sentences en vertu du règlement CIRDI*

Conformément aux stipulations de la convention CIRDI aux articles 53, 54 et 55, une sentence est exécutoire dès qu'elle acquiert un caractère définitif ; c'est-à-dire que les recours interjetés contre la décision ont été épuisés ou après expiration du délai établi pour interjeter un recours sans qu'aucune des parties ne l'ait fait. Les sentences définitives ont le même caractère contraignant pour l'État condamné qu'une décision judiciaire rendue sur le territoire national.

Par ailleurs, il est possible qu'une sentence soit exécutoire tout en étant en cours de révision ou d'annulation, sous réserve que son application n'ait pas été suspendue (décision appartenant au comité d'annulation ou au tribunal lui-même, selon le recours en révision). Dans tous les cas, la sentence acquiert un caractère provisoire et non définitif. Pour sa part, l'article 54 (2) du CIRDI prévoit que l'exécution des sentences se fasse par le biais de la procédure et des instances ou organismes

administratifs désignés à cet effet, conformément à la législation interne de l'État.

### ***Exécution des sentences en vertu du règlement CNUDCI***

Les règles CNUDCI disposent à l'article 34 (2) que « les parties exécutent sans délai toutes les sentences », ce dont on déduit que l'exécution doit intervenir sans contretemps, ce qui pourrait impliquer de passer outre une éventuelle procédure de reconnaissance, car cela aurait pour effet de retarder l'exécution de la sentence.

Néanmoins, pour les affaires d'arbitrage en investissements auxquelles sont appliquées les règles CNUDCI, il serait possible d'utiliser subsidiairement les normes d'exécution ratifiées par l'Équateur, comme la convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (Convention de New York) et la convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial de 1975 (Convention de Panama). Ces instruments prévoient que les sentences dictées par les tribunaux d'arbitrage doivent passer par un examen garantissant que leur contenu n'est pas contraire aux principes de l'ordonnement juridique de l'État ou ne portent pas atteinte aux droits de la personne ou entité contre qui doit être exécutée la sentence.

### ***État d'exécution actuelle des sentences arbitrales étrangères***

À l'heure actuelle, le code organique général de procédure (COGEP) fixe les compétences juridictionnelles et les procédures nécessaires pour l'homologation et l'exécution des sentences, décisions et procès-verbaux de médiation rendus à l'étranger, dotés des caractéristiques ou effets de sentence propres à la législation d'origine.

Le COGEP prévoit que l'autorité compétente pour la reconnaissance et l'homologation des décisions judiciaires est la cour provinciale de justice, en l'espèce une de ses chambres spécialisées. Dans le même sens, il détermine que l'exécution sera à la

charge du juge de première instance du domicile du défendeur.

D'après ces textes, la procédure d'homologation d'une décision ou sentence étrangère débute par la requête du demandeur à la chambre spécialisée de la cour provinciale assignant la personne contre qui doit être exécutée la sentence à comparaître dans un délai de cinq jours pour rejeter ladite exécution. S'il est considéré que le rejet de l'exécution est dûment fondé, la cour fixera une audience dans un délai maximum de 20 jours pour étayer et régler les prétentions de chacune des parties.

La cour est tenue de régler l'homologation et de déterminer l'exécution de la sentence ou décision étrangère dans un délai n'excédant pas 30 jours à compter du jour de l'assignation.

Le COGEP reconnaît dans la procédure d'exécution d'une décision (et d'une sentence étrangère ayant la même qualité) la voie de la contrainte ; ainsi, à l'article 134, le COGEP établit que : « la contrainte sont les mesures coercitives appliquées par le juge pour que ses décisions soient exécutées par les personnes qui ne s'y plieraient volontairement pas dans les conditions prévues ».

Le COGEP prévoit les conditions que les cours provinciales doivent tenir en compte pour que l'homologation soit juridiquement valable dans le pays. À cet égard, l'article 104 du COGEP établit qu'une décision ou sentence étrangère est susceptible d'homologation dans le seul cas où :

- a. Elle respecte les formalités externes nécessaires pour être tenue pour authentique dans l'État.
- b. La sentence a pris la force de chose jugée conformément aux lois du pays où elle a été rendue et la documentation annexe nécessaire est dûment légalisée.
- c. Elle est traduite, le cas échéant.
- d. Il est justifié par les pièces procédurales et les attestations pertinentes que le défendeur a légalement

été notifié et que le droit à la défense des parties a été garanti.

e. La requête fait état du lieu d'assignation à comparaître de la personne physique ou morale contre qui a été rendue la décision à l'étranger.

Il prévoit également que les sentences ou décisions étrangères condamnant l'État équatorien pourront être reconnues par la juridiction nationale sous réserve qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions constitutionnelles ou légales du pays et soient en accord avec les conventions internationales en vigueur en Équateur.

Par ailleurs, il convient de signaler que la procédure d'homologation n'est aucunement un acte de révision des dispositions fondamentales des sentences ou décisions étrangères et ne prétend pas générer, sur le fondement de cette procédure, une sorte d'instance ultérieure laissant sans efficacité les résolutions prises par les juges ou les tribunaux d'arbitrage étrangers, attendu qu'elle limite l'action des tribunaux provinciaux équatoriens à un examen procédurale des sentences ou décisions visant à identifier de possibles manquements au procès équitable en termes d'émission et de validité, comme le prévoit l'article 103 du COGEP, qui établit que : « les décisions, sentences arbitrales et procès-verbaux de médiation rendus à l'étranger ayant été homologués ou prononcés dans des procès contentieux ou non auront en Équateur la force que leur octroient les traités et conventions internationales en vigueur, sans qu'il y ait lieu de réviser le fond de la procédure où elles ont été rendues ».

La procédure d'homologation du COGEP constitue la pièce fondamentale pour l'exécution des sentences étrangères dans le pays car elle reconnaît que toute décision ou sentence n'ayant pas observé la procédure ou ayant enfreint les conditions d'homologation est considérée invalide au regard de la législation équatorienne, et son exécution est donc impossible sur le territoire national.

## **Affaires emblématiques contre l'Équateur : déficiences dans les formalités et les sentences arbitrales**

### **CHEVRON II**

La compagnie pétrolière Texaco Oil Company (devenue Chevron Oil Company) a lancé ses activités en Équateur en 1964, puis a cessé ses opérations en 1992. Entre 1991 et 1993, au cours des négociations sur la liquidation du dernier contrat de concession la compagnie a intenté 7 procès devant la justice équatorienne pour des montants atteignant 553 millions de dollars.

En 2006, les administrateurs de la société Chevron, qui avait absorbé Texaco en 2001, ont allégué que comme la compagnie n'avait pas obtenu de décision dans les affaires engagées par la société précédente, l'État équatorien lui avait systématiquement refusé son droit à l'accès à la justice. Sur le fondement de ce critère, Chevron a décidé de déposer une plainte internationale devant la cour internationale d'arbitrage sous les normes CNUDCI au regard du TBI passé entre l'Équateur et les États-Unis. De la même manière, la compagnie a déduit que la façon dont le TBI définit le terme « investissement » était suffisamment ample pour protéger les investissements effectués par Texaco en 1973 et 1977 et inclure les prétentions légales et contractuelles pouvant naître des opérations futures.

En réponse, l'État équatorien a contesté la compétence du tribunal, vu que le TBI invoqué était entré en vigueur après les investissements effectués par Texaco en Équateur. De même, la défense a posé l'irrecevabilité de l'action, vu que les causes rejetées dans la fonction judiciaire équatorienne étaient soumises à la législation interne de l'Équateur, qui prévoit le mécanisme de récusation contre les fonctionnaires judiciaires ayant inobservé les conditions établies d'une procédure judiciaire, dans le cas où les retards seraient imputables à leur inaction.

Face à ces deux positions, la cour d'appel a décidé que l'Équateur avait enfreint l'article II (7) du TBI en

raison du retard indu de la part des tribunaux équatoriens pour rendre une décision dans les sept affaires entreprises par Texaco et, de ce fait, a été rendu responsable des dommages subis par les plaignants.

***Particularités de l'affaire :***

- La prétention de Chevron était irrecevable et aurait dû immédiatement être rejetée, car elle prétendait que le tribunal s'acquittait des compétences juridictionnelles internes du pays, dans une claire violation de la souveraineté nationale.
- Le TBI sur lequel se fonde la compétence du tribunal a été souscrit bien après l'époque où la compagnie pétrolière avait des investissements dans le pays, lesquels ont pris fin en 1992. Le traité est entré en vigueur en 1997, soit cinq ans après le départ de Chevron (Texaco) du pays, raison pour laquelle le tribunal n'était pas compétent *ratione temporis* pour connaître l'affaire, attendu que le TBI ne prévoit aucune clause de rétroactivité.
- En ce qui concerne le temps écoulé, nombre des procédures judiciaires étaient laissées à l'abandon par Chevron, les procédures de plainte ou de récusation n'avaient même pas été lancées contre les fonctionnaires judiciaires qui, selon les dires de la compagnie pétrolière, lui avaient refusé l'accès à la justice.
- Dans la même lignée que le point précédent, en l'absence d'épuisement des procédures existantes dans la législation nationale, Chevron ne pouvait pas se dire victime d'un refus de justice à son encontre, car cela n'était que le fait de leur propre inaction au

sein du système judiciaire, par manque d'intérêt de la part de l'entreprise.

- Nombre des actions judiciaires engagées par Texaco (aujourd'hui Chevron) ont été, en majorité, rejetées lors de la phase d'arbitrage, raison pour laquelle il n'y avait pas lieu que le tribunal international ne se prononce sur une procédure en cours au sein du système judiciaire national.
- Les arguments posés par la défense de l'État étaient clairs et catégoriques. Néanmoins, l'équipe juridique de la compagnie pétrolière s'est adonnée à un acte de génération spontanée de jurisprudence en donnant une nouvelle interprétation à une institution des plus basiques et fondamentales du droit, le principe de la rétroactivité d'une norme légale.
- Il convient de souligner que la commission a trouvé au sein de l'enquête de cette procédure que dans la sentence partielle sur l'admissibilité du 30 mars 2010, le tribunal cite textuellement les articles I, II et VI du TBI sur lesquels porte le litige, alors que, si l'on compare le TBI cité par le tribunal au TBI officiel publié au journal officiel de l'Équateur (supplément) n° 360, des différences apparaissent dans le contenu du texte, c'est-à-dire que le TBI utilisé par le tribunal et le TBI officiel ne sont pas les mêmes, ce qui constitue un grave manquement à la procédure. Par exemple, à la page 55 de la sentence partielle sur l'admissibilité, à l'alinéa a) de l'article 1 cité par le tribunal, figure des termes qui n'apparaissent pas dans le texte publié au journal officiel. Voici les deux versions :

| Version citée par le tribunal :   | Version publiée au Journal officiel :  |
|---|--|
| Article 1   | Article 1  |
| 1. Aux fins du présent Traité :   | 1. Aux fins du présent Traité :  |
| (a) « Investissement » désigne tout type d'investissement sur le territoire d'une Partie, détenu ou contrôlé directement ou indirectement par des ressortissants ou des sociétés de l'autre Partie, tel que, par exemple, les contrats de participation, les dettes, la prestation de services et les investissements ; et comprend : | (a) « Investissement » désigne tout type d'investissement, tel que les capitaux propres, les dettes et les contrats de services et d'investissement, réalisé sur le territoire d'une Partie et détenu ou contrôlé directement ou indirectement par des ressortissants ou des sociétés de l'autre Partie, et comprend : |
| (ii) une société, des participations au capital ou autres intérêts dans une société ou des intérêts dans ses actifs ;   | (ii) les sociétés, les parts de capital ou autres participations dans leurs actifs ;   |
| (iii) une demande d'indemnisation pécuniaire ou une demande d'exécution ayant une valeur économique et liée à un investissement.  | (iii) le droit à l'argent ou toute transaction ayant une valeur économique liée à un investissement.   |

Élaboré par CAITISA.

Il n'est pas possible de passer outre ces incohérences dans les textes en raison de la façon dont elles modifient le sens des clauses ; dans le cas de l'article 1 du texte interprété par le tribunal, la définition d'investissement est définie de manière plus ample que celle de la version du journal officiel équatorien, ce qui, dans le contexte juridique international et dans l'affaire en particulier, reviendrait à dire que l'État est tenu d'accorder une protection plus ample en matière d'investissements.

La même chose se produit aux alinéas (ii) et (iii), où, du fait de la rédaction, le sens est changé quand il est signalé que les investissements comprennent « une entreprise ou participations sociales ou autres intérêts dans une société ou intérêts dans ses actifs » et « une demande d'indemnisation monétaire ou une demande d'exécution portant valeur économique, associée à un investissement ». Ainsi, il peut être déterminé que le tribunal cherchait à ce que la figure de l'investissement du traité soit adaptée de telle sorte à ce qu'elle puisse contenir l'obligation de protéger les investissements de Chevron.

L'interprétation du tribunal s'est fondée sur le texte du TBI présenté par Chevron, dont les définitions étaient plus amples. Ce fait a porté préjudice à l'État

équatorien en raison de la manière illicite et malveillante avec laquelle il a été tenté d'exiger la rétroactivité de la convention au sein de la procédure.

Le tribunal a entendu, de façon à la fois incroyable, irrespectueuse et intrusive pour la justice équatorienne, que Chevron n'aurait obtenu aucun résultat positif si l'entreprise avait interjeté le moindre recours judiciaire en Équateur, ce qui justifiait prétendument l'absence de réclamations devant la justice interne pour épuiser les recours judiciaires et administratifs existants. Pour le tribunal comme pour Chevron, il n'existait virtuellement pas d'État de droit en Équateur.

Pour l'Équateur, démontrer une thèse technico-juridique pour se défendre de façon claire, correcte et licite dans des systèmes effrontément partiels envers les investisseurs devient un exercice futile et blessant de barbarie juridique sans fin, vu que le tribunal *ad-hoc*, comme on l'a démontré, a la prétention permanente de se déclarer compétent et d'encaisser ses fameux honoraires, le tout en tordant tout fait pour le rendre compatible avec des interprétations hasardeuses d'une norme.

### CHEVRON III

Le 23 septembre 2009, la société Chevron Oil Company présentait une nouvelle plainte devant la cour permanente d'arbitrage contre l'Équateur. Cette nouvelle requête en arbitrage avait pour antécédent un seul procès civil déclenché contre la société par les habitants de l'Amazonie affectés par ses opérations, lequel contenait les mêmes vices temporels que l'affaire précédente, attendu qu'il était de nouveau invoqué le TBI passé avec les États-Unis, en vigueur depuis 1997, pour protéger des investissements antérieurs à 1992, sans qu'il n'existe, nous l'avons vu supra, de clause de rétroactivité dans le traité.

La compagnie a utilisé comme argument que l'État avait convenu au préalable avec les plaignants de porter atteinte judiciairement aux intérêts de Chevron. En réponse, la défense de l'État a opposé au tribunal que l'Équateur, par mandat constitutionnel, respectait le principe de séparation des pouvoirs et donc qu'il y avait totale interdiction d'ingérence de la fonction exécutive sur les décisions adoptées de façon autonome et souveraine par tout organe de la fonction judiciaire.

Pour sa part, la décision du tribunal a été d'ordonner à l'Équateur de « (par la voie judiciaire, législative ou exécutive) prendre toute mesure nécessaire pour suspendre ou faire suspendre l'exécution et la reconnaissance, dans et hors de l'Équateur, des décisions de la chambre unique de la cour provinciale de Sucumbíos du 3 janvier 2012 et du 13 janvier 2012 (qui confirme la décision du juge Nicolás Zambrano Lozada du 14 février 2011) contre le plaignant dans la procédure judiciaire équatorienne connue sous le nom de « Affaire Lago Agrio » [...] ».

#### Particularités de l'affaire :

- Le tribunal a agi sans se prononcer sur sa compétence et a ordonné à l'État que le juge en charge de l'affaire en Équateur l'informe de la date approximative à laquelle serait rendue la décision. Ce fait met en lumière une ingérence indue du tribunal international

sur la décision souveraine d'un juge autonome.

- Le 14 février 2011, après huit ans de litige, la chambre unique de la cour provinciale de Sucumbíos a ordonné à Chevron de payer une somme d'argent millionnaire aux plaignants pour les dommages et intérêts occasionnés, et à supporter les coûts de réparation du préjudice écologique pour restaurer la zone affectée par les opérations d'extraction, pour un montant approximatif de 18 500 000 000 dollars, réduits par la suite par la cour nationale à la suite d'un pourvoi en cassation à 9 510 000 000 dollars. En réponse à la décision judiciaire équatorienne, le tribunal a demandé à l'Équateur de suspendre l'exécution de la décision, dans une claire violation de la souveraineté du pays.
- Le tribunal, par lui-même, s'est investi de l'autorité d'ordonner à l'État équatorien de transgresser son cadre constitutionnel pour que, par le biais de n'importe lequel de ses pouvoirs, il empêche l'exécution d'une décision judiciaire contraire aux intérêts de l'entreprise plaignante, portant atteinte aux principes de l'État de droit.
- À ce propos, il y a lieu de souligner que l'ensemble des mesures ont été ordonnées par le tribunal avant que ce dernier ne se prononce sur sa compétence pour connaître l'affaire.
- Le tribunal a décidé, sans s'adonner à la moindre analyse, de rejeter tout vice de compétence telle qu'opposé par le défendeur pour l'empêcher de se constituer en arbitres pour traiter l'affaire.
- Un clair exemple du traitement inéquitable dont l'Équateur a fait l'objet est le retard systématique pris par les formalités de visite *in situ* en Amazonie équatorienne, demandées par la défense, et auxquelles s'est opposée l'entreprise plaignante.

- La société Chevron allègue des incidents, le tribunal les admet ; quand l'Équateur formule des requêtes, le tribunal décide de s'y consacrer plus tard. Telle a été la pratique commune de ce tribunal biaisé pour traiter l'affaire. La défense de l'État a perdu patience le 19 septembre 2014 face à un nouveau refus de traiter la requête d'inspection : l'État a récusé les membres du tribunal de l'affaire en raison de leur absence d'impartialité.
- En dépit des arguments de l'Équateur, le 21 novembre 2014, le secrétaire général de la cour permanente d'arbitrage a émis une résolution rejetant la demande de l'Équateur.
- Du 6 au 10 juin 2015, soit trois ans après avoir demandé la visite *in situ*, le tribunal d'arbitrage et les représentants des parties ont visité les zones affectées de l'Amazonie équatorienne, où les arbitres n'ont que constater la magnitude des dommages causés par Chevron-Texaco.

## OCCIDENTAL I

La compagnie pétrolière Occidental Exploration and Production Company (OXY) a lancé ses activités en Équateur le 25 janvier 1985 avec la signature d'un contrat de services pour l'exploration et l'exploitation du bloc 15 de l'Amazonie équatorienne. Par la suite, en 1993, l'Équateur a réformé sa loi sur les hydrocarbures, prévoyant la possibilité de renégocier les contrats de services en contrats de participation.

Le 21 mai 1999, Petroecuador et OXY ont signé un contrat prévoyant la restitution partielle de la TVA à l'entreprise sur la base d'un facteur mathématique X, qui servait à calculer les montants de remboursement que devait percevoir OXY. Malgré la souscription de ce document, OXY a considéré que les nouvelles règles d'imposition affectaient directement ses bénéfices et ses intérêts, de telle sorte qu'en 2002, une plainte a été déposée contre l'Équateur au tribunal d'arbitrage international de Londres, alléguant la violation de l'article II du TBI passé entre l'Équateur

et les États-Unis, portant sur le traitement juste et équitable.

En réponse, l'État équatorien a rétorqué que le remboursement de la TVA prévu au contrat n'avait pas été refusé à la compagnie pétrolière. Il n'y avait pas eu non plus de traitement discriminatoire à l'encontre de l'entreprise, vu que les réformes fiscales touchaient toutes les entreprises sans distinction. Face à ces deux arguments, le tribunal a considéré que l'entreprise plaignant avait droit au remboursement total de la TVA et non pas au seul pourcentage convenu entre l'entreprise et l'État au contrat. Par ailleurs, il a déterminé que l'Équateur avait violé la clause de traitement juste et équitable, vu que la loi fiscale était discriminatoire en ce qu'elle excluait du remboursement de cet impôt les compagnies pétrolières.

### *Particularités de l'affaire*

- Le tribunal n'était pas compétent pour instruire l'affaire, puisqu'OXY avait déjà engagé des plaintes contre l'État équatorien pour la même affaire devant les tribunaux nationaux, lesquelles étaient encore en cours.
- Le tribunal a ordonné à l'Équateur de ne lancer aucune action judiciaire et de n'adopter aucune mesure refusant les bénéfices économiques du remboursement de la TVA à la compagnie pétrolière, ce par quoi le tribunal s'immisçait dans la politique fiscale nationale et interdisait de modifier une situation que l'entreprise plaignante considérait la plus bénéfique pour ses propres intérêts.
- Conformément aux normes du TBI passé avec les États-Unis, tout particulièrement celles de l'article 10, seules pouvaient être soumises à arbitrage international les contradictions de type fiscal impliquant des expropriations ou des obstacles au libre transfert de devises, motifs qui n'étaient absolument pas caractérisés dans les actions entreprises par l'État équatorien.

- Au sein de la procédure de compétence, le tribunal, dans une interprétation expansive des limites de sa compétence et des clauses du TBI, a décidé de donner raison à l'entreprise plaignante, estimant que les fonctions de la justice interne et de l'arbitrage international étaient différentes et que les litiges soumis à l'échelle nationale pouvaient coexister harmonieusement avec ceux portés à l'échelle internationale, même s'ils traitent des mêmes faits.
- Par ailleurs, dans la procédure au fond, le tribunal a décidé d'admettre les prétentions d'OXY et de se prononcer contre l'Équateur en l'obligeant à rembourser la totalité de la TVA payée par OXY du fait de l'import ou de l'acquisition locale de biens et de services employés pour la production de pétrole en vue de son export, plus les intérêts y afférents ; il a également estimé que l'État équatorien avait manqué à son obligation d'accorder à OXY un traitement juste et équitable, et un traitement non moins favorable à celui accordé aux Équatoriens et aux autres sociétés.
- L'enquête menée par la commission a pu déterminer l'existence d'actions de pression diplomatique de la part du gouvernement des États-Unis, avec la complicité de personnalités d'État, comme le ministre des Affaires étrangères de l'époque, Heinz Moller, qui, par le courrier n° 654255/GM/SB du 22 novembre 2002, faisait connaître au bureau de l'avocat général de l'État que l'État équatorien, par son intermédiaire, avait négocié avec les États-Unis l'acceptation de l'arbitrage international posé par OXY pour que l'Équateur puisse être déclaré bénéficiaire de préférences douanières.

## OCCIDENTAL II

L'affaire OXY II repose sur plusieurs manquements supposés de l'État équatorien au TBI passé avec les

États-Unis. L'entreprise plaignante a fondé sa réclamation sur le contrat de participation signé le 21 mai 1999 en OXY et PETROECUADOR pour l'exploration et l'exploitation du bloc 15 situé en Amazonie équatorienne.

Dans sa plainte devant le CIRDI, l'entreprise a allégué que la loi sur les hydrocarbures promue en 2006 visait à la dépouiller d'une part importante de ses revenus. Elle a également estimé que la déclaration d'expiration ou de résiliation unilatérale du contrat de participation et des contrats d'opération par l'État, ainsi que la confiscation de la totalité des investissements en Équateur sans la moindre compensation, lui ont gravement été dommageables. Pour cette raison, le 17 mai 2006, OXY a demandé une compensation de 3,37 milliards de dollars à l'État équatorien.

L'Équateur a rétorqué que la déclaration d'expiration et de résiliation unilatérale du contrat – dont la conséquence est le retour immédiat des zones sous concession à l'État, ainsi que la remise de tout équipement, machine et autre matériel d'exploration et de production – était un acte légitime de l'État puisque l'entreprise Oxy avait vendu 40 % de ses actions à la société Encana Corporation sans l'autorisation du ministère de l'Énergie et des mines de l'époque, ce qui était prévu au contrat et à la législation équatorienne.

Face à ces arguments, les membres du tribunal ont estimé que l'Équateur avait violé la clause de traitement juste et équitable à l'encontre des plaignants, que les mesures appliquées équivalaient à l'expropriation des investissements proscrite par le TBI et que le pays avait déclaré l'expiration du contrat en violation du droit équatorien et du droit coutumier international, condamnant l'Équateur au paiement de 1,77 milliards de dollars plus les intérêts pour indemniser le plaignant.

Par suite de la décision du tribunal, l'Équateur a présenté au CIRDI en date du 9 octobre 2012 une demande d'annulation de la sentence, estimant que le tribunal avait excédé ses compétences puisque le contrat excluait expressément l'arbitrage devant le

CIRDI. L'Équateur a également argumenté que les décisions arbitrales avaient été prises sans motivation ou de façon insuffisamment motivée ou contradictoire, et que les règles fondamentales du procès équitables avaient été violées.

À titre de demande reconventionnelle, l'Équateur a proposé de tenir compte de 4 éléments : i) mauvaise foi d'OXY, ii) manquement aux conditions du contrat pour utilisation de la voie diplomatique ou consulaire pour formuler une réclamation sur l'affaire, iii) conduite destructive de l'entreprise plaignante dans le bloc 15 et iv) non-paiement de frais de cession de la part d'OXY et absence de rédaction d'un nouveau contrat de participation plus favorable à l'Équateur. Le tribunal du CIRDI s'est contenté de rejeter tous et chacun des arguments présentés par l'État équatorien en raison d'une prétendue absence de preuve allant dans ce sens.

L'audience sur la phase d'annulation s'est tenue du 7 au 10 avril 2014 à Paris, par suite de quoi le comité a formellement clôturé la procédure. La sentence du tribunal a été suspendue jusqu'à ce que soit prise la décision de nullité.

#### ***Particularités de l'affaire :***

- Le tribunal n'était pas compétent pour connaître et trancher sur les prétentions du défendeur, attendu que le contrat excluait expressément l'arbitrage pour les motifs d'expiration.
- Les réclamations d'OXY étaient prématurées et non admissibles puisqu'elles ne contestaient pas l'acte administratif d'expiration devant la justice équatorienne.
- Le tribunal a conclu que la déclaration d'expiration du contrat pour le bloc 15 constituait une mesure équivalant à l'expropriation et a invoqué le traité de libre-échange d'Amérique du Nord (ILCAN), dont l'Équateur n'est pas membre, ce qui constitue une claire marque d'abus de pouvoir.

- Par un acte contradictoire, le tribunal a déclaré que l'absence d'autorisation de l'État a rendu caduque la cession des actions, de telle sorte qu'OXY en restait le seul propriétaire ; c'est sur la base de cet argument que le tribunal a accordé à OXY la totalité de l'indemnisation.
- Le tribunal a admis qu'OXY avait violé le contrat de participation en n'obtenant pas l'autorisation de transfert de ses participations ; il a pourtant considéré, de façon tout à fait arbitraire, que la déclaration d'expiration était disproportionnée.
- Si le tribunal a reconnu la responsabilité d'OXY, il n'a réduit que de 25 % l'indemnisation en raison de sa négligence à demander l'autorisation.
- La décision prise à travers la sentence à la majorité a été énergiquement rejetée par le vote dissident de l'un des membres du tribunal d'arbitrage, Brigitte Stern, ce qui révèle les graves violations que le tribunal a commis en dépassant de façon manifeste les limites de sa propre compétence ; il a également été souligné que la sentence à la majorité était dépourvue de motivation, contradictoire et qu'elle faisait état d'un clair excès de pouvoir.
- Grâce à la fuite des câbles diplomatiques de l'ambassade des États-Unis en Équateur rendue possible par Wikileaks, on a pu déterminer l'existence de pressions contre l'État équatorien de la part de la délégation diplomatique des États-Unis pour favoriser les intérêts d'OXY, principalement lors du gouvernement de Lucio Gutiérrez, période à laquelle l'ambassadrice Kristie Kenney s'était réunie avec Ivonne Baki, alors ministre du Commerce ; Mauricio Yépez, ministre de l'Économie ; Patricio Zuquilanda, ministre

des Affaires étrangères, et Raúl Baca, ministre de l'Intérieur.<sup>24</sup>

- Le câble diplomatique révèle que l'ambassadrice a fait savoir aux fonctionnaires équatoriens que s'ils continuaient la procédure contre OXY ou toute autre entreprise étatsunienne, il y aurait de graves implications pour le renouvellement des préférences douanières pour l'Équateur et pour la négociation du traité de libre-échange avec les États-Unis. De leur côté, les représentants de l'État équatorien ont adopté une posture favorable aux intérêts d'Occidental, comme dans le cas d'Ivonne Baki, qui a tenu pour indigne la procédure menée par le bureau de l'avocat général de l'État contre la compagnie, ou celui du ministre Baca, qui a déclaré à l'ambassade des États-Unis qu'à de nombreuses reprises il avait tenté de dissuader l'avocat général de mener les actions contre OXY.<sup>25</sup>
- Un autre câble diplomatique a révélé que Yépez avait suggéré au président Gutiérrez de créer une commission de négociation avec OXY pour limiter l'influence de l'avocat général<sup>26</sup>, suggestion adoptée quelques mois plus tard par Gutiérrez<sup>27</sup> avec le soutien du ministre des Affaires étrangères Zuquilanda.

## BURLINGTON-PERENCO

La société Burlington Resources Inc. a débuté ses activités en Équateur en l'an 2000 quand, par le biais de ses filiales, Burlington Resources Oriente Limited, Burlington Resources Andean Limited et Burlington Resources Ecuador Limited, elle a acquis des actions dans les contrats de participation pour l'exploration

et l'exploitation des réserves pétrolières des blocs 7, 21, 23 et 24 de l'Amazonie équatorienne.

Pour sa part, la société Perenco Ecuador Limited a débuté ses activités en Équateur en l'an 2002, quand elle a acquis des actions dans les contrats de participation pour l'exploration et l'exploitation des réserves pétrolières des blocs 7 et 21 de l'Amazonie équatorienne ; Perenco est devenue l'actionnaire majoritaire du consortium formé avec Burlington, détenant 53,7 % des actions du bloc 21 et 57,5 % des actions du bloc 7.

Le 19 avril 2006, le Congrès équatorien a promu la loi n° 2006-42 portant modification de la loi sur les hydrocarbures, laquelle fixait la participation de l'État équatorien à 50 % des « excédents de prix de vente de pétrole non convenus et non prévus » pour les partenaires titulaires de contrats de participation en vigueur avec l'Équateur.

Face à la promulgation de cette loi, Burlington et Perenco ont décidé d'engager des poursuites en justice arbitrale séparément devant le CIRDI, alléguant que l'État équatorien avait violé les clauses contenues aux TBI passés avec les États-Unis (Burlington) et la France (Perenco). À ce sujet, ils ont invoqué que l'augmentation de la participation de l'État équatorien dans les « excédents de prix de vente de pétrole non convenus et non prévus » constituait une mesure expropriatoire des investissements réalisés par ces entreprises.

Pour sa défense, l'Équateur a argumenté que la loi n° 2006-42 n'impliquait pas de modification des termes prévus aux contrats de participation, et qu'elle ne faisait que réguler un facteur qui n'y était pas traité, expliquant par ailleurs que les actions de l'État équatorien ne constituaient pas des mesures expropriatoires, notamment parce que le consortium formé par Burlington et Perenco avait abandonné les

---

<sup>24</sup> Câble diplomatique de l'ambassade des États-Unis en Équateur Canonical ID : 04QUITO2327\_a, denominado "The Procurador Strikes Back at Occidental Petroleum".

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> Câble diplomatique de l'ambassade des États-Unis en Équateur Canonical ID : 04QUITO2380\_a, intitulé "Progress on Occidental Case".

blocs pétroliers en 2009, entraînant l'expiration des contrats signés par ces entreprises.

À la date de finalisation du présent audit, le tribunal ne s'était pas encore prononcé définitivement sur les plaintes, quoique les décisions et sentence de compétence avaient bien été rendues.

### *Particularités des affaires*

#### **BURLINGTON**

- Pour la sentence de Burlington, le tribunal a analysé l'existence éventuelle d'expropriation et, pour ce faire, a vérifié dans un premier temps si à partir des actes des différentes instances de l'État équatorien, la société Burlington avait été victime d'une véritable expropriation. En d'autres termes, le tribunal a estimé que si un seul acte ne pouvait probablement pas constituer en soi une expropriation, la succession de différents actes normatifs mis en œuvre par l'Équateur ont pu constituer dans leur ensemble une expropriation masquée contre la société.
- Le tribunal a analysé l'application de la loi 42 et a trouvé qu'elle ne constituait pas un acte expropriatoire, attendu qu'il avait été démontré qu'elle n'avait pas significativement affecté les revenus de Burlington, ce qui a considérablement affaibli l'argument d'expropriation posé par la société et, en conséquence, le tribunal a déclaré l'inexistence des violations supposées au contrat et au traité de protection des investissements.
- Par la suite, le tribunal a analysé si l'acte de déclaration de l'expiration du contrat de participation avec Burlington constituait une mesure expropriatoire mise en œuvre par l'État équatorien et a trouvé qu'après l'abandon des blocs pétroliers par Burlington, le fait que l'État équatorien ait pris possession, administré et exploité les

blocs 7 et 21 répondait à un acte logique de l'Équateur face aux agissements de la société.

- Le tribunal a néanmoins estimé que si la mesure susvisée était à la fois logique et légitime pour l'État équatorien, les clauses du TBI passé avec les États-Unis impliquaient l'obligation pour l'Équateur de compenser Burlington pour l'acquisition de ses biens du fait des mesures prises par le gouvernement lors de l'expiration du contrat avec cette entreprise.
- On déduit de ce qui précède que le jugement a estimé que ce « manquement » de la part de l'État équatorien constituait une violation des clauses du TBI avec les États-Unis et que, s'agissant d'un acte expropriatoire et illégal, l'Équateur devrait supporter les indemnités dérivées en faveur de Burlington du fait de la violation des normes du TBI.

#### **PERENCO**

- Perenco Ecuador Limited est une entreprise domiciliée aux Bahamas qui appartient à Perenco Gabon S.A. 92 % des actions de Perenco Gabon S.A. appartiennent à Perenco S.A., qui appartient à une autre entreprise appelée Perenco International Limited, dont les actions sont la propriété du citoyen français Hubert Perrodo, décédé en 2006, et dont la succession est en suspension et restée indivise. Sur la base de cette nationalité, Perenco Ecuador Limited a poursuivi l'État équatorien pour violation du TBI passé avec la France, malgré le fait que l'ensemble des entreprises susmentionnées sont domiciliées aux Bahamas.
- Comme il nous est donné à voir, Perenco a utilisé le domicile de ses filiales dans un paradis fiscal (les Bahamas) à des fins fiscales ; mais, pour se voir accorder la protection du TBI souscrit entre l'Équateur et la France, Perenco a utilisé la nationalité de son propriétaire.

- Le tribunal d'arbitrage a analysé, comme dans l'affaire Burlington, la possible perpétration d'un acte expropriatoire à l'encontre de Perenco à travers la promulgation de la loi n° 42 par l'État équatorien, et a estimé que l'action de l'Équateur n'a aucunement constitué un acte expropriatoire.
- Néanmoins, en contradiction avec l'affaire Burlington, le tribunal a estimé que le changement suscité dans le pourcentage prévu pour le prix des excédents de pétrole, passé de 50 à 99 % de participation pour l'État, constituait lui une violation des conditions du contrat de participation comme du TBI passé avec la France.
- En ce qui concerne l'expiration du contrat de participation, le tribunal de l'affaire Perenco a estimé que si le contrat contenait une disposition permettant de déclarer l'expiration, l'Équateur n'était pas tenu de le faire, de telle sorte que la déclaration d'expiration constituait un acte de violation du contrat de participation, vu que l'État équatorien devait attendre le prononcement du tribunal d'arbitrage.

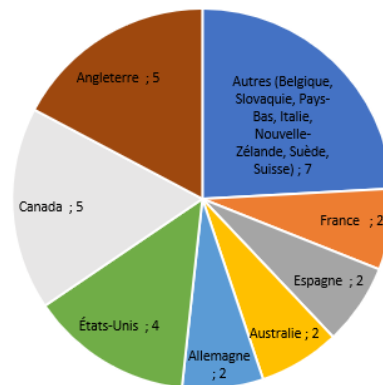
De l'avis de la commission, l'existence de contradictions si explicites dans deux procédures découlant d'un même fait, présentées dans les mêmes circonstances et avec les mêmes arguments reflète clairement les défaillances du système international de règlement des litiges en matière d'investissement, attendu qu'elle indique l'incapacité des centres d'arbitrage (en l'espèce le CIRDI) pour éviter des sentences contradictoires, l'inexistence d'un système d'analyse des affaires et de règles limitant une interprétation étendue de la part des arbitres, de même que l'absence d'une autorité pouvant réguler ces circonstances ou agir en tant qu'organe d'appel pour réparer ces disparités.

## Le rôle des arbitres dans le système d'arbitrage international en investissements et les affaires contre l'Équateur

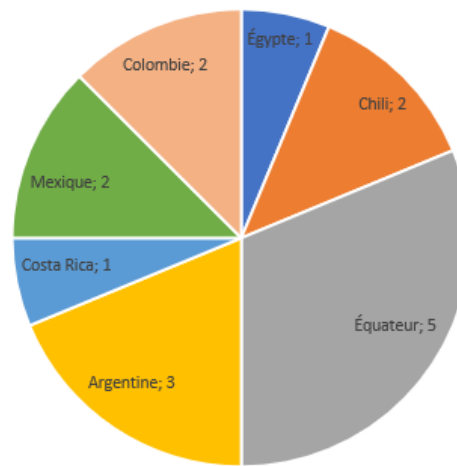
### Arbitres ayant participé aux procédures contre l'Équateur

Au total, 45 arbitres ont participé aux affaires contre l'Équateur que la commission a analysées, 64 % proviennent de « pays développés » (essentiellement le Royaume-Uni, les États-Unis, le Canada et d'autres pays d'Europe).

#### Arbitres issus de « pays développés » (64,4 %)



#### Arbitres issus d'autres pays (35,6 %)



Élaboré par CAITISA.

Par ailleurs, sur les 45 arbitres qui sont intervenus dans les affaires contre l'Équateur, seules deux sont des femmes. Ces statistiques sont conformes à la tendance mondiale où la majeure partie des collèges arbitraux sont composés par des hommes issus de l'Europe, des États-Unis et du Canada.

L'industrie de l'arbitrage international en matière d'investissement est dominée par un groupe d'arbitres aussi réduit que compact, qualifiés par les journalistes, universitaires et autres personnes proches du circuit de l'arbitrage des investissements comme « petit club secret »,<sup>28</sup> « circuit fermé »,<sup>29</sup> « groupe homogène hermétique composé de "grands vétérans" ». <sup>30</sup> Ces arbitres d'élite<sup>31</sup> concentrent la plupart des affaires connues d'arbitrage entre investisseurs et États. Par exemple, seuls 15 arbitres, presque tous issus d'Europe, des États-Unis ou du Canada, ont réglé 55 % de tous les litiges fondés sur des traités d'investissement.<sup>32</sup>

Cette tendance est également observée dans les affaires contre l'Équateur, où 58 %, soit 26 des arbitres nommés, sont considérés « d'élite », car ils font partie du select club d'arbitres influents récurrentement nommés dans les revues. Parmi eux, 13 sont considérés comme les principaux référents mondiaux de l'arbitrage d'investissement.

Les arbitres faisant partie de ce groupe tendent à promouvoir et à défendre le système de protection

des investissements, y compris quand les contradictions sont telles que le risque de discrédit est grand. Nombre d'entre eux entretiennent des liens avec le monde commercial, et sont en position de décider si les politiques nationales des États sont « licites » ou non. Par ailleurs, ils tendent à ignorer dans leurs analyses des affaires que les États doivent mettre en œuvre, dans des circonstances données, des politiques publiques servant les intérêts de leurs ressortissants ou de l'environnement, y compris si ces dernières affectent les bénéficiaires des investisseurs.

Quand des arbitres à la vision et aux intérêts entrelacés avec ceux du système représentent la majorité du collège arbitral, ils se trouvent en capacité d'interpréter la loi en leur sens, et, potentiellement, de contrôler les décisions rendues.

De l'analyse des affaires contre l'Équateur, il résulte que la présence d'arbitres considérés comme élite semble avoir influé sur le résultat :

**a. Dans la plupart des affaires où deux arbitres ou plus sont issus de l'élite, la sentence a été favorable à l'investisseur :** Sur les onze affaires où le tribunal a rendu une sentence, six ont été favorables à l'investisseur (Oxy I, Duke Energy, Oxy II, Chevron (II), Perenco et Burlington). Ce qui est frappant, c'est que dans cinq affaires sur six, deux des arbitres (ou plus) ayant pris la décision sont considérés de haute élite<sup>33</sup>. À l'inverse, dans les

<sup>28</sup> Barker, Emily (2005) Editor's Note, Focus Europe. An American Lawyer supplement 27:6, summer.

<sup>29</sup> Samuels, David (2006) Roundtable: the under 45s versus the heavyweights, Global Arbitration Review, Volume 1 - Issue 5, 1 de novembre, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/16467/roundtable-45s-versus-heavyweights>

<sup>30</sup> Kapeliuk, Daphna (2010) The Repeat Appointment Factor - Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators, Cornell Law Review 96:47, p. 77, <http://www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/Kapeliuk-final.pdf>

<sup>31</sup> Les critères utilisés pour déterminer les arbitres pouvant faire partie de cette élite sont les suivants : avoir été classé à plusieurs reprises dans le ranking des arbitres les plus reconnus, publié tous les deux ans par la revue *The American Lawyer*, ou avoir été désigné

comme arbitre préféré par la revue *Global Arbitration Review* (GAR), et avoir siégé dans un nombre élevé d'arbitrages du CIRDI. Il est également important d'occuper d'éminentes fonctions dans les centres d'arbitrage international, de dispenser des enseignements sur l'arbitrage dans les principaux centres de formation des avocats spécialisés dans les investissements et/ou être référents en termes de publications sur l'arbitrage des investissements et, enfin, appartenir à un cabinet d'avocats internationaux ou à des chambres spécialisées dans l'arbitrage d'investissements.

<sup>32</sup> Eberhardt, P y Olivet, C (2013) Cuando la Injusticia es negocio, TNI/CEO

<sup>33</sup> Oxy I (Orrego Vicuna et Brower) ; Duke Energy (Kaufmann-Köhler et van den Berg) ; Oxy II (Fortier et Stern) ; Chevron II (Böckstiegel, Brower et van den

affaires où la sentence a été favorable à l'État (M.C.I. Power Group, Encana, Emelec, Ulysseas, Murphy I), dans un seul cas deux des arbitres étaient de haute élite. Cette situation démontre que quand deux arbitres ou plus sont de haute élite, lesquels sont les plus fortement intéressés par la survie du système, et pour qui la première source de revenus sont les litiges investisseurs-État, le risque que le résultat soit favorable à l'investisseur est accru.

**b. Dans presque toutes les affaires où la sentence a été favorable à l'investisseur, le président du tribunal est un arbitre de haute élite :** Dans 5 affaires sur 6 contre l'Équateur où la sentence a été favorable à l'investisseur, le président est considéré comme un arbitre de haute élite, à savoir : Oxy (F. Orrego Vicuña), Duke Energy (G. Kaufmann-Köhler), Oxy II (Y. Fortier), Chevron II (président K.H. Böckstiegel), Burlington (président G. Kaufmann-Köhler) ; la seule exception est l'affaire Perenco (P. Tomka). À l'inverse, dans toutes les affaires où la sentence a été favorable à l'État, le président du tribunal est un arbitre connu mais pas considéré de haute élite : M.C.I. Power (R.E. Vinuesa), Encana (J. Crawford), Emelec (président B. Sepúlveda Amor), Murphy I (président R. Oreamuno Blanco) et Ulysseas (président P. Bernadini).

### **Partialité commerciale des arbitres**

La plupart des arbitres ont construit leur carrière autour de l'arbitrage commercial, où ils entretiennent des liens directs avec les centres d'arbitrage international, avec les cabinets d'avocats internationaux et reconnaissent même qu'ils « [...] ne se voient normalement pas comme les garants de l'intérêt public », <sup>34</sup> ce qui constitue un facteur

déterminant pour décider si les actions du gouvernement sont justifiées ou non, au-delà de l'atteinte aux intérêts privés. Les arbitres n'ont pas le pouvoir de décider si les politiques nationales des États souverains sont « légales » au regard du droit international, et pourtant, dans de nombreuses affaires, du fait de leur vision penchant majoritairement vers le domaine commercial et des entreprises, ils tendent à contourner les politiques publiques favorables aux citoyens ou à l'environnement.

La formation de l'arbitre est essentielle pour la prise de décision. Selon les mots de Brigitte Stern, son importance réside dans le fait que « les arbitres doivent prendre des décisions pour régler les litiges, lesquelles répondent, bien entendu, à leur point de vue politique ». <sup>35</sup> De même, des recherches confirment que l'arbitrage d'investissement est poussé par des facteurs non juridiques, telles les préférences politiques des arbitres, leurs origines sociales et personnelles. <sup>36</sup>

Ainsi, les arbitres issus du secteur sont plus réceptifs au besoin des États de réguler les politiques publiques pour satisfaire les nécessités de la population en matière de santé ou de protection de l'environnement. En revanche, les arbitres provenant du domaine commercial tendent à protéger les attentes et droits acquis des investisseurs au points de considérer qu'il n'est possible d'y toucher sous aucun prétexte.

Une analyse de la formation des 45 arbitres qui sont intervenus dans les affaires contre l'Équateur montre que 69 % d'entre eux proviennent de l'arbitrage commercial et, tout au long de leur carrière, ils se sont

---

Berg) ; Burlington (Kaufmann-Köhler; Francisco Orrego Vicuña et Stern)

<sup>34</sup> Park, W. & Alvarez, G. 2003, 'The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11', *The Yale Journal of International Law*, vol. 28, p. 394.

<sup>35</sup> Ross, Alison (2010) Brigitte in Brazil, *Global Arbitration Review*, Volume 5 - Issue 3, 5 July, <http://www.globalarbitrationreview>.

<sup>36</sup> Waibel, Michael and Wu, Yanhui (2011) Are arbitrators political?, <http://www.wipol.uni-bonn.de/lehrveranstaltungen-1/lawecon-workshop/archive/dateien/waibelwinter11-12> [cité avec autorisation].

dévoués à la médiation d'affaires commerciales ou au conseil d'entreprises.

D'autres conclusions intéressantes peuvent être tirées de cette analyse :

Dans au moins 50 % des affaires, l'État a désigné des arbitres issus du domaine commercial, alors qu'il aurait été logique que l'État cherche des arbitres au profil plus orienté vers le droit international public, ou ayant une formation moins proche du droit des investisseurs.

Dans au moins 89 % des cas, les investisseurs ont désigné, pour leur part, des arbitres provenant du secteur commercial.

Les présidents nommés dans les affaires contre l'Équateur, dont on sait qu'ils ont un poids particulier dans la sentence rendue par les collèges arbitraux, sont issus à 62,5 % du domaine de l'arbitrage commercial.

### **La structure du système d'arbitrage génère des conflits d'intérêts**

En dépit de l'apparente indépendance et impartialité du système d'arbitrage d'investissement, de graves défaillances ont éclaté au grand jour ces dernières années en ce qui concerne les règles qui régissent ce système.

Au cours des cinq dernières années, les critiques au mode de fonctionnement de l'arbitrage d'investissement international, et tout particulièrement du CIRDI, se sont accrues. La synthèse qui suit présente certains de ces problèmes débattus publiquement dans différentes instances et institutions, et qui, de notre avis, se reproduisent dans le cas des arbitrages contre l'Équateur :

***Le système d'arbitrage investisseurs-États tire ses pratiques de l'arbitrage commercial privé :*** Les pratiques de l'arbitrage commercial entre personnes privées sont inappropriées dans les affaires

de litiges contre des États, quand ce qui est en jeu sont des décisions sur des politiques publiques.

***Les affaires sont soumises à des arbitres à la désignation ad-hoc, sans garantie institutionnelle d'impartialité et d'indépendance :*** De fortes critiques ont retenti

contre le fait que les personnes évaluant la validité des actes des États, surtout quand il s'agit de questions de politiques publiques, soient trois individus désignés ad-hoc. Dans le cas des arbitres d'investissement, il n'existe pas de garantie institutionnelle d'impartialité et d'indépendance comme la sécurité d'emploi, l'interdiction d'exercer une autre fonction rémunérée, l'interdiction d'exercer la profession d'avocat, entre autres.<sup>37</sup>

***De graves conflits d'intérêts des arbitres ont été identifiés :*** L'une des principales critiques réside dans le fait que les arbitres exercent fréquemment et parallèlement le rôle de représentant des parties. Il a également été identifié que les arbitres reçoivent des incitations monétaires pour : a) favoriser les investisseurs, car seuls eux peuvent engager des poursuites, b) se déclarer compétents et prolonger autant que possible leur participation dans l'affaire, attendu que plus l'affaire dure, plus grande est leur rémunération, et c) défendre le système d'arbitrage d'investissement tel qu'il existe aujourd'hui.

***Les arbitres procèdent à une interprétation expansive des normes, favorisant ainsi les investisseurs :*** Les sentences rendues par les arbitres internationaux contre les États comprennent, dans de nombreux cas, des interprétations excessivement expansives des formulations des traités d'investissement. Ces interprétations ont donné la priorité à la protection de la propriété et des intérêts économiques des entreprises transnationales, au préjudice du droit de régulation de chaque État et de libre détermination des peuples.

---

<sup>37</sup> Van Harten, Gus (2010) *Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law*, en Schill (ed), *International Investment Law and*

*Comparative Public Law* (Oxford University Press, 2010).

***Le système de disqualification des arbitres est particulièrement problématique au CIRDI: Karel Daele, avocat spécialisé dans l'arbitrage d'investissement, a publié une étude où il fait part de la difficulté de disqualifier les arbitres, même en cas de conflit d'intérêts évident. Le résultat de sa recherche montre que jusqu'en 2011, une seule demande de récusation (sur 32) avait été acceptée par le CIRDI. Cela s'explique par la grande limitation des raisons admises pour la récusation et par le fait que les personnes qui décident de la récusation ne sont autres que les co-arbitres non contestés. Il en résulte que ce sont les arbitres — généralement membres du même groupe d'élite — qui décident si l'un de leurs collègues est impartial ou non.***

***Parmi les autres problèmes, on trouve l'absence de recours judiciaire contre les sentences :*** Les règles du système actuel d'arbitrage international du CIRDI stipulent que les sentences sont définitives, contraignantes et dépourvues de tout mécanisme d'appel. De vives critiques se sont également fait entendre en ce qui concerne l'absence de transparence.

Conflits d'intérêts des arbitres jugeant les affaires contre l'Équateur

Les arbitres évaluant la validité des actes de l'État équatorien ont été désignés de façon *ad hoc*, sans la moindre garantie institutionnelle préalable d'impartialité et d'indépendance. La plupart de ces personnes ont continué à exercer d'autres fonctions, comme celles de conseiller des parties à un arbitrage, conseillers d'entreprises, membres du conseil d'administration d'entreprises ou témoins experts.

Sur les 45 arbitres ayant participé aux affaires contre l'Équateur, 73 % continuaient d'exercer la profession d'avocat dans des cabinets et combinaient la pratique de la profession au sein des firmes d'avocat avec leur rôle d'arbitre. 71 % conseillaient des entreprises ou faisaient partie du conseil d'administration d'une entreprise. Dans la pratique, ce *modus operandi* tend à déboucher sur une série de possibles conflits d'intérêts.

Dans les 26 affaires contre l'Équateur, il y a eu des conflits d'intérêts ayant mené à des demandes de récusation concernant 8 arbitres. Dans 5 cas, il s'agit d'arbitres désignés par l'investisseur. Les conflits d'intérêts identifiés dans ces affaires étaient liés à des déclarations publiques laissant transparaître un biais contre le gouvernement équatorien ou ses représentants légaux, un lien étroit entre l'arbitre et le cabinet représentant l'investisseur ou encore une intervention dans d'autres affaires aux circonstances similaires.

Dans deux des affaires contre l'Équateur (Burlington et Perenco), la récusation a été acceptée et a donné lieu au retrait de l'arbitre mis en cause du tribunal d'arbitrage.<sup>38</sup> Dans une des affaires (Merck Sharpe) la récusation a échoué et la présence de l'arbitre mis en cause confirmée. Enfin, dans une affaire (Murphy), la demande de récusation formulée par l'Équateur n'a pas été traitée, attendu que l'arbitre mis en cause, l'Argentin Guido Tawil, a fait valoir son droit de retrait pour « raisons personnelles ». La même situation s'est présentée pour l'arbitre Brigitte Stern par suite de la demande de récusation de Merck.

---

<sup>38</sup> Dans l'affaire Burlington, Rodrigo Orrego Vicuña a été récusé, et dans l'affaire Perenco, Charles N Brower.

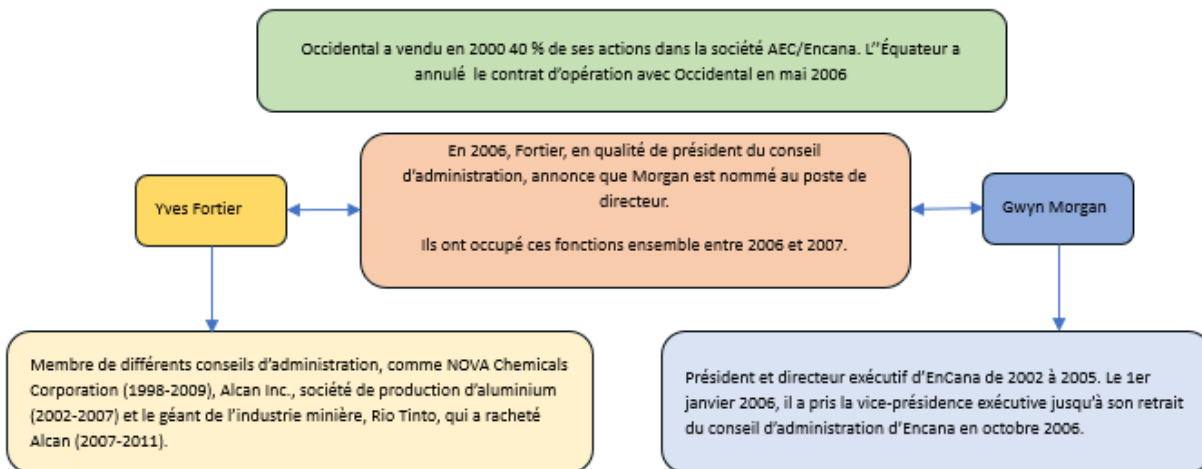
| Arbitre  | Affaire                  | Litige   | Décision                     |
|--|--------------------------|--|------------------------------|
| Charles N. Brower (arbitre désigné par l'investisseur)       | Perenco v. Équateur      | L'arbitre a critiqué publiquement l'État pour ses politiques gouvernementales. Brower a accordé un entretien à la revue The Metropolitan Corporate Counsel intitulée « A World-Class Arbitrator Speaks! » où il critique les mesures des gouvernements qui quittent le système de protection des investissements, et qualifie l'Équateur de pays « récalcitrant ». Brower a été récusé dans l'affaire Perenco le 8 décembre 2009. Pendant ce temps, l'affaire Chevron/Texaco II suivait son cours, avec Brower nommé en tant qu'arbitre par l'investisseur. En 2011, le tribunal de l'affaire Chevron/Texaco a rendu une sentence contraire à l'État, le condamnant à payer 96 000 000 dollars.  | La récusation a été acceptée |
| Francisco Orrego Vicuña (arbitre désigné par l'investisseur) | Burlington v. Équateur   | L'arbitre a été désigné à de nombreuses reprises par le même cabinet d'avocats, il y a donc lieu de présumer qu'il entretient des liens avec l'un des parties du litige. Orrego Vicuña a été désigné arbitre à de nombreuses reprises par Freshfields. Il lui a été reproché de ne pas avoir divulgué ces désignations dans l'affaire, de même que sa conduite dans la procédure, entre autres : désaccord avec le tribunal sur la compétence en 2010, décision sur la responsabilité en 2012, conduite lors de la vidéoconférence du 11 juillet 2013 avant l'audience. Néanmoins, ce ne sont pas les faits initialement allégués qui ont mené à sa récusation, mais sa réponse à la demande de récusation, où il a remis en question l'éthique du représentant légal de l'Équateur. | La récusation a été acceptée |
| Guido Tawil (arbitre désigné par l'investisseur)             | Murphy v. Équateur (III) | L'arbitre a coopéré dans nombre d'affaires avec l'un des cabinets d'avocats représentant les parties au litige.<br><br>La demande de récusation s'est fondée sur les liens étroits entre Tawil et King and Spalding (le représentant de Murphy dans l'affaire) : Tawil a participé en tant que coreprésentant des parties avec King and Spalding dans trois autres affaires : Azurix Corp. v. Argentine (ICSID Case No. ARB/01/12), Enron v. Argentine (ICSID Case No. ARB/01/3) et Azurix Corp. v. Argentine (ICSID Case No. ARB/03/3). Nommé par le cabinet en tant qu'arbitre.  | Il s'est retiré              |
| Stephen M Schwebel (arbitre désigné par l'investisseur)      | Merck v. Équateur        | L'arbitre a été désigné à de nombreuses reprises par la même partie au litige ou par le même cabinet.<br><br>Désignations préalables en tant qu'arbitre et témoin d'expertise par l'avocat de la défense de l'entreprise, aggravées par le fait que l'arbitre ne les a pas déclarées.  | Récusation refusée           |
| Brigitte Stern (arbitre désigné par l'État)                  | Murphy v. Équateur (III) | Elle était déjà intervenue dans d'autres affaires contre l'État dans le cadre des mesures qui ont conduit à la poursuite.<br><br>La demande de récusation se fondait sur le fait que B. Stern avait déjà préjugé des questions fondamentales constituant l'objet même du litige (pour sa participation dans l'affaire Burlington v. Équateur) et affichait un historique de désignations par les États poursuivis.   | Elle s'est retirée           |
| V.V. Veeder Horacio A. Grigera Naón Vaughan Lowe             | Chevron III              | Le bureau de l'avocat général a argumenté que le tribunal n'avait pas satisfait à ses obligations ni dédié le temps nécessaire pour prendre des décisions importantes dans la procédure, entre autres la visite sur site demandée par le pays plus de 3 ans auparavant. Pour l'Équateur, il y a eu un schéma comportemental dans ses agissements qui a favorisé Chevron.<br><br>Le tribunal a décidé de ne pas sanctionner Chevron-Texaco pour ses manquements procéduraux, comme la présentation de preuves sans autorisation et au dernier moment, ainsi que la violation de l'ordre de ne pas exacerber le litige.  | Récusation refusée           |

Élaboré par CAITISA.

Il est toutefois possible d'identifier plusieurs cas de conflits d'intérêts possibles qui n'ont pas débouché sur des demandes de récusation. Tel semble avoir été le cas du président du tribunal de l'affaire Oxy contre Équateur (II), Yves Fortier, où l'on déduit un possible conflit d'intérêts de son rôle dans des entreprises multinationales ; malgré cela, il n'y a pas eu de demande de récusation de la part de l'État équatorien.

Le Canadien Yves Fortier, qui était président du tribunal d'arbitrage de l'affaire Oxy contre Équateur (II), a également été membre des conseils d'administration de NOVA Chemicals Corporation (1998-2009), Alcan Inc., société de production d'aluminium (2002-2007) et le géant de l'industrie minière, Rio Tinto (2007-2011), entre autres. Tout comme Kaufman-Kohler, il fait valoir son appartenance au monde des entreprises avec l'affirmation suivante : « Faire partie du conseil d'administration d'une entreprise cotée en bourse – j'ai siégé à plusieurs de ces conseils – m'a aidé dans ma pratique d'arbitre international. Cela m'a donné à chaque fois une vision du monde des affaires que je n'aurais jamais pu avoir en tant qu'avocat ». <sup>39</sup>

<sup>39</sup> Ross, Alison (2010) An Interview with Yves Fortier, Global Arbitration Review, 19 février,



Élaboré par CAITISA.

Et pourtant, maintenir ces différentes casquettes lui a valu de nombreux conflits d'intérêts.

Gwyn Morgan était président et directeur général d'Encana entre 2002 et 2005, puis président exécutif jusqu'en 2006. Encana est la société qui a racheté 40 % des actions d'Oxy en violation de la législation équatorienne. Fortier et Morgan ont travaillé ensemble à ALCAN entre 2006 et 2007. En 2006, Fortier, en qualité de président du conseil d'administration, annonce que Morgan est nommé au poste de directeur.

Un autre exemple méritant d'être mentionné est celui de l'arbitre Horacio Grigera Naon. Il s'agit de l'arbitre le plus désigné dans les affaires contre l'Équateur. Il a participé aux affaires Encana, Murphy I et Chevron III (en plus de City Oriente et Repsol YPF), à chaque fois désigné par l'investisseur. Le litige se présente à chaque fois par ses liens apparents avec le cabinet d'avocats King & Spalding. Ce cabinet représentait l'investisseur dans trois des quatre affaires où Grigera a été désigné arbitre (City Oriente, Murphy I et Chevron III). Grigera a également été désigné arbitre

par King & Spalding dans l'affaire S&T Oil Equipment Oil Equipment & Machinery Ltd. contre Roumanie. Ces désignations répétées peuvent constituer un motif de récusation en vertu des directives de l'Association internationale des avocats<sup>40</sup>.

Le lien entre Grigera Naon et le cabinet King & Spalding a été dénoncé par le collectif Front de défense de l'Amazonie dans une lettre au procureur général adressée en février 2012, où il est signalé que l'arbitre penchait en faveur des clients de King & Spalding<sup>41</sup>. Toutefois, ces liens aussi graves qu'évidents n'ont pas été pris en compte par le bureau de l'avocat général de l'État dans sa demande de récusation du 24 octobre 2014 de tous les membres du tribunal de l'affaire Chevron III pour manque d'impartialité.

Il est également important d'évaluer si la demande de récusation d'un arbitre dans une affaire peut avoir des répercussions sur une autre affaire contre la partie ayant demandé la récusation d'un arbitre. L'Équateur a par exemple demandé la récusation de Charles

<sup>40</sup> Règle 3.3.7 : « À plus de trois occasions au cours des trois dernières années, l'arbitre a été désigné arbitre par le même avocat ou le même cabinet d'avocats » (page 25)

<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=59C60328-61F3-4F0A-9A92-78F4F67C1C50>

<sup>41</sup> <http://chevrontoxico.com/news-and-multimedia/2012/0223-chevrons-arbitrator-suffers-from-acute-ethical-problems>

Brower dans l'affaire Perenco, que le secrétaire général de la cour permanente d'arbitrage a accepté le 8 décembre 2009. Pendant ce temps, l'affaire Chevron/Texaco II suivait son cours, où Brower était également l'arbitre désigné par l'investisseur. En 2011, le tribunal de l'affaire Chevron/Texaco a rendu une sentence contraire à l'État, le condamnant à payer 96 000 000 dollars. Il aurait sans doute été judicieux que l'État remette également en question l'impartialité de l'arbitre Brower dans l'affaire Chevron II.

Enfin, il convient de signaler que les seuils et règles de récusation des arbitres dans le système actuel sont extrêmement élevés et rigides, raison pour laquelle nombre des considérations soumises sont particulièrement difficiles à accrédi- ter et seront peut-être probablement acceptées.

### **Arbitres promouvant un régime ample de protection des investissements**

Parmi les arbitres ayant fait partie des collèges arbitraux dans les affaires contre l'Équateur figurent de nombreux exemples de membres ayant pris position en faveur d'un régime ample de protection des investissements. À partir de leur position de figures publiques, ils font la promotion de la signature des traités de protection des investissements ou s'affichent contre des réformes restreignant le contenu des clauses qui y sont incorporées. Ces prises

de position ont été fondamentales pour promouvoir le système d'arbitrage investisseurs-États et pour exercer des pressions en faveur du maintien du *statu quo*. Nous pourrions argumenter que de la même façon que les corporations se sont emparées du système financier, les avocats en investissements se sont emparés du système d'arbitrage en investissements. Ces types de conflits d'intérêts sont liés au système lui-même. Cet évident biais en faveur des investisseurs n'est malheureusement pas actuellement accepté comme motif de récusation. Cela soulève malgré tout des problèmes à caractère éthique qui devraient être pris en compte, vu les incitations financières pour que les avocats en investissements perpétuent le régime.

Les recherches universitaires, de même que les enquêtes des entreprises internationales, suggèrent que les traités d'investissements ne constituent pas un facteur décisif pour que les investisseurs optent pour un investissement à l'étranger<sup>42</sup>. Malgré les nombreuses preuves, certains arbitres estiment publiquement que la signature de traités est une condition nécessaire pour attirer les investissements étrangers. C'est notamment le cas de Francisco Orrego Vicuña, arbitre désigné par l'investisseur de l'affaire Burlington et président du tribunal de l'affaire Occidental (Oxy) I. Il a déclaré, dans un entretien de 2010, que « si les pays ne signent pas de TBI, ils n'auront rien à offrir et perdront les investissements, comme on l'a vu à de nombreuses

---

<sup>42</sup> Ver Mary Hallward-Driemeier (2003) Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit ... and They Could Bite, World Bank Policy Research, Working Paper, p. 22. <http://elibrary.worldbank.org/content/workingpaper/10.1596/1813-9450-3121>; Skovgaard Poulsen, Lauge N., The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence (October 1, 2010). YEARBOOK ON INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND POLICY 2009/2010, K. Sauvant, ed., Oxford University Press, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1685876>; European Commission, Survey of the Attitudes of the European Business Community to International Investment Rules, TN Sofres Consulting on behalf of European Commission DG Trade, 2000,

<http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/111125.htm> and <http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/111127.htm>; J Yackee, "Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment?" 51 Virginia J Int'l Law (2010) <http://ssrn.com/abstract=1594887>; Raman, Meena. 'BITs "Not Decisive in Attracting Investment", Says South Africa'. TWN Info Service on WTO and Trade Issues, 8 October 2012, <http://www.twinside.org.sg/title2/wto.info/2012/twninfo121001.htm>; Ensor, Linda. 'Davies Moves to Defend New Investment Protection Regime'. Business Day Live, 4 November 2013. <http://www.bdlive.co.za/business/2013/11/04/davies-moves-to-defend-new-investment-protection-regime>.

reprises »<sup>43</sup>. Bernardo Cremades, arbitre proposé par l'État pour l'affaire Noble Energy Inc. et Machala Power, également désigné par l'investisseur dans l'affaire Copper Mesa a fait savoir, au sujet du renouvellement du TBI Espagne-Mexique, que le traité était important pour augmenter les investissements directs entre les deux pays, il a précisé, dans ce même contexte, que « le Mexique et l'Espagne ont signé un nouveau traité bilatéral d'investissement comportant un nouveau chapitre sur le règlement de litiges. Ce dernier affine les principes fondamentaux de la protection des investisseurs et du mécanisme de règlement des différends [...]. Ce traité est important pour augmenter les investissements étrangers directs entre les deux pays »<sup>44</sup>.

Si l'impartialité et l'indépendance est de plus en plus décriée<sup>45</sup>, plusieurs arbitres posent que l'arbitrage d'investissement est la seule option permettant la neutralité dans le règlement de litiges entre investisseurs et États et qu'au contraire, les tribunaux nationaux ne sont pas, eux, neutres. C'est la ligne d'argumentation qu'a tenue, par exemple, Horacio Grigera Naon (arbitre désigné par l'investisseur dans les affaires Encana, City Oriente, Murphy, Repsol YPF et Chevron III). Grigera Naon assure que les centres d'arbitrage international peuvent protéger principalement la loi substantive locale. Il complète que « la neutralité des arbitres est assurée par

l'indépendance des tribunaux, la neutralité culturelle et le dépaysement des centres d'arbitrage », c'est-à-dire que, de son avis, ils ne font pas l'objet d'influence ou d'ingérences dans leurs décisions<sup>46</sup>. Charles Brower (arbitre des affaires Occidental I, Perenco et Chevron/Texaco II) a lui aussi présenté une défense en ce sens : « Le problème avec la majorité des tribunaux nationaux, c'est qu'ils ne sont pas – ou tout du moins ne sont pas ainsi perçus – suffisamment neutres pour régler les litiges entre investisseurs étrangers et pays d'accueil. Dans de nombreux pays en développement et en transition, il n'existe pas de tribunaux indépendants pouvant donner une décision sur les affaires conformément aux normes préétablies de la loi de façon rapide ».<sup>47</sup>

Plusieurs arbitres ont publiquement défendu la nécessité de maintenir les règles d'investissement écrites de façon vague/ouverte à interprétation en tant que contrepoids à la position des gouvernements qui visent à modifier leurs traités pour protéger leur capacité de régulation et de mise en place de politiques publiques. Stephen M. Schwebel (arbitre désigné par l'investisseur dans l'affaire Merck Sharpe & Dohme) a par exemple condamné sévèrement les changements dans le modèle de TBI des États-Unis<sup>48</sup>. Schwebel a siégé au comité de conseil du gouvernement et, accompagné de groupes de lobby d'entreprises, a prêché pour la reprise d'une protection plus forte pour les investissements<sup>49</sup>.

---

<sup>43</sup> Ross, Alison (2010) From ICCA to the icecaps: an interview with Francisco Orrego Vicuña, *Global Arbitration Review*, Volume 5 - Issue 4, 1 September, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/28666/from-icca-icecaps-interview-franciscoorregovicuna/>

<sup>44</sup> Mexico and Spain sign new BIT-News - Arbitration News, Features and Reviews - *Global Arbitration Review*, 24 de noviembre de 2006, p. 1.

<sup>45</sup> Van Harten, Gus (2012) *Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration*, *Osgoode Hall Law Journal*, Forthcoming, <http://ssrn.com/abstract=2149207>; Cecilia Olivet and Pia Eberhardt (2012) *Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an*

*investment arbitration boom*, *Corporate Europe Observatory and Transnational Institute*, <http://www.tni.org/briefing/profitting-injustice>.

<sup>46</sup> Horacio Grigera Naon (2000) "The Settlement of Investment Disputes between States and Private Parties", *The Journal of World Investment*, p. 60.

<sup>47</sup> Brower, C. & Schill, S. 2009, 'Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?', *Chicago Journal of International Law*, p. 479.

<sup>48</sup> Schwebel, Stephen M. (2009) *A critical assessment of the US model BIT*, Keynote Address at Twelfth ITF Public Conference, Londres, 15 de mayo, [http://www.biicl.org/files/4253\\_schwebelbiicl15may2009speech\\_cor2.pdf](http://www.biicl.org/files/4253_schwebelbiicl15may2009speech_cor2.pdf)

<sup>49</sup> U.S. Department of State (2009) *Report of the Subcommittee on Investment of the Advisory*

L'arbitre chilien Francisco Orrego Vicuña (qui a participé dans les affaires Burlington et a été président du collège d'Occidental I) a remis en question l'initiative de l'Union des nations sud-américaines (UNASUR) de créer un centre de règlement des litiges régional : « Le résultat serait une sorte de juridiction d'arbitrage contre les investissements, offrant une alternative au CIRDI et à d'autres instances perçues comme trop favorables aux investisseurs. Je ne crois pas que ce soit une bonne idée, puisqu'une telle institution serait considérée presque assurément trop favorable à l'État, et ce ne serait pas satisfaisant pour les investisseurs ». <sup>50</sup> Ce commentaire semble contenir un double standard. Tout en défendant un système connu pour être favorable aux investisseurs, il s'affiche contre un système pouvant être perçu comme favorable à l'État, selon lui inacceptable.

Charles Brower a défendu les règles du traitement juste et équitable et d'expropriation indirecte car, selon lui, elles ne limitent pas la capacité de l'État à réguler l'intérêt public : « Le concept d'expropriation indirect, donc, laisse une grande marge de manœuvre aux pays d'accueil pour réguler les investissements étrangers, sous réserve que cette régulation ait une finalité légitime, ne soit pas discriminatoire et maintienne un équilibre raisonnable ou proportionnel entre la protection de l'investissement des investisseurs et l'intérêt public ». Et d'ajouter : « on peut dire la même chose du concept de traitement juste et équitable. Même si cette norme semble particulièrement vague et amplement utilisée par les tribunaux pour condamner les actions judiciaires, administratives et législatives de l'État d'accueil, son application n'est pas si imprévisible ni capricieuse que certains critiques le prétendent ». <sup>51</sup>

---

Committee on International Economic Policy Regarding the Model Bilateral Investment Treaty: Annexes, <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/2009/131118.htm>  
<sup>50</sup> Ross, Alison (2010). From ICCA to the icecaps: an interview with Francisco Orrego Vicuña, *Global Arbitration Review*, Volume 5 – Issue 4, 1 de septiembere, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/articl>

Brower a même remis en question la demande du Canada de faire procéder à une déclaration interprétative de la clause d'expropriation indirecte comprise au NAFTA. Il défend ainsi qu'il appartienne aux arbitres d'interpréter discrétionnairement cette norme. <sup>52</sup>

### **À propos de la récusation des arbitres et des critères pour leur sélection**

Alors que la demande de récusation de l'Équateur a été acceptée à deux reprises (Charles N. Brower dans l'affaire Perenco et Francisco Orrego Vicuña dans l'affaire Burlington), on constate que le seuil de disqualification des arbitres reste très élevé, y compris en cas avéré de conflits d'intérêts. La raison principale réside dans le fait que les causes acceptées pour considérer que le niveau d'indépendance et d'impartialité d'un arbitre est insuffisant sont trop limitées, notamment au regard de l'article 14 de la convention CIRDI. La difficulté grandit encore quand les personnes qui décident de la récusation sont les co-arbitres non mis en cause. Tant que des critères plus stricts d'indépendance et d'impartialité pour les arbitres n'existeront pas et tant qu'il n'y aura pas d'instance institutionnelle impartiale chargée de la prise de décision, il sera très compliqué pour les États de récuser des arbitres affichant d'évidents conflits d'intérêts.

Malgré l'évidente partialité à la faveur des investisseurs de la part des personnes exerçant régulièrement en tant qu'arbitres, il y a un manque de critères et de principes sur lesquels fonder des stratégies de sélection et de récusation des arbitres. Ces critères aideraient l'Équateur à définir les arbitres devant être exclus des désignations dans les collèges arbitraux, ceux devant être récusés parmi les

[e/28666/from-icca-icecaps-interview-francisco-orregovicuna/](http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/28666/from-icca-icecaps-interview-francisco-orregovicuna/)

<sup>51</sup> Brower, C. & Schill, S. 2009, 'Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?', *Chicago Journal of International Law*, p. 487.

<sup>52</sup> Brower, C, 'Who Then Should Judge?: Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11, 2 *Chi. J. Int'l L.* 193, 2001, p. 200.

propositions des investisseurs, de même que les présidents de tribunaux proposés par les centres d'arbitrage. Les critères proposés répondent à trois catégories : conflits d'intérêts, conflits de remise en question et conflits systémiques.

a. Les conflits d'intérêts désignent le manque d'impartialité de l'arbitre pour ses liens avec les parties du litige et/ou pour avoir des intérêts économiques dans le résultat du litige. Voici quelques exemples de ce type de conflits d'intérêts : quand l'arbitre est ou a été le représentant légal ou conseiller de l'une des parties ; quand l'arbitre a un lien de parenté avec l'une des parties ; quand l'arbitre est actionnaire de l'une des parties ; quand il existe un lien d'amitié étroit entre l'arbitre et l'avocat de l'une des parties ; quand le cabinet auquel appartient l'arbitre a ou a eu des liens substantiels avec l'une des parties du litige ; quand l'arbitre a été désigné à plusieurs reprises par la même partie du litige ou le même cabinet, entre autres.

b. Le conflit de remise en question désigne les affaires où l'impartialité est remise en question par suite d'une prise de position face à un problème juridique à plusieurs reprises et avant une ou plusieurs questions soumises à débat dans une nouvelle affaire. Voici des exemples de ce type de conflit où l'arbitre a exprimé publiquement des opinions contraires à l'une des parties : quand l'arbitre a exprimé des opinions contraires aux arguments présentés par l'une des parties ou quand l'un des arbitres a agi dans d'autres litiges liés aux mêmes faits sur la base des mêmes arguments. Le but est d'éviter ce qui est qualifié dans d'autres systèmes juridiques de « préjugement ».

Une liste possible de critères pour déterminer si les arbitres doivent être exclus en raison de **conflits d'intérêts** et/ou **conflits de remise en question** est dressée dans le guide (à caractère volontaire) sur les conflits d'intérêts en arbitrage international<sup>53</sup> préparé par le Collège International des Avocats (IBA). Si la majorité de ces critères n'ont pas été acceptés par les collèges arbitraux comme justification pour la récusation des arbitres, il y a lieu de tenir cette liste de critère pour guide pour déterminer les arbitres que l'État équatorien devrait récuser dans la procédure de sélection (voir annexe 4 du rapport).

c. Enfin, le conflit systémique désigne la remise en question de l'impartialité non pas pour sa participation à une affaire particulière, mais pour d'autres prises de position ou rôles pouvant laisser transparaître un biais favorable à l'investisseur et/ou une défense ou promotion du système d'arbitrage d'investissements traditionnel. Parmi ces critères se trouvent :

- Quand l'arbitre argumente que la signature de traités de protection est une condition nécessaire pour que les États puissent attirer les investissements étrangers.
- Quand l'arbitre prétend que l'arbitrage d'investissements est la seule option offrant la neutralité dans le règlement de litiges et/ou nie l'existence de défaillance dans ses règles.
- Quand l'arbitre défend publiquement / exerce des pressions ou lobby pour que les pays maintiennent les règles de protection des investissements de

---

<sup>53</sup> IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2004) and on Party Representation in International Arbitration (2013), ht-

[tp://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx#conflictsofinterest](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#conflictsofinterest)

- manière vagues/ouvertes à interprétation.
- Quand l'arbitre critique les mesures prises par les gouvernements pour sortir du système de protection des investissements ou restreindre son application (par exemple des critiques à la dénonciation de TBI, dénonciation de la Convention de Washington, résiliation de traités intra-EU, etc.).
  - Quand l'arbitre procède systématiquement à une interprétation expansive (favorable à l'investisseur) des normes.
  - Quand l'arbitre abuse de son pouvoir par des technicismes/interprétations de mauvaise foi et/ou manifestement arbitraires (comme dans le cas de Metalclad, où les arbitres se sont prononcés sur les compétences des organes internes et ont interprété la constitution).
  - Quand l'arbitre fixe, par son interprétation, de nouvelles obligations que les États n'avaient pas prévues.
  - Quand l'arbitre siège au conseil d'administration d'entreprises.
  - Quand l'arbitre exerce des pressions au nom d'entreprises pour obtenir des améliorations de lois de protection des investissements ou quand il conseille des entreprises sur la façon de tirer meilleur parti des traités de protection des investissements (par exemple avec la restructuration des investissements pour procéder à du « *treaty-shopping* »).
  - Quand l'arbitre se montre réitérément en désaccord quand les sentences sont favorables à l'État.

- Quand l'arbitre exerce d'autres fonctions rémunérées dans le même domaine que l'arbitrage d'investissements (notamment en tant que représentants d'investisseurs ou en faisant du lobby pour des entreprises).
- Quand l'arbitre a principalement été formé ou exerce essentiellement dans le domaine du droit commercial.
- Quand l'arbitre est régulièrement désigné par les investisseurs.

Une fois définie la liste de critères sur les conflits d'intérêts, conflits de remise en question et conflits systémiques, il est possible de les comparer avec les caractéristiques de chacun des arbitres que l'État ou l'investisseur entend désigner ou du président du tribunal. Cette liste de critères pourrait éventuellement permettre de fixer une liste de noms d'arbitres biaisés en faveur de l'investisseur que l'État devrait tenter de récuser ou éviter de sélectionner.

En plus des critères négatifs sur les arbitres, il est possible d'identifier certains « critères positifs » qui devraient caractériser les arbitres désignés par l'État :

- Qu'ils disposent d'une expérience et une connaissance profonde du droit international public.
- Qu'ils défendent que les arbitres ne puissent pas exercer en tant que représentant des parties.
- Qu'ils aient un historique d'interprétation des normes de protection des investissements qui soit restrictive et ajustée à l'intention des États lors de la signature du traité.
- Qu'ils prennent en compte les droits sociaux, économiques et humains, de même que l'intérêt public dans l'analyse des politiques de gouvernement ayant conduit à l'affaire.

- Qu'ils prennent en compte les agissements des entreprises sur le territoire de l'État poursuivi (par exemple si elles ont commis des violations sociales ou environnementales, si elles ont commis des actes de corruption, etc.).

### **À propos de l'impunité civile et pénale des arbitres**

Tout au long de l'histoire, les membres des tribunaux d'arbitrage international ont joui d'un statut d'immunité spécial qui les prémunit, dans l'exercice de leurs fonctions, de toute réclamation future des parties en présence à l'arbitrage. Cette impunité dont joui un groupe sélect d'arbitre leur a permis d'adopter n'importe quelle décision tout en étant exempté de la responsabilité juridique découlant des conséquences de leurs actes. C'est une chose inacceptable si l'on sait que les arbitres peuvent compromettre les politiques et l'économie d'un État avec des condamnations à des milliards sur les deniers publics.

### **Cabinets d'avocats ayant participé aux procédures contre l'Équateur. Nationalités, spécialisations, représentations.**

#### **Cabinets équatoriens**

#### **Cabinets d'avocats ayant participé aux procédures contre l'Équateur**

30 cabinets d'avocats au total ont agi dans 26 affaires investisseurs/État sur la base de TBI contre l'Équateur. Sur ces cabinets, 21 ont été engagés par les investisseurs et 9 par l'État pour exercer leur représentation.

Sur les 30 cabinets ayant participé aux affaires, 23 (77 %) étaient internationaux et 7 équatoriens. Sur ces cabinets internationaux, la majeure partie (15) est

basée aux États-Unis, et le reste au Canada (4), Grande-Bretagne (2), Suisse (1) et Bolivie (1). La plupart des cabinets peuvent être considérés comme internationaux et spécialisés dans l'arbitrage international ; ils dominent le marché de l'arbitrage international d'investissements.

Les données de l'OCDE montrent que ces firmes facturent parfois jusqu'à 1 000 dollars par heure de travail par avocat,<sup>54</sup> et c'est à chaque fois une équipe qui mène chaque affaire. Les factures transmises par les cabinets pour la représentation atteignent généralement 3 à 5 millions de dollars.

Les partenaires de ces cabinets étrangers sont en Équateur des firmes de longue date qui ont créé des unités de travail spécialisées dans l'arbitrage international. Il s'agit de grands cabinets qui dominent le marché juridique en Équateur, comme Pérez Bustamante & Ponce et Bustamante & Bustamante, qui se dévouent au conseil d'entreprises du secteur énergétique contre les mesures gouvernementales équatoriennes qui portent atteinte à leurs intérêts. Par ailleurs, plusieurs de ces cabinets comptent parmi leurs associés des arbitres internationalement reconnus, comme Javier Robalino et Bruce Horowitz (de Paz Horowitz Robalino Garcés), Alejandro Ponce Martínez (de Quevedo y Ponce) et César Coronel Jones (de Coronel y Pérez Abogados).

#### ***Cabinets représentant l'État***

Le gouvernement équatorien, comme la plupart des pays du Sud, engage les services d'avocats externes pour mener sa défense dans les affaires qui l'opposent aux investisseurs.

Jusqu'en 2007, le bureau de l'avocat général de l'État (PGE) déléguait totalement les affaires à des cabinets internationaux sans le moindre concours, sur simple invitation. Tel fut le cas, par exemple, lors de la sélection du cabinet Winston & Strawn pour l'affaire

<sup>54</sup> OCDE (2012). Scoping paper for Investor-State Dispute Settlement. Public Consultation: 16 mai-23 juillet 2012 : 19.

Chevron I en 2004. La firme a de nouveau défendu l'État dans les affaires Chevron II, Chevron III et Murphy I.

| Cabinets d'avocats représentant l'investisseur     |   | Affaires  | Cabinets d'avocats représentant l'État |   | Affaires  |
|--|---|---|--|---|---|
| King & Spalding (États-Unis) *                     | 6 | Noble Energy-Machala Chevron (II) et Chevron (III) ; Murphy (I), Murphy (II) ; Murphy (III) | Foley & Hoag (États-Unis) *            | 6 | Oxy (II) ; Murphy (I) ; Murphy (III) ; Zamora Gold ; Merck Sharpe & Dohme ; RSM                   |
| Pérez Bustamante & Ponce Abogados (Équateur)*      | 5 | Murphy (I) ; Murphy (II) ; Noble Energy y Machala ; Perenco ; Quiport                       | Dechert LLP (États-Unis) *             | 5 | Oxy (II) ; Perenco ; Burlington ; GLOBALNET-Únete Telecomunicaciones ; RSM Production Corporation |
| Debevoise & Plimpton LLP (États-Unis) *            | 2 | Oxy (II) ; Perenco  | Cabezas & Wray Abogados (Équateur)     | 4 | M.C.I. Power Group ; Duke Energy ; Emelec ; Oxy (II)  |
| Freshfields Bruckhaus Deringer (Grande Bretagne) * | 2 | Burlington ; GLOBALNET-Únete Telecomunicaciones   | Winston & Strawn (États-Unis) *        | 4 | Chevron (II) ; Chevron (III) ; Murphy (I)   |
| Covington & Burling (États-Unis) *                 | 2 | Oxy (II) ; Perenco  | Weil Gotshal & Manges (États-Unis) *   | 2 | Oxy (I) ; Encana  |
| Paz Horowitz Robalino Garcés (Équateur)            | 2 | Burlington ; Ulysseas   | Squire, Sanders & Dempsey (États-Unis) | 1 | Oxy (II)  |
| Quevedo & Ponce (Équateur)                         | 1 | Chevron (II)  | Baker Botts (Grande Bretagne) *        | 1 | Ulysseas  |
| Appleton & Associates International (Canada)*      | 1 | M.C.I. Power  | Fabara & Compañía (Équateur)           | 1 | Noble Energy y Machala  |
| Borden Ladner Gervais LLP (Canada)                 | 1 | Zamora Gold   | Lalive (Suisse)*                       | 1 | Copper Mesa   |
| Coronel y Pérez Abogados (Équateur)                | 1 | Duke Energy   |  |   |   |
| Crowell & Moring (États-Unis)                      | 1 | Duke Energy   |  |   |   |
| Fulbright & Jaworski (États-Unis) *                | 1 | Duke Energy   |  |   |   |
| Jones Day (États-Unis) *                           | 1 | Chevron (III)   |  |   |   |
| McCarthy Tétrault (Canada)                         | 1 | Encana  |  |   |   |
| McMillan LLP (Canada)*                             | 1 | Copper Mesa   |  |   |   |
| Moreno Baldivieso (Bolivie)*                       | 1 | GLOBALNET-Únete<br>Télécommunications   |  |   |   |
| Provost Umphrey LLP (États-Unis)                   | 1 | Emelec  |  |   |   |
| Vinson & Elkins (États-Unis) *                     | 1 | Ulysseas  |  |   |   |
| Wilmer Hale (Grande Bretagne) *                    | 1 | Merck Sharp & Dohme   |  |   |   |
| Astigarraga Davis (États-Unis) *                   | 1 | M.C.I. Power  |  |   |   |
| Bustamante y Bustamante (Équateur)                 | 1 | Encana  |  |   |   |

Élaboré par CAITISA.

***Voici quelques caractéristiques saillantes des cabinets engagés par l'État :***

- Ils recherchent activement de nouvelles affaires pouvant déboucher sur des poursuites auprès des tribunaux internationaux d'investissements : c'est le cas par exemple de Latham & Watkins, un cabinet dont les avocats ont été incorporés à l'équipe de Cabezas y Wray dans les affaires

Duke Energy, Emelec et M.C.I. Power, et qui conseille les entreprises en matière de services et d'énergie à la suite du « Printemps arabe » des pays d'Afrique du Nord.

- Ils ne défendent pas seulement les États, ils défendent également les investisseurs : Dechert y Latham & Watkins, par exemple, ont représenté également des entreprises

comme France Télécom, Total, Green Dragon Gas et Daimler Financial Services.

- Ils se sont spécialisés dans l'Amérique latine. Ils représentent des pays (dont l'Équateur) mais aussi des entreprises contre d'autres États latino-américains. C'est le cas notamment de Dechert, qui représente l'État dans cinq affaires sous convention CIRDI, a représenté des holdings, comme le fonds spéculatif NML Capital des États-Unis pour obtenir le paiement de la dette de l'Argentine. Un autre des cabinets de l'État, Weil Gotshal & Manges, a réussi à faire retirer en 2012 l'Argentine de la liste du système général de préférences douanières des États-Unis pour un prétendu impayé par suite d'une sentence arbitrale du CIRDI.

### À propos des cabinets et des avocats équatoriens

Certains avocats et cabinets équatoriens ont joué un rôle de promotion de l'arbitrage en investissements. Par exemple, la firme Coronel y Pérez a demandé en l'an 2000 par une lettre adressée au ministre des Affaires étrangères de l'époque, Heinz Moeller Freire, que l'Équateur ratifie la convention du CIRDI signée en 1985 mais restée non ratifiée par l'Assemblée nationale. Cette lettre était signée par César Coronel Jones, dont le cabinet représenterait, en 2004, l'entreprise Duke Energy, qui s'est tourné vers le CIRDI pour un différend vis-à-vis de contrats d'achat d'énergie.

Edgar Terán a signé, en représentation de l'Équateur, la convention CIRDI en 1986 ; comme indiqué supra, il était également ambassadeur aux États-Unis lors des pressions pour la signature du TBI. Des années plus tard, en 2002, son cabinet Terán & Terán serait engagé par IBM pour représenter l'entreprise dans sa plainte contre l'Équateur devant le CIRDI.

### Préjudice économique des affaires et incidence sur le budget de l'État

L'État équatorien a été poursuivi pour une réparation totale de **21 223 947 079 dollars** pour la violation

prétendue des TBI protégeant les investisseurs étrangers.

Jusqu'à présent, le pays a payé **1 342 115 969 dollars** par suite des sentences négatives ou à des accords entre les parties (au bénéfice des sociétés Oxy I, Duke Energy, Noble Energy & Machala, Oxy et Chevron), déduction faite de la réparation pour l'État dans l'affaire Ulysseas.

Pour des sentences également condamnatoires, mais sous demande d'annulation par l'État équatorien, le paiement de **377 415 988 dollars** a été ordonné (affaires Burlington, Murphy III et Copper Mesa).

En plus de ces sommes, l'Équateur a dû supporter les dépenses suivantes pour la période 2003-2013 pour se défendre contre les 24 plaintes engagées pour prétendue violation des TBI :

— Honoraires des tribunaux et frais de procédure : 11 571 137 dollars

— Honoraires et frais des cabinets d'avocats représentant l'État 144 348 280 dollars

Total **USD \$ 155 929 417**

Entre les paiements déjà déboursés pour les sentences fondées sur les TBI, les honoraires et frais arbitraux et les paiements aux cabinets au titre de défense, le montant engagé par l'État équatorien atteint la somme de **1 498 045 386 dollars**, soit 5,8 % du budget total de l'État pour l'année 2017.

### Montants en suspens

Par ailleurs, des affaires en cours pour lesquelles le tribunal n'a pas encore rendu de décision finale, le montant des prétentions s'élève à **11 188 966 571 dollars** (affaires Chevron III, Merck Sharp & Dome, Perenco, GLP et Albacora). Si l'on peut considérer que ces montants sont spéculatifs — puisque le seul fait qu'un investisseur poursuive l'État pour un montant déterminé ne signifie pas que l'État devra déboursier ce montant (soit parce que la décision sera contraire à l'investisseur, soit parce que le tribunal ordonnera le paiement d'une indemnisation bien inférieure) —, il peuvent néanmoins générer de

l'incertitude dans le budget national et dans la programmation des investissements publics visant à renforcer le processus de développement vers le *Bien vivre*.

En tout, une menace de **13 409 667 571 dollars** pèse sur l'Équateur (si l'on additionne les sentences négatives objet d'appel de la part de l'Équateur : affaires Burlington, Cooper Mesa et Murphy III). Ce montant équivaut à près de 52 % du budget total de l'État pour l'année 2017.

## Contrats d'État

Une des manières de faire entrer un investissement étranger sur le territoire national est la souscription de contrats entre investisseurs et États, notamment dans les domaines des services et de l'exploitation de ressources naturelles comme le pétrole, le gaz, l'eau, entre autres.

Ce type de contrat est passé entre l'État (ou une entité d'État) et une personne physique ou morale étrangère (investisseur), et porte sur la cession du contrôle d'une activité économique.<sup>55</sup> Ce type de contrat n'est pas nécessairement lié à un accord international spécifique en matière d'investissements et peut être conclu de façon autonome y compris avec un investisseur issu d'un État non-partie à un traité sur les investissements.

Ces contrats portant sur les investissements contiennent fréquemment des règles faisant écho aux mêmes standards de protection des investissements que les TBI, y compris le transfert de compétence aux tribunaux d'arbitrage internationaux. Ces contrats doivent donc être considérés comme éléments clés du régime de protection des investissements internationaux.

L'article 422 de la Constitution équatorienne interdit la cession de la compétence de l'État aux instances

d'arbitrage international dans le cas des traités internationaux. Néanmoins, son interprétation est ambiguë en ce qui concerne l'application de cette restriction aux contrats d'investissement. Il existe trois interprétations juridiques de cette norme :

- *Équivalence* : Les contrats d'État en matière d'investissements sont des « instruments internationaux ». En conséquence, l'interdiction du premier paragraphe de l'article 422 porte indistinctement sur les TBI et les contrats d'investissement.
- *Séparation excluante* : Les contrats d'investissements ne sont pas des « instruments internationaux ». L'interdiction de l'article 422 ne porte que sur les traités. Il n'y a aucune disposition sur les contrats d'investissement. En conséquence, la cession de la compétence souveraine par voie contractuelle est inconstitutionnelle.
- *Séparation incluyente* : Les contrats d'investissements ne sont pas des « instruments internationaux ». L'interdiction de l'article 422 porte sur les traités et, *a fortiori*, sur les contrats. Les contrats d'investissement ne sont pas exemptés de la proscription constitutionnelle, et une telle exception ne saurait être présumée à la lumière d'un examen approfondi des articles de la Constitution.

La pratique juridique équatorienne semble accepter que la Constitution n'interdise pas le transfert de compétence à des tribunaux d'arbitrage étrangers par la voie de contrats. C'est ce que l'on peut induire de la quantité de contrats d'investissement souscrits prévoyant un transfert de compétence à des tribunaux d'arbitrage internationaux pour le

---

<sup>55</sup> On entend par « contrat d'État » le contrat passé entre l'État ou une entité ou organe de l'État et une personne physique ou morale de nationalité étrangère. L'une des modalités les plus habituelles de contrat d'État est le contrat d'exploitation de ressources

naturelles, parfois appelé « contrat de concession ». Cf. CNUCED-Contratos de Estado, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, Genève, 2004.

règlement d'éventuels différends. L'une des conséquences d'une telle pratique est que la dénonciation de TBI ou l'exclusion de la clause de règlement de litiges investisseur/État des traités internationaux produira des effets plus limités que ceux escomptés.

### **Lien entre les contrats et le code organique de la production, du commerce et des investissements (COPCI), texte actuel.**

Les contrats d'investissement négociés et signés par l'État sont régis par les dispositions du code organique de la production, du commerce et des investissements (COPCI). Ce code offre aux investisseurs une protection similaire à celle prévue aux TBI, à savoir : traitement non arbitraire ni discriminatoire, pleine protection et sécurité, droit de propriété et interdiction de l'expropriation illégitime. De même, il autorise expressément à convenir, aux contrats d'État, de clauses d'arbitrage international pour le règlement de litiges avec les investisseurs étrangers.

Si le COPCI contient d'amples droits pour les investisseurs, il protège la faculté régulatoire de l'État dans une plus grande mesure que les TBI. Par exemple, il exclut du droit à réclamation l'expropriation indirecte, la clause de nation la plus favorisée et prévoit que les questions fiscales ne peuvent faire l'objet d'arbitrage international. Il ouvre également la possibilité d'accorder à certains investisseurs des secteurs considérés comme stratégiques un traitement différencié et des incitations. Le principal élément différenciateur ou innovateur du COPCI par rapport aux TBI est l'inclusion d'obligations pour l'investisseur, comme l'observance des lois nationales en vigueur en matière de droit du travail, environnemental, fiscal et de sécurité sociale. À ces obligations s'ajoute une série de sanctions en cas de violation de la part de l'investisseur. Le COPCI introduit également une autre restriction clé par rapport aux TBI, l'obligation pour les investisseurs d'épuiser la voie administrative nationale et d'observer une période de 6 mois pour la

médiation avant de recourir à l'arbitrage international.

Les contrats d'investissement peuvent devenir une opportunité pour l'État s'ils sont entendus comme un rééquilibrage de la balance des droits et des obligations de l'État et des investisseurs, ainsi que comme une voie d'accès à la reconception du système de règlement des litiges en matière d'investissement. Le COPCI a fait quelques pas dans cette direction, mais il est possible d'aller encore plus loin. Dans le but de récupérer la faculté régulatoire par voie contractuelle, l'État équatorien pourrait introduire ce qui suit dans toute nouvelle négociation ou renégociation de contrat d'État avec les investisseurs étrangers :

- Restrictions de droits et obligations accrues pour les investisseurs, avec par exemple des clauses de résultats ;
- Exigences d'achat de matériel aux fournisseurs équatoriens avec l'importation des produits de l'investisseur ;
- Exigences de participation de ressortissants équatoriens dans la direction de l'entreprise d'investissement et de participation de capitaux locaux sous différentes modalités dans les sociétés ou entreprises d'investissement ;
- Exigences de transfert de technologie.
- Clause abrogeant la clause sur le règlement de différends investisseur-État contenue au TBI pertinent, et où l'investisseur se soumet au mécanisme de règlement de litiges incorporé et minutieusement décrit au contrat. Cette clause peut prévoir que les différends soient réglés devant une juridiction nationale ou incorporer un régime autonome de règlement des litiges exhaustif comprenant des dispositions sur les conditions pour le consentement de l'État et tous les aspects procéduraux de la controverse, y compris la sélection des arbitres et le déroulement de la procédure.

## C. INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS ET DÉVELOPPEMENT NATIONAL ÉQUATORIEN

Du point de vue macroéconomique, la commission a évalué trois éléments : 1) le caractère déterminant ou non des TBI pour attirer les investissements étrangers et, de façon générale, l'éventuel lien de causalité entre la signature d'un TBI et l'augmentation des flux d'investissement ; 2) la collaboration des investisseurs étrangers en Équateur pour parvenir aux objectifs économiques et sociaux prévus à la Constitution et concrétisés par le plan national du Bien Vivre ; 3) le rapport ou non des résultats des investissements étrangers dans l'économie équatorienne avec les règles édictées par les TBI.

La recherche aborde à la fois l'analyse des flux d'investissement et leurs liens avec la signature des TBI, et l'analyse des effets macroéconomiques des investissements étrangers parvenus sur le sol équatorien. De manière collatérale, nous avons observé les limitations du système statistique du pays (certaines découlent des orientations techniques internationales) et nous proposons quelques recommandations pour l'améliorer.

### Analyse des flux d'investissement

Le plan national pour le Bien Vivre 2013-2017 et la Constitution de 2008 disposent que les IED doivent être complémentaires. C'est ce qu'il se passe en termes quantitatifs pour les flux, car ils demeurent marginaux et sont bien inférieurs aux investissements publics et, bien entendu, aux investissements privés locaux. Pourtant, nous l'expliquerons plus en avant, ils sont devenus dominants avec le temps en termes de pourcentage des actifs totaux possédés, des machines et équipements et, surtout, des actifs

intangibles (comme la propriété intellectuelle ou la concession d'exploitation de ressources). Ils sont également devenus dominants en termes de part de la valeur ajoutée et de ventes sur le marché intérieur et se sont accrus, sans parvenir à dominer encore, dans les exports.

Les résultats de cette évaluation nous permettent de confirmer, dans le cas de l'Équateur, ce qu'ont posé la CNUCED et la CEPAL dans leurs derniers rapports : 1) les attentes des années 1990, lors de la signature des traités, ne se sont pas concrétisées ; 2) ces traités ont été insignifiants pour attirer de façon continue des IED, 3) ils ont constitué un frein pour orienter les investissements selon les plans de développement de chaque pays.

### Les IED qui parviennent en Équateur sont limités

- Les montants des IED parvenus en Équateur sont réduits par rapport à l'économie équatorienne. En moyenne, ils ne dépassent pas 1,11 % du PIB pour la période 2000-2013.<sup>56</sup> En termes de formation brute de capital fixe, ils sont en dessous de 3 % (2008-2013).<sup>57</sup>
- L'Équateur, qui a signé davantage de TBI que de nombreux autres pays de la région, ne reçoit que 0,79 % des IED du monde destinés à l'Amérique latine et aux Caraïbes, occupant la 29<sup>e</sup> position sur 32 pays de la région Amérique latine et aux Caraïbes pour lesquels la CEPAL dispose d'informations comparables.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> CEPAL base de données CEPALSTAT. Statistiques et indicateurs économiques/secteur externe.

<sup>57</sup> Calcul de la SENPLADES.

<sup>58</sup> CEPAL base de données CEPALSTAT. Statistiques et indicateurs économiques/secteur externe/investissement étranger direct net.

- La composition des IED qui arrivent en Équateur montre que la moitié est issue du réinvestissement des dividendes. Il est positif qu'il y ait un fort taux de réinvestissement, mais, au fond, il s'agit de ressources générées sur place.

**Investissement étranger direct, 2002-2013, en millions de dollars**

|  | 2002-2013 | Composition |
|--|-----------|-------------|
| <b>Équatoriens de l'étranger</b>                     |           | Néant       |
| <b>Dans le pays</b>                                  | 6 937,4   | 100,00 %    |
| <b>Actions et autres participations de capital</b>   | 2 612,1   | 37,65 %     |
| <b>Bénéfices réinvestis</b>                          | 3 514,2   | 50,66 %     |
| <b>Autre capital : Crédits d'entreprises relais.</b> | 811,1     | 11,69 %     |

- Par ailleurs, le pourcentage de réinvestissement face aux dividendes de la part des actionnaires a baissé fortement entre 2003 et 2013. Les grandes entreprises d'IED n'ont réinvesti en 2013 que 1,3 % de leurs dividendes, alors que ce taux atteignait 5,5 % en 2003. Le réinvestissement des dividendes a atteint un niveau élevé lors des premières années du nouveau millénaire, notamment chez les moyennes entreprises d'IED associées à des entreprises locales : en 2003, elles ont réinvesti 28 % de leurs dividendes, alors qu'elles n'ont réinvesti que 1,3 % en 2013.<sup>59</sup>
- En raison de lacunes dans la législation, qui n'oblige pas les investisseurs locaux à

enregistrer les IED qu'ils effectuent à l'étranger, il n'existe aucune statistique équatorienne à ce sujet. Néanmoins, nous avons pu constater à partir des données de l'OCDE que des données d'une entreprise équatorienne ont été rapportées entre 2008 et 2011 en République Tchèque, les données d'une autre entreprise sous contrôle équatorien ont été rapportées en Espagne en 2008, et le pays membre de l'OCDE où le plus d'entreprises sous contrôle équatorien sont en activité est les États-Unis, avec trois à quatre entreprises par an.<sup>60</sup> Cela démontre que les IED nets sont encore plus faibles que ceux enregistrés.

- Selon les données officielles, le solde d'entrée et de sortie des investissements étrangers est déficitaire. Les investissements de portefeuille (c'est-à-dire d'obligations publiques ou privées ou l'acquisition d'actions dans des entreprises aux seules fins de rendements financiers) ont débouché sur la sortie de capitaux du territoire (au moins 11,63 milliards de dollars),<sup>61</sup> soit bien plus que les apports d'investissements étrangers directs : 7,43<sup>62</sup> milliards de dollars. Le solde financier négatif des investissements étrangers est plus dramatique encore si l'on tient compte des montants payés du fait des poursuites dans le cadre des TBI : honoraires d'avocats et poursuites déjà soldées à hauteur de 330,8 millions de dollars, plus une dette au titre de sentences de condamnation s'élevant à 2,63 milliards de dollars, pas encore payés.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Calcul de la société de consulting économique Centro de Investigación Cuantitativa (ci-après équipe consultante) sur la base des informations de l'agence fiscale (SRI), formulaires 101 des années 2003, 2007 et 2013 (SRI), annexe des actionnaires 2013 (SRI), information sur la participation d'actionnaires étrangers dans des entreprises équatoriennes : 2003, 2007 et septembre 2014 (Surintendance des entreprises).

<sup>60</sup> Base de données des activités des entreprises multinationales AMNE (Activity of Multinational Enterprise) de l'OCDE.

<sup>61</sup> Banque centrale de l'Équateur, balance de paiements BOLETIN ANUARIO # 33 de 2011 y # 36 de 2014.

Banque Centrale de l'Équateur : Balance de paiement.

<sup>63</sup> Calcul de CAITISA sur la base des informations officielles.

## Les IED ne sont pas déterminants pour la croissance économique de l'Équateur

- L'économie équatorienne croît significativement plus que la moyenne de l'Amérique latine et des Caraïbes (4,5 % en moyenne entre 2001 et 2013<sup>64</sup>) et en cela les IED n'ont pas joué de rôle déterminant, comme on peut l'observer dans le graphique suivant, qui montre que leur part dans le PIB s'amenuise, tant du point de vue des flux annuels que des stocks accumulés chaque année. Cela s'explique par le fait que le PIB croît bien plus que la croissance des IED.
- La relativement faible part dans la formation brute de capital (FBC) confirme également que les IED ne sont pas déterminants dans la croissance de l'Équateur.
- Ces deux indicateurs montrent que parmi les moteurs de croissance économique, les IED sont très peu significatifs.

## Les TBI n'ont pas été décisifs pour attirer les IED.<sup>65</sup>

Dans le cas de l'Équateur, nous n'avons pas trouvé de lien direct entre les investissements de pays avec lesquels un TBI a été passé et la part dans le montant d'IED parvenu en Équateur.

- 40 % à peine des IED proviennent de pays ayant souscrit un TBI avec l'Équateur, les 60 % restant sont issus de pays hors TBI ou de paradis fiscaux.
- Les deux pays qui investissent le plus en Équateur n'ont pas signé de TBI, à savoir le Mexique et le Brésil. La troisième et

quatrième place sont occupées par des paradis fiscaux.

- Sur les 7 grands investisseurs externes, seul 23 % du montant total provient de pays sous TBI.
- Dans le contexte latino-américain le contraste entre le Brésil et le Mexique confirme ces observations. Le Brésil, qui n'a ni TBI ni TLC, entretient depuis 1990 des flux d'IED en pourcentage de PIB supérieur à ceux de la plupart des pays disposant de TBI en vigueur ; le Mexique, l'un des pays ayant signé le plus de TBI et/ou TLC, est devancé par le Brésil comme premier bénéficiaire d'IED en Amérique latine et dans les Caraïbes.

## La CEPAL et la CNUCED confirment cette analyse et concluent que les facteurs d'attraction les plus importants pour que les IED parviennent aux pays de destination varient en fonction des intérêts primordiaux des investisseurs.<sup>66</sup>

Pour certains investisseurs, il s'agit de la recherche de ressources naturelles. C'est le cas de la zone andine, et, en son sein, de l'Équateur. Le secteur de l'économie équatorienne affichant le plus grand pourcentage de circulation d'investissements est celui des carrières, des mines et du pétrole : entre 2000 et 2013, il atteignait 32,73 %<sup>67</sup>. Ce type d'IED est fortement conditionné par la hausse ou la baisse des prix des ressources naturelles en question. La rentabilité des actifs des 500 principales entreprises qui investissent dans l'industrie minière en Amérique latine et dans les Caraïbes était de 25 % en 2010, face aux boissons et au tabac, qui occupent la seconde

<sup>64</sup> Calcul d'après la Banque centrale ; rétropolation 1963 - 2007, Boletín Anuario N° 36 et Boletín N° 1953, novembre 2014

<sup>65</sup> Toutes les informations de cette partie découlent de nos calculs basés sur les informations de la balance de paiements de la Banque centrale équatorienne. Nous avons simplement regroupé les pays en fonction de s'ils ont ou non signé un TBI avec l'Équateur et avons séparé

les paradis fiscaux pour ne pas générer de distorsions, même si aucun de ces pays n'a passé de TBI avec l'Équateur.

<sup>66</sup> CEPAL (2012) La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2011. Op. cit., pages 114-116.

<sup>67</sup> Notre calcul sur la base des informations de la Banque centrale équatorienne.

place en termes de rentabilité avec 11 %<sup>68</sup>. Ce facteur s'est avéré décisif pour attirer les IED dans le secteur de l'extraction.

D'autres investisseurs cherchent, pour leur part, des marchés. Le marché intérieur équatorien a vu le pouvoir d'achat de sa population augmenter, ce qui attire les investissements en quête de marchés. En effet, on a vu les entreprises d'IED accroître leur part dans les ventes sur le marché équatorien.

D'autres investisseurs visent la préférence, les avantages systémiques (notamment par des synergies technologiques entre entreprises étrangères intéressées par un pays) et les apports en sciences et technologies propres au pays récepteur. Le gouvernement équatorien s'efforce d'attirer ce type d'investisseurs, même si le montant des IED de cette nature reste très réduit.

Pour la CEPAL, un facteur clé dans l'attraction des IED lors des années 1990 ont été les privatisations qui expliquent en grande partie l'augmentation de la circulation des IED. Si coïncide avec la période de signature des TBI, il n'y a pas nécessairement de relation de cause à effet entre TBI et augmentation des IED.

D'autres facteurs d'attraction, reconnus par les organismes internationaux, peuvent être ajoutés : a) existence d'une infrastructure, catégorie grandement avancée en Équateur ; b) stabilité économique et politique et sécurité publique, aspects pour lesquels l'Équateur affiche de meilleurs résultats que la plupart des autres pays du continent.

***L'attraction des IED par politiques publiques peut donc s'avérer plus efficace que l'existence ou non de TBI.***

La sécurité juridique est importante pour les IED, et pour ce faire des règles claires, stables et appliquées

sont nécessaires, et non des droits ou des privilèges spéciaux, comme le prévoient les TBI. Le facteur le plus puissant pour attirer les investissements demeurent la perception de succès d'une économie.

Les IED des pays d'Amérique latine qui investissent en Équateur (66 % du total<sup>69</sup>) montrent l'importance des efforts du Cône Sud du continent pour atteindre une union de pays.

Dans ce type d'IED régional arrivant en Équateur, seuls 15 % proviennent de pays ayant souscrit un TBI.

***L'Équateur a pris des mesures face aux activités déloyales des paradis fiscaux***

L'Équateur a refusé de signer des TBI avec les pays qu'il catalogue comme paradis fiscaux, et refuse d'accorder des incitations fiscales pour les investissements qui en proviendraient ; néanmoins, les investissements issus de ce type de pays demeurent très importants (22% du total).<sup>70</sup>

**D'importantes sorties des investissements**

Entre 2000 et 2013, la balance d'entrée et de sortie des investissements de portefeuille était négative de 11,63 milliards de dollars<sup>71</sup>. Cela signifie qu'il y a plus de sorties d'IED que de rentrées (7,5 milliards de dollars). Les données montrent que l'impôt sur la sortie des devises a été insuffisant pour pallier cette situation.

Si la balance est positive pour les IED, il existe une importante sortie de fonds du fait du remboursement de crédits entre entreprises liées. Les sièges sociaux des entreprises étrangères qui investissent en Équateur ont préféré le faire sous la modalité du crédit entre entreprises liées, ce qui permet d'envoyer des fonds sans être touché par l'impôt sur la sortie de

<sup>68</sup> CEPAL, extrait d'*América economía*, décembre 2011 <http://www.americaeconomia.com/>

<sup>69</sup> Notre calcul, basé sur les informations de la balance de paiements de la Banque centrale équatorienne.

<sup>70</sup> Idem.

<sup>71</sup> Banque centrale de l'Équateur, balance de paiements BOLETIN ANUARIO # 33 de 2011 y # 36 de 2014.

devises et de réduire le montant de l'impôt sur les sociétés.

Comme nous l'avons indiqué supra, le réinvestissement des dividendes est de plus en plus faible.

Le secteur de l'extraction tend à diminuer au sein des IED, mais il en reste le principal destinataire, avec un tiers des investissements totaux.

Le pourcentage d'IED du secteur manufacturier augmente, mais l'absence d'information détaillée par branche ne permet pas d'analyser plus en profondeur son incidence sur la modernisation et la contribution au changement de la matrice de production.

Les IED sont très importants dans le commerce, et les entreprises d'IED dominent d'amples segments du marché interne comme des exportations.

Dans le secteur des télécommunications, la principale circulation d'IED provient du Mexique, mais il convient de comparer cela avec le fort désinvestissement des États-Unis. Il s'agit d'un secteur de haute technologie, mais nous n'avons pas pu mener d'analyse en profondeur concernant l'implication de transfert de technologie, même s'il est certain que cela a une incidence sur la compétitivité systémique du pays.

**La destination des investissements dans les secteurs économiques équatoriens montre de légers changements.**

Répartition des IED par activité et par dynamique de croissance.  
Millions de dollars.

| Activité                                       | Totaux périodes |              |              |                | Structure %   |               |               |
|--|-----------------|--------------|--------------|----------------|---------------|---------------|---------------|
|  | 2000 - 2013     | 2000 - 2013  | 2000 - 2013  | % augmentation | 2000 - 2013   | 2000 - 2013   | 2000 - 2013   |
| Exploitation de mines et de carrières          | 2 430           | 1 261        | 1 169        | -7,32 %        | 32,73 %       | 33,44 %       | 32,00 %       |
| Industrie manufacturière                       | 1 412           | 487          | 925          | 89,53 %        | 19,02 %       | 12,93 %       | 25,31 %       |
| Commerce                                       | 1 096           | 440          | 656          | 48,85 %        | 14,76 %       | 11,68 %       | 17,94 %       |
| Prestation de services aux entreprises         | 880             | 411          | 469          | 13,99 %        | 11,85 %       | 10,90 %       | 12,82 %       |
| Transport, stockage et communications          | 625             | 738          | -113         | 115,26 %       | 8,42 %        | 19,57 %       | -3,08 %       |
| Agriculture, sylviculture, chasse et pêche     | 388             | 236          | 152          | -35,59 %       | 5,22 %        | 6,25 %        | 4,16 %        |
| Construction                                   | 352             | 119          | 233          | 94,87 %        | 4,74 %        | 3,17 %        | 6,37 %        |
| Services communautaires, sociaux et personnels | 153             | 56           | 97           | 73,11 %        | 2,07 %        | 1,49 %        | 2,66 %        |
| Eau, gaz et électricité                        | 88              | 21           | 66           | 209,62 %       | 1,19          | 0,57          | 1,82          |
| <b>GRAND TOTAL</b>                             | <b>7 425</b>    | <b>3 772</b> | <b>3 653</b> |                | <b>100,00</b> | <b>100,00</b> | <b>100,00</b> |

## Effets des IED sur l'économie<sup>72</sup>

### Inégalités entre le tissu productif national (forte polarisation) et le poids croissant des entreprises d'IED.

- Toutes les sources utilisées coïncident sur la forte polarisation du tissu productif. Les entreprises les plus grandes concentrent la plupart des actifs, produisent une grande partie de la valeur ajoutée et comptent pour près de 90 % des ventes totales.
- Les entreprises d'IED contribuent grandement à cette forte polarisation de la production. Si elles sont peu, elles concentrent à elles seules 18 % de la production totale, 17 % de la consommation intermédiaire et 20 % de la valeur ajoutée nationale. Néanmoins, elles ne créent que 5 % des emplois à l'échelle nationale (calculs selon l'enquête exhaustive des entreprises et des établissements économiques (INEC 2011)).
- Les microentreprises, qui emploient plus de la moitié de la population économiquement active, ne produisent que 16 % de la valeur ajoutée nationale, tandis que les autres entreprises du pays, qui couvrent 47 % de la population économiquement active, produisent 65 % de la valeur ajoutée (calculs selon l'enquête exhaustive des entreprises et des établissements économiques (INEC 2011)).
- Les actifs totaux sont concentrés dans les grandes entreprises (quintile 5), qu'elles

soient équatoriennes ou d'IED : autour de 98% en 2003, 2007 et 2013.

- Les grandes entreprises d'IED augmentent rapidement leur part dans le total des actifs du pays : en 2003, c'était 12,4 % des actifs, contre 32 % en 2013.

– L'augmentation de la concentration est encore plus grande quand il s'agit d'actifs matériels comme les machines, équipements et logiciels, qui passent de 12,7 % (en 2003) à 42,9 % (en 2013).

– Pour les actifs intangibles (droits administratifs ou permis d'exploration et d'exploitation, de même que marques, brevets, fonds de commerce et autres), ils passent de 37,8 % à 80,3 %.

– Au sein des actifs intangibles, les brevets et marques sont la propriété des entreprises d'IED à hauteur de 71,2 %.

### Tendance à l'étrangéisation de la propriété des entreprises.

Entre 2003 et 2013, le nombre d'entreprises avec participation étrangère a augmenté à concurrence de 7,3 % par an, ce qui est supérieur au taux de croissance des entreprises du pays (3,1 %) ; le nombre d'entreprises étrangères représentait en 2013 13,1 % du total.

En 2013, la moyenne de participation étrangère dans les coentreprises (moins de 50 % entre les mains d'étrangers) est de 36 % (32 % en 2003) et pour les sociétés filiales (contrôlées par les capitaux étrangers), l'augmentation est bien plus grande, passant de 76,8 % en 2003 à 92 % en 2013.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> Quatre sources ont été utilisées pour cette analyse : a) registres administratifs de l'agence fiscale (SRI), b) enquêtes aux entreprises de la Banque mondiale, c) base de données d'activités des entreprises multinationales AMNE de l'OCDE et d) enquête exhaustive aux entreprises et leurs établissements (2011) conduite par l'INEC dans le cadre du recensement de 2010.

<sup>73</sup> Calcul de l'équipe consultante) sur la base du formulaire 101 des années 2003, 2007 et 2013 (SRI), annexe des actionnaires 2013 (SRI), information sur la participation d'actionnaires étrangers dans des entreprises équatoriennes : 2003, 2007 et septembre 2014 (Surintendance des entreprises).

Les deux éléments précités indiquent qu'entre 2003 et 2013, une forte étrangéisation a eu lieu dans l'actionnariat des entreprises qui ont leurs activités en Équateur.

### **Dominance croissante des entreprises d'IED dans les secteurs économiques.<sup>74</sup>**

- La valeur ajoutée générée par les entreprises de l'économie équatorienne dépend de plus en plus des entreprises sous participation étrangère. Elle passe de 19,8 % en 2003 à 40,1 % en 2013, sans commune mesure avec le modeste apport des IED à l'économie, comme nous l'avons exposé supra.
- En 2013, on trouve 17 secteurs où des entreprises d'IED produisent plus de 50 % de la valeur ajoutée sectorielle.
- Les entreprises d'IED dominent de plus en plus le marché. En 2003, elles représentaient 17,9 % des ventes totales, alors qu'en 2013, c'est 40,1 %. Les entreprises avec la plus forte augmentation sont les filiales — contrôlées en majorité par des étrangers —. 9 de ces 17 secteurs appartiennent à l'industrie manufacturière, 4 au secteur du transport, du stockage et des télécommunications. Dans le secteur de l'extraction de pétrole brut, de gaz naturel et associés, les sociétés filiales couvrent 63,8 % de la valeur ajoutée du secteur.
- En général, la valeur ajoutée des sociétés filiales dédiées à la manufacture trouve sa plus grande part dans le secteur de l'alimentation, des boissons et du tabac ; par ailleurs, on observe de 2003 à 2013 une réduction de la part dans la valeur ajoutée des entreprises des secteurs manufacturiers de moyenne et haute intensité technologique, laquelle est compensée par l'augmentation de la part des entreprises dans la valeur ajoutée générée par les entreprises

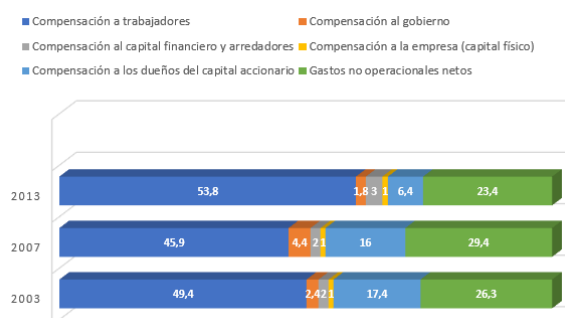
manufacturières de moyenne et faible intensité technologique.

- La part des entreprises étrangères dans le marché interne est de plus en plus significative. En 2013, les sociétés filiales (majoritairement étrangères) ont affiché une part de marché de plus de 60 % des ventes locales de 12 secteurs économiques (principalement manufacturiers), y compris l'industrie du tabac où les ventes des filiales représentent 100 % des ventes locales. Cela signifie qu'ils gagnent toujours plus de parts de marché sur les entreprises nationales.
- Le marché est dominé par les entreprises nationales (en partie grâce à la récupération par le secteur public de l'exportation de pétrole), mais le poids des entreprises d'IED dans les exportations s'accroît.

### **Répartition de la valeur ajoutée**

Les entreprises réceptrices d'IED sont en général plus dotées en capitaux que les entreprises nationales ; cela a été vérifié (par comparaison de moyennes) dans 51 des 56 secteurs économiques selon la classification CIIU3. Parallèlement, la productivité au travail des sociétés filiales est 1,5 fois supérieure à celle des entreprises nationales. Néanmoins, la répartition de cette valeur ajoutée en fonction des facteurs de production est différente entre les entreprises d'IED et les entreprises nationales. Le tableau suivant dresse une synthèse des données basique de cette répartition. Il conviendra d'en tirer plusieurs conclusions.

## Compensation moyenne par facteur de production (toutes entreprises), 2007-2013



Source : SRI.  
Élaboré par CAITISA.

## Participation totale des facteurs de la production dans la valeur ajoutée, 2013

| Compensation pour les facteurs de production                        | Nationaux | Associés | Subsidiaries |
|---|-----------|----------|--------------|
| Compensation pour le facteur travail                                | 56,1 %    | 57,5 %   | 47,8 %       |
| Compensation pour le gouvernement                                   | 0,3 %     | 1,3 %    | 1,8 %        |
| Compensation pour le capital financier et bailleurs                 | 0,1 %     | 3,7 %    | 3,6 %        |
| Compensation pour les entreprises (facteur capital physique)        | 0,6 %     | 2,9 %    | 2,1 %        |
| Compensation pour le facteur propriétaires du capital d'actionariat | 15,1 %    | 16,4 %   | 20,7 %       |
| Frais non opérationnels nets  | 27,9 %    | 18,2 %   | 23,9 %       |
| Total   | 100,0 %   | 100,0 %  | 100,0 %      |

Source : SRI.  
Élaboré par CAITISA.

## Part des travailleurs dans la valeur ajoutée

- Dans tous les types d'entreprises, la plupart de la valeur ajoutée est appropriée pour les travailleurs. Elle est importante et son pourcentage est supérieur à la plupart des pays d'Amérique latine et des Caraïbes. Par ailleurs, si l'on considère toutes les entreprises ayant des activités en Équateur, cette part grandit dans le temps au profit des travailleurs. En 2003, elle était de 47,9 %, contre 55,2 % en 2013.

- Néanmoins, les sociétés filiales (les plus grandes et qui détiennent un plus grand contrôle du fait de capitaux étrangers) sont celles qui laissent la moindre part de valeur ajoutée à leurs travailleurs : huit points en moins que les entreprises nationales. Cela veut dire, en termes relatifs, qu'elles paient moins. En d'autres termes, le résultat de leur productivité accrue bénéficie principalement leurs actionnaires.

## Part des actionnaires dans la valeur ajoutée

- La part de valeur ajoutée destinée aux actionnaires des sociétés filiales a été multipliée par trois entre 2003 et 2013, passant de 7,3 % à 20,7 %. Les actionnaires des sociétés filiales du quintile 5 (les plus grandes) s'approprient même 23 % de la valeur ajoutée. C'est bien plus que les entreprises nationales de taille similaire, qui s'appropriaient 16,9 % en 2013.
- Nous avons avancé qu'une part importante des IED en Équateur provenaient du réinvestissement des dividendes. Cela est particulièrement vrai chez les entreprises détenues à moins de 50 % par des étrangers, et uniquement dans un premier temps. En grandissant et en se consolidant, les ressources leur parviennent de leurs propres activités en Équateur, ce qui n'est plus le cas dans un second temps, car ces ressources sont envoyées à l'étranger. Les entreprises étrangères les plus grandes n'ont réinvesti en 2003 que 3,9 % de leurs dividendes, contre 1,7 % en 2013. Cette situation existe malgré les incitations de l'Équateur aux entreprises qui réinvestissent et en dépit de l'impôt sur la sortie de devises.
- En 2013, les sociétés filiales ont envoyé à l'étranger près de 3,82 milliards de dollars au titre de dividendes ; il convient de souligner que ce montant annuel équivaut à la moitié des investissements étrangers directs entrants des dix dernières années.

- Une autre part de la valeur ajoutée est injectée dans le capital financier. Pour les sociétés filiales, cette part était de 3,6 % en 2013, contre 5,3 % pour les entreprises du quintile 5. Il y a néanmoins lieu de signaler qu'une part des IED correspondent à des crédits entre entreprises liées, raison pour laquelle cette rétribution du capital financier tombe dans les mains des mêmes actionnaires.

### **Part du gouvernement dans la valeur ajoutée par la voie de l'impôt**

- C'est la seule portion de valeur ajoutée où les entreprises d'investissements étrangers contribuent davantage que les sociétés nationales. En 2013, les entreprises nationales ont apporté au gouvernement 0,3 % de la valeur ajoutée générée (les coentreprises 1,3 % et les filiales 1,8 %). S'il est vrai que les entreprises étrangères contribuent davantage (six fois plus), cela reste résiduel. Par ailleurs, le pourcentage d'apport à la valeur ajoutée s'amenuise d'année en année : les filiales contribuaient à hauteur de 2,3 % en 2003, contre 1,8 % en 2013.

### **Les entreprises d'IED dans leur rapport au reste du tissu productif**

- En raison du manque d'informations détaillées, il n'a pas été possible de mener

d'étude en profondeur sur les enchaînements productifs des entreprises d'IED avec le reste de l'économie nationale. Néanmoins, l'enquête exhaustive sur les entreprises et leurs établissements (INEC, 2011) dresse le panorama général suivant : Les entreprises d'IED sont de moins en moins impliquées dans l'enchaînement productif à l'intérieur du pays. En 2006, ces entreprises ont utilisé 56,4 % d'intrants nationaux sur le total des intrants ; en 2010, la consommation d'intrants nationaux est tombée à 52,5 %. En revanche, les entreprises nationales augmentent toujours plus leur enchaînement productif à l'intérieur du pays. En 2006, elles ont consommé 45,7 % de produits intermédiaires locaux, contre 58,9 % en 2010.

- Il existe des indices signalant que grand nombre d'actifs technologiques des entreprises d'IED n'ont pas été transférés et n'ont pas contribué à la modernisation de la structure de production.

### **IED et création d'emplois**

Les difficultés pour étudier la relation entre IED et emploi sont diverses et ne sont pas propres à l'Équateur.<sup>75</sup> Toutefois, le recours à plusieurs sources et ressources méthodologiques a rendu possibles les conclusions suivantes :

d'emplois, mais ne permet pas de les classer par secteurs ni de distinguer entre entreprises d'IED et entreprises nationales. Pour calculer la part des entreprises d'IED dans l'emploi formel existant en Équateur, la source utilisée est celle de l'ENEMDU.

La comparaison entre l'Équateur et le reste de l'Amérique latine et des Caraïbes repose sur les informations de la CEPAL (Investissements étrangers en Amérique latine et dans les Caraïbes 2006, 2012, 2013 et 2014), les enquêtes de la Banque mondiale (Corporation financière internationale - Banque mondiale. Enquête aux entreprises. <http://www.entreprisesurveys.org>

<sup>75</sup> Les statistiques traditionnelles, en Équateur comme dans le monde, ne permettent pas de comptabiliser directement la création d'emplois de la part des investissements étrangers directs. Toutefois CAITISA, sur la base des informations que chaque entreprise déclare au SRI sur les formulaires 101 et 107, a pu en faire l'estimation. Le problème de cette source est qu'elle n'offre de panorama que pour l'emploi formel. Il existe d'autres sources, comme l'institut équatorien de sécurité sociale, qui n'enregistre que l'emploi formel mais comprend les emplois du régime RISE (régime fiscal simplifié). L'enquête aux foyers ENEMDU a l'avantage d'appréhender absolument tous les types

Les entreprises d'IED ne créent que peu d'emplois, quoique la tendance soit à l'augmentation. Sur le nombre total d'emplois dans le pays (y compris les emplois informels), les entreprises d'IED ont créé en 2007 à peine 2,7 % d'emplois, mais cette proportion a atteint 9,6 % en 2013.<sup>76</sup>

- Les entreprises d'IED sont, en majorité, intensives en termes de capitaux, c'est pour cela qu'elles ne créent que peu d'emplois par million de dollar investi. Les calculs basés sur différentes sources donnent des résultats similaires.<sup>77</sup>

- L'analyse fondée sur les registres du SRI montre que pour chaque million de dollars d'IED, 1,48 emploi direct en moyenne a été créé chaque année (entre 2007 et 2013). Le nombre d'emplois indirects n'a pas pu être calculé.

- Les calculs effectués par Intelligence de The Financial Times (FDI)<sup>78</sup> sur la base des informations d'annonce d'investissements étrangers font état de 2,6 emplois créés en moyenne par an et par million de dollars investi entre avril 2003 et juin 2014.

- Si l'on compare ces résultats à ceux de l'Amérique latine et des Caraïbes, il est possible d'affirmer que l'Équateur occupe la 16<sup>e</sup> place sur

26 de cet indicateur d'emplois créés par million de dollars investi.<sup>79</sup>

- La CEPAL analyse par secteur économique les différentes capacités de création d'emploi des IED, et sa conclusion est que le secteur de l'extraction — qui représente un tiers des IED d'Équateur — est celui dont la capacité de création d'emploi est la plus faible<sup>80</sup>.

Cela ne veut pas dire que les IED ne créent pas d'emplois importants. Si l'on ne tient compte que de l'emploi formel (à l'exclusion de ceux créés par des entreprises ou personnes enregistrées par le SRI en tant que RISE), en 2007, huit secteurs (selon la classification CIIU 3) d'IED ont créé 20 % ou plus d'emplois. En 2013, ce sont 12 secteurs d'IED qui ont créé 40 % ou plus d'emplois sectoriels.

### **IED et qualité de l'emploi<sup>81</sup>**

Rares sont les indicateurs disponibles sur la qualité des emplois créés par les entreprises d'IED par comparaison avec les entreprises nationales.

Nous consignons ci-dessous le principal indicateur, à savoir le niveau de salaire.

---

enterprisesurveys@worldbank.org) et la base de données de FDI Intelligence de Financial Times Ltd. 2014.

Les analyses qualitatives sur les rémunérations moyennes et répartition du facteur travail de la valeur ajoutée brute générée par les entreprises étrangères trouvent leur origine dans les informations du SRI.

<sup>76</sup> Calculs sur la base des registres du SRI pour les emplois créés par les entreprises d'IED, avec pondération des emplois créés selon le pourcentage de participation étrangère dans les entreprises. Le nombre total d'emploi (y compris les emplois informels) est fourni par ENEMDU.

<sup>77</sup> Il convient de souligner que, comme l'ensemble des entreprises d'IED sont formelles, le SRI est une source adéquate.

FDI Intelligence, from the Financial Times Ltd 2014. Dans le cas de l'Équateur, cette base de données se trouve au sein du SENPLADES.

<sup>78</sup> FDI Intelligence, de The Financial Times Ltd 2014. Dans le cas de l'Équateur, cette base de données se trouve au sein du SENPLADES.

<sup>79</sup> La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2013 capítulo III, p. 138.

<sup>80</sup> Idem.

<sup>81</sup> Pour analyser la qualité de ces emplois, nous avons comparé les entreprises d'IED et nationales similaires (quintile 5) avec deux variables : salaire et formation des employés. Le salaire moyen a pu être calculé grâce aux informations du SRI. Les informations sur le pourcentage d'emplois à temps complet et de formation sont issus des enquêtes aux entreprises de la Banque mondiale et de FDI.

## Rémunération moyenne mensuelle par type d'entreprise

| Quintiles selon le total d'actifs            | Année 2007   |              | Année 2013   |              |
|--|--------------|--------------|--------------|--------------|
|  | National USD | Étranger USD | National USD | Étranger USD |
| Quintile 1                                   | 198          | 269          | 19,629(1)    | 153          |
| Quintile 2                                   | 327          | 518          | 426          | 593          |
| Quintile 3                                   | 347          | 310          | 502          | 619          |
| Quintile 4                                   | 371          | 464          | 520          | 694          |
| Quintile 5                                   | 773          | 867          | 818          | 954          |
| Total  | 639          | 795          | 733          | 932          |
| <b>Taux de croissance annuelle 2007-2013</b> |              |              | 2,3 %        | 2,7 %        |

Source : Service des impôts. Formulaire 101 et 107, années 2007 et 2013. Élaboré par CAITISA.

- Les entreprises d'IED ont une productivité moyenne par employé supérieure aux entreprises nationales et en fonction de cela paient une rémunération moyenne par employé supérieure à celle des entreprises nationales. Cette productivité supérieure ne se traduit néanmoins pas en des rémunérations proportionnelles pour les employés : en effet, en termes corrélatifs à la valeur ajoutée, la rémunération est plus faible que pour les employés des entreprises nationales.
- Les entreprises nationales et les sociétés étrangères paient mieux en fonction de leur taille. Les entreprises du quintile 5 sont celles qui paient le plus.

- Le taux de croissance annuelle des rémunérations moyennes par employé est très faible à la fois dans les entreprises nationales et dans les entreprises étrangères (2,3 % et 2,7 % respectivement).
- Il y a une grande disparité dans les rémunérations selon les secteurs de travail. Il y a différents secteurs et/ou années où les entreprises nationales rémunèrent mieux le travail que les entreprises étrangères.<sup>82</sup>
- Bien entendu, les salaires payés par les entreprises d'IED en Équateur sont plus faibles que ceux payés par les sociétés mères, comme on peut l'apprécier dans le graphique suivant d'après les données CEPAL.
- Autres indicateurs sur la qualité de l'emploi
  - Selon les enquêtes de la Banque mondiale,<sup>83</sup> les entreprises d'IED ont plus d'employés permanents que les entreprises nationales.
  - Selon ces mêmes sources, les employés des entreprises nationales et étrangères ont des niveaux de formation similaires.
- Il n'y a pas suffisamment de données<sup>84</sup> pour analyser les différences entre les entreprises nationales et étrangères en termes de politiques de genre, mais les enquêtes de la Banque mondiale fournissent les informations suivantes en termes généraux.
  - Les entreprises nationales ont un pourcentage plus élevé de femmes par comparaison avec les entreprises étrangères,

<sup>82</sup> L'analyse approfondie par secteur est disponible dans le rapport complet.

<sup>83</sup> Corporación Financiera Internacional – Banco Mundial. Encuesta a empresas. <http://www.enterprisesurveys.org>, [enterprisesurveys@worldbank.org](mailto:enterprisesurveys@worldbank.org).

<sup>84</sup> Le rapport complet propose davantage d'informations sur la base des sources suivantes : Corporación Financiera Internacional – Banco Mundial. Encuesta a empresas, <http://www.enterprisesurveys.org> [enterprisesurveys@worldbank.org](mailto:enterprisesurveys@worldbank.org). Todaro, Rosalba (2003). El impacto

laboral de la inversión extranjera directa: la importancia de análisis de género. In Economía y género: Macroeconomía, política fiscal y liberación. Análisis de su impacto sobre las mujeres. Paloma de Villota (ed.): 387-404. Espagne : Icaria Editorial S.A. Mancero Piedad (2013) "Visibilización de género en las tendencias macroeconómicas". In Revista Análisis Económico No 25 Cambio de la matriz productiva. Quito : Colegio de Economistas de Pichincha. García, Juan Carlos y Patricia Cortez (2012). "Análisis de la participación laboral de la mujer en el mercado ecuatoriano". In Analítika, Revista de análisis estadístico, Vol. 4(1): 23-49. INEC : Quito.

mais dans les deux cas, ces pourcentages tendent à baisser avec le temps.

- Les entreprises étrangères affichent un pourcentage légèrement plus élevé de femmes gérantes.
- Les deux types d'entreprises ont des pourcentages similaires de femmes parmi leurs employés, et dans les deux cas ils sont en augmentation.

## Le système statistique national sur les investissements étrangers

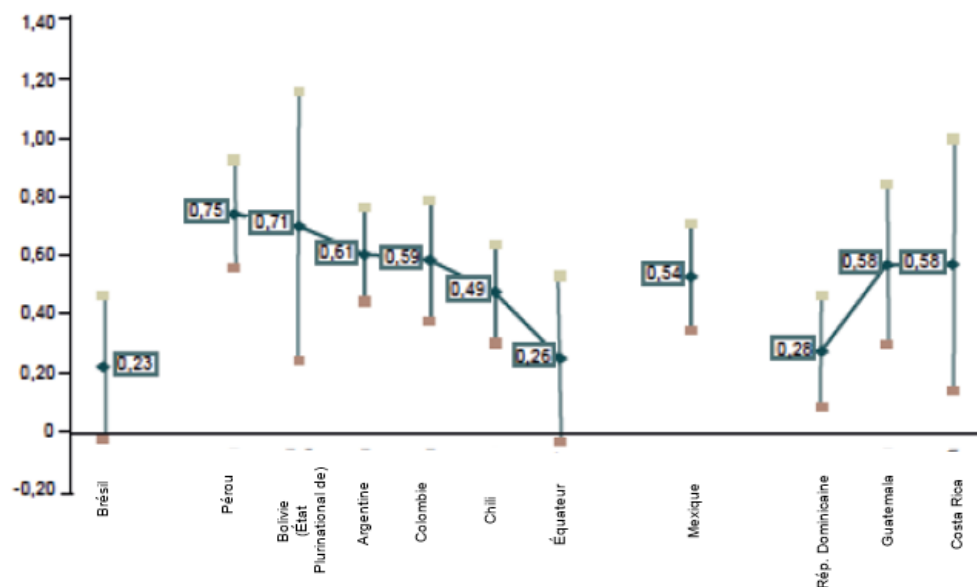
Les statistiques sur les investissements étrangers ayant pour base l'application des manuels du FMI sur la balance des paiements n'apportent pas de données suffisantes pour en quantifier l'impact sur les IED. Elles se concentrent sur les flux d'entrée et de sortie des investissements et non sur les caractéristiques de ces investissements, qui sont indispensables pour analyser, du point de vue du développement, les effets socio-économiques et environnementaux de ces investissements.

Nous n'avons pas trouvé de statistiques conçues pour étudier le comportement des intérêts étrangers dans le tissu sociétair et les résultats macroéconomiques de leurs investissements. Il existe des informations dispersées dans différentes dépendances avec des méthodologies et définitions de classification statistique distinctes et non comparables entre elles. Il reste à intégrer et mieux coordonner les statistiques des différentes institutions.

Il y a des manques statistiques dans trois aspects : a) les investissements des Équatoriens à l'étranger, b) les flux d'IED permettant de distinguer les nouveaux investissements de ceux résultant d'acquisitions ou de fusions d'entreprises déjà existantes, c) des statistiques permettant une analyse approfondie des enchaînements productifs.

Il est urgent de conduire des études à partir de sources statistiques sur les autres flux d'investissement couvrant l'ample spectre des types d'investissements couverts par les TBI, notamment les sorties illicites, qui constituent une hémorragie énorme pour les économies en développement.

### Amérique Latine (11 pays) : brèches salariales entre entreprises locales et filiales de transnationales, 2010<sup>a, b</sup>



Source : Commission Économique pour l'Amérique Latine et les Caraïbes (CEPAL), sur la base de la Banque Mondiale, enquête aux entreprises.

a Brèches et intervalles de confiance à 95 %

b Estimation par moindres carrés ordinaires (MCO) sur le logarithme des salaires.

## **D. IMPLICATIONS SOCIOÉCONOMIQUES, MACROÉCONOMIQUES, DE DROITS FONDAMENTAUX ET ENVIRONNEMENTAUX DES INVESTISSEMENTS EFFECTUÉS PAR LES ENTREPRISES AYANT POURSUIVI L'ÉQUATEUR**

### **Secteurs économiques et géographiques de localisation des entreprises**

Les entreprises étrangères d'investissement ayant engagé des poursuites contre l'Équateur devant les tribunaux internationaux d'arbitrage proviennent en majorité des secteurs de l'exploitation des ressources naturelles, avec une prédominance des hydrocarbures, activité qui a su capter la plupart des ressources externes privées des quatre dernières décennies, attirés par la forte rentabilité de l'activité et par une politique interne de concession et de garanties, réutilisées par la suite contre les intérêts du pays.

La localisation des investissements de telles entreprises a permis de situer et d'orienter les recherches à la fois en termes d'espace territorial qu'en durée d'activités et, notamment, de déterminer la zone d'influence où se sont produits des impacts économiques, sociaux, ethnico-culturels et environnementaux.

La zone d'influence couvre non seulement les espaces des concessions et des activités, mais se projette également dans les écosystèmes naturels et dans les éléments de subsistance et de vie en commun des populations alentours. Pour l'analyse économique et sociale, les informations disponibles sont issues en majorité du niveau paroissial comme plus petit échelon territorial. Ainsi, conformément à la division politique administrative en vigueur, nous avons identifié la localisation des différentes entreprises en tenant compte, à cet effet, de l'échelon paroissial comme zone d'influence.

Nous présentons dans cette partie, comme formulé au tableau suivant, l'examen des 24 affaires de poursuites engagées contre l'Équateur avec invocation de TBI en vigueur, et 4 affaires supplémentaires pour des poursuites devant les tribunaux internationaux pour atteinte aux contrats passés par le gouvernement équatorien avec des investisseurs étrangers. C'est pour cette raison que les contrats présentés ici peuvent différer légèrement du point II.2.

## Classification des entreprises et des affaires de poursuites engagées contre l'Équateur

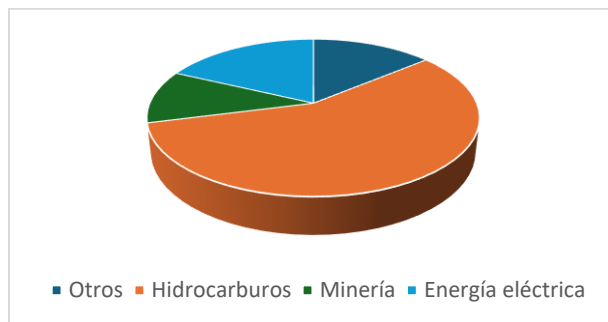
| Secteur / Activité              | Nombre d'entreprises | Nombre d'affaires | Localisation / Aire d'influence | Situation du litige                    |
|---------------------------------|----------------------|-------------------|---------------------------------|--|
| <b>Hydrocarbures</b>            | 10                   | 16                |                                 |  |
| Exploitation, export de pétrole | 9                    | 15                | Amazonie / Bloc sous concession | 6 ouverts<br>9 achevés                 |
| Raffinerie                      | 1                    | 1                 | Esmeraldas / Travaux            | Achévé                                 |
| Énergie électrique              | 5                    | 5                 |                                 |  |
| Infrastructure                  | 1                    | 1                 | El Oro / Machala                | Achévé                                 |
| Acquisitions                    | 1                    | 1                 | National                        | Achévé                                 |
| Prestation de services          | 3                    | 3                 | Guayaquil / Pichincha           | 3 Achevés                              |
| Industrie minière               | 3                    | 3                 |                                 |  |
| Concessions                     | 3                    | 3                 | Napo / Zamora / Imbabura        | 3 Ouverts                              |
| Autres                          | 4                    | 4                 |                                 |  |
| Infrastructure                  | 1                    | 1                 | Pichincha / Quito               | Achévé                                 |
| Offre de biens et services      | 3                    | 3                 | National / Autres               | 1 Ouverts                              |
| <b>TOTAUX CAS</b>               | 22                   | 28                |                                 | 10 Ouverts<br>18 Achevés               |
| <b>Affaires sous TBI</b>        | <b>20</b>            | <b>24</b>         |                                 | <b>10 Ouverts</b><br><b>14 Achevés</b> |
| <b>Affaires sous contrat</b>    | <b>2</b>             | <b>4</b>          |                                 | <b>4 Achevés</b>                       |

Source : Bureau de l'avocat général de l'État.  
Élaboré par CAITISA.

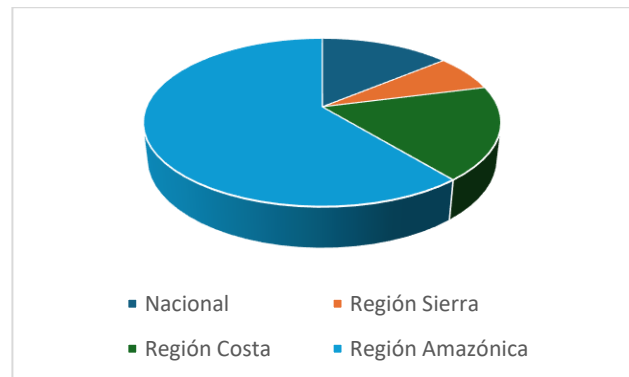
Sur les 28 poursuites (tableau 1.1), dont 16 correspondent au secteur pétrolier, 10 sociétés mères sont concernées, certaines avec des filiales intervenues dans la plainte ; le nombre d'entreprises est inférieur aux affaires, vu que certaines ont engagé plusieurs poursuites. À l'exception de l'entreprise espagnole Técnicas Reunidas S.A. qui est intervenue dans la raffinerie d'Esmeraldas, les 15 affaires sont liées à l'opération de blocs et de champs pétrolifères sous concession en Amazonie équatorienne.

### Poursuites

#### Poursuites par secteur



#### Poursuites par zone géographique



Source : Bureau de l'avocat général de l'État.  
Élaboré par CAITISA.

Parce que le plus haut degré d'intervention se produit dans des zones où les ressources naturelles sont abondantes et sur de grandes extensions, les affectations tangibles comprennent des écosystèmes sensibles qui abritent des minorités ethniques, flore, faune et milieux humides aux caractéristiques inestimables.

Le deuxième groupe d'affaires de poursuites concerne le secteur électrique. En ce qui concerne le champ d'action des entreprises, une affaire à

caractère national apparaît du fait des contrats souscrits avec l'entité qui régit le secteur ; les quatre autres sont situées dans les provinces de Guayas — surtout la ville de Guayaquil — et El Oro (zone d'exploitation de gaz pour la production d'énergie).

Vient ensuite l'industrie minière, avec trois entreprises qui ont engagé des poursuites. Ces dernières bénéficient de zones locales sous concession, deux dans les provinces de la région amazonienne de Napo (Pungarayacu) et Zamora (Nambija), et une dans la province d'Imbabura (nord du pays).

Les quatre autres poursuites concernent un nombre égal de secteurs économiques : services informatiques (IBM), infrastructure aéroportuaire (Quiport), télécommunications (Globalnet), pharmaceutique (MerckSparp&Dohme). Leur champ d'action est national, local quand il s'agit du transport aérien.

## **Incidence économique et sociale : principaux indicateurs**

### **Évolution économique**

Les provinces qui ont vu s'étendre de façon importante leur production lors des années 1990 sont celles où se situent les champs pétrolifères, comme évidence consécutive des investissements effectués dans le secteur, le seul à avoir suscité à l'époque l'intérêt des entreprises étrangères.

Pour la période allant de 2007 à 2010, la Banque centrale a publié des informations plus détaillées sur les niveaux de production par canton, qui sont des juridictions mineures et ont pu constituer des zones d'influence des activités des entreprises objet de notre recherche. Elles disposent par ailleurs de comptes pétroliers et non pétroliers. Pendant cette période, une évolution liée aux activités pétrolières a vu le jour, même si les entreprises ayant le plus d'activités dans le pays qui se trouvaient en situation de litige avaient déjà quitté la zone d'intervention. On trouve également le cas de cantons comme Esmeraldas, avec la raffinerie, Tena et Joya de los

Sachas, où les activités pétrolières ont supposé une faible croissance ou une détérioration de leur niveau de production ; la production non pétrolière de ces mêmes cantons a en revanche vu une nette augmentation.

Dans les cantons de Lago Agrio, Putumayo, Cuyabeno et Orellana, les niveaux de production totale, pétrole inclus, ressortent par leur croissance entre 2007 et 2010, période d'activité de la société pétrolière d'État Petroamazonas, qui exécute également des travaux et actions de développement social et apporte des opportunités de production à la population de ces secteurs.

### **Emploi**

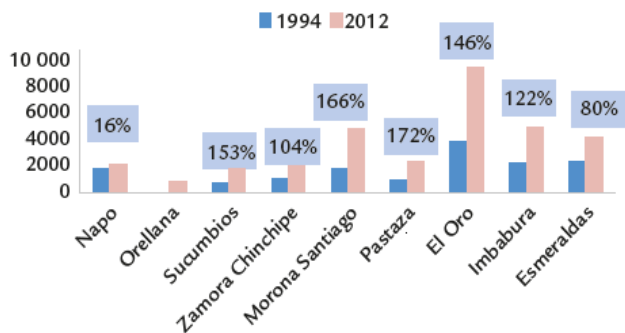
La création d'emploi a été faible dans les secteurs où se trouvent la plupart des entreprises d'investissement étranger soumises à notre audit du fait de la faible part de ressources humaines dans les activités concernées. C'est ce qu'il ressort de l'enquête nationale sur l'emploi de juin 2011 : le secteur pétrolier n'a généré que 0,53 % de la population économiquement active (PEA) malgré son poids dans la structure économique équatorienne. Dans cet indicateur, 94,7 % sont des hommes et 5,3 % des femmes. Un autre secteur qui concerne cinq des entreprises soumises à notre audit est celui de l'électricité, du gaz et de l'eau. Ce secteur n'a généré que 0,49 % de la PEA, avec une part tout aussi réduite de femmes. Dans 15 des entreprises de notre recherche, nous avons trouvé un taux d'externalisation de 10 % en 2005 ; cette modalité a été éliminée en 2008 par mandat constitutionnel.

En Amazonie équatorienne, les indicateurs d'emplois sont encore plus défavorables pour la population féminine. Selon l'INEC (2013), le taux de chômage féminin était de 6,1 %, le taux de sous-emploi ou emploi inadéquat de 43,6 % et la sous-utilisation brute de 55,1 %.

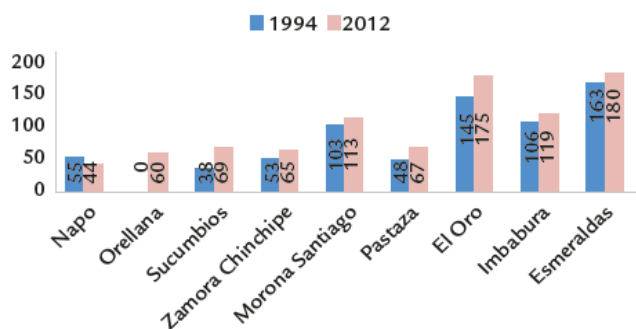
### **Éducation et santé**

En matière d'éducation et de santé, les graphiques suivants montrent les évolutions dans les provinces de localisation des entreprises examinées.

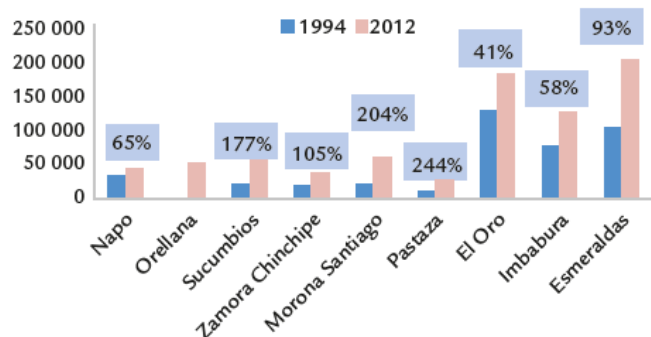
### Santé-incidences



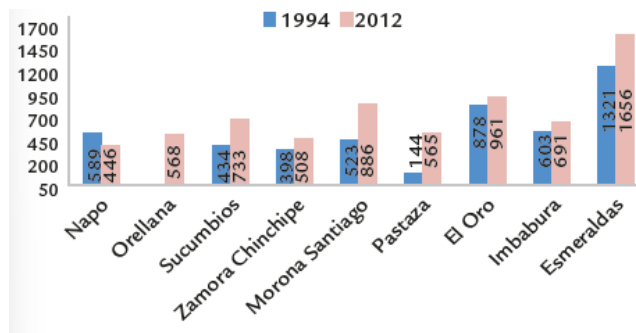
### Santé-établissements



### Santé-étudiants



### Santé-établissements



L'augmentation de la population scolaire (entre 1994 et 2012, période d'incidence supposée des investissements étrangers) est forte dans les provinces d'Amazonie pour deux circonstances sans lien avec les entreprises : 1994 signe les débuts, tandis que le dynamisme atteint son paroxysme dans les dernières années, autour de 2012.

Le concept de morbidité, dans le domaine de la santé, comprend des maladies liées aux activités menées par les entreprises étrangères du secteur de l'extraction en raison de la contamination de l'eau potable, affectation de l'hygiène, qualité de l'air, dénutrition, entre autres facteurs.

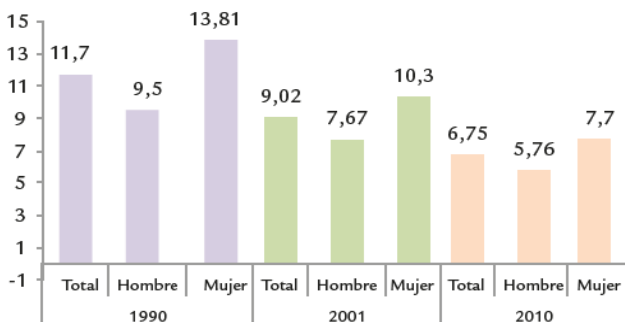
### Analphabétisme

Dans les cantons examinés, le taux d'analphabétisme descend au fur et à mesure des trois recensements dans la plupart des cas, mais il demeure insatisfaisant et même alarmant dans certains cantons, surtout au sein des femmes. Le taux le plus élevé de l'année 2010 correspond au canton de Cotacachi — à la fois chez les hommes (15,05 %) et chez les femmes (22,35 %) —, zone d'intervention des entreprises minières. Si ce taux a baissé lors des décennies précédentes, c'est surtout grâce aux efforts d'éducation de l'État et non grâce à la contribution des entreprises dont il est question.

Il existe d'autres taux d'analphabétisme, entre 10 et 19 %, au sein des femmes pour cette même année 2010 dans d'autres endroits où ont été menées des activités pétrolières, même si ces taux sont inférieurs

à ceux de 1990 et 2001. Dans tous les cas, l'influence des entreprises étrangères dans cette réduction est très limitée, car les missions d'éducation conduites se trouvaient dans les territoires immédiatement autour de leur localisation, sans aucune visée pour les étendre à toute leur zone d'influence.

### Taux d'analphabétisme national



Source : Système National d'Information.  
Élaboré par CAITISA.

### Indices d'accès aux services publics de base

Les 20 cantons où se sont installées les entreprises en question font état de conditions de développement assez hétérogènes.

En 1990, il n'y a qu'à Quito où 60 % des logements avaient accès aux réseaux publics d'eau, de tout à l'égout, de collecte de déchets et d'électricité. Suivait Guayaquil avec un taux de 47 %. Les autres cantons atteignaient 28 % tandis que les zones rurales les mieux loties affichaient un taux de 17 %, y compris au sein du canton de Quito.

En 2001, d'après le recensement de la population et du logement, les indicateurs d'accès aux réseaux publics en question montrent une évolution positive quoique très irrégulière. Les cantons de la région amazonienne restaient à des niveaux précaires, alors que de là étaient extraites les ressources pétrolières. La plupart des logements urbains n'étaient pas connectés aux réseaux d'eau, de salubrité et d'électricité, chose encore moins accessible dans les

secteurs ruraux, avec parfois un seul logement équipé sur 100.

En 2010, la situation a considérablement changé dans les zones urbaines de chaque canton. La plupart de ces cantons, y compris en Amazonie, ont atteint des indicateurs supérieurs à 50 %. Il ne fait aucun doute que cela trouve son origine dans les politiques et les financements des gouvernements et collectivités territoriales — qui ont effectué des travaux de réseaux une priorité pour leur population — et non de l'incidence éventuelle des investissements des entreprises pétrolières transnationales ; dans le secteur rural, où elles opéraient, les réseaux restaient absents.

Les logements équipés en eau courante sont rares sur le territoire amazonien. En 2010, on comptait encore des cantons des zones rurales où tout juste deux logements sur cent étaient connectés au réseau d'eau courante. Évidente, en revanche, est la situation favorable du réseau électrique pour les logements, dont la pro Homme Femm 1990 est franche : en 2010, la zone urbaine de tous les cantons observés était couverte à 90 %. Dans les zones rurales où les projets pétroliers se sont développés, une partie encore importante de logements demeurait déconnectée du réseau électrique.

### La pauvreté à l'époque des plus grands investissements étrangers et son évolution ultérieure

L'indicateur de pauvreté des besoins non satisfaits (BNS) dans les cantons dont la population était exposée aux effets des investissements affiche un niveau étonnamment élevé de foyers dépourvus de services de base, y compris en termes de conditions basiques de santé et d'éducation. En 1990, la plupart des cantons tournait autour de 90 %, et rien qu'à Quito, le taux de non-satisfaction des besoins était de 59 %, contre 70 % à Guayaquil. Il y a eu en 2001 des cas où le nombre de foyers aux besoins non satisfaits a baissé, mais il demeurait encore élevé, notamment dans les cantons d'Amazonie où les indices de pauvreté dépassaient 80 %.

En 2010, date du dernier recensement de la population et du logement, les conditions s'améliorent dans tous les cantons examinés. Toutefois, ceux où se développaient les activités pétrolières accusent un grand retard : deux tiers des foyers habités manquent de services basiques.

Incidence de la pauvreté selon les revenus

La pauvreté en termes de revenus (liés à la capacité de consommation) dont souffre la population équatorienne est mesurée à partir des enquêtes

|            | 2006 | 2010 | 2013 |
|------------|------|------|------|
| Amazonie   | 45,7 | 48,6 | 35,6 |
| El Oro     | 32,4 | 24,6 | 17,5 |
| Esmeraldas | 59,7 | 51,3 | 46,1 |
| Guayas     | 34,6 | 26,2 | 23,2 |
| Imbabura   | 41,4 | 37,3 | 28,5 |
| Pichincha  | 17,7 | 16,5 | 9,1  |
| NATIONAL   | 37,6 | 32,8 | 25,6 |

Source : Institut National des Statistiques et des Recensements.  
Élaboré par CAITISA.

## Atteintes à la vie communautaire, possession des terres, sécurité alimentaire, déplacements et conflits

L'établissement de contacts avec les dirigeants de communautés, organisations sociales et personnes affectées a permis de constater les effets sur la vigueur des droits humains et l'environnement naturel des investissements. Parmi les atteintes observées, on trouve : altération des moyens de subsistance, déplacements de communautés de leur territoire, tromperies et manquements aux engagements, conflits sociaux internes provoqués, omission d'information et de consultation préalable, dissimulation des dégâts, études d'impact environnemental imprécises, inobservées et non évaluées.

### *Possession des terres*

Avec la souscription de la convention et du code de conduite, la nationalité Secoya s'est engagée auprès de la société pétrolière OXY à recevoir des

urbaines d'emploi et de chômage menées par l'Institut national des statistiques et des recensements (INEC). Avec une méthode homogène, elles proposent des chiffres désagrégés par province de la Côte et de la Sierra, et agrégés pour la seule Amazonie. Après sélection des lieux des investissements des entreprises examinées, nous avons obtenus les résultats présentés dans le tableau suivant :

compensations lors de la phase d'exploration en contrepartie de la renonciation aux plaintes pour dégâts environnementaux subis lors des phases suivantes, malgré le fait que la loi concernée prévoyait la possibilité de plaintes portant sur le plan de gestion, impliquant la responsabilité pénale et le droit à des réparations et indemnisations à caractère civil.

La même convention fixe une compensation de 700 000 dollars payés à différentes échéances de la phase d'exploration sur vérification des rendements des puits (600 000 dollars ont effectivement été remis, malgré le lancement de la phase d'exploitation). En échange de ce montant — qui n'a aucune commune mesure avec les bénéfices obtenus par les propriétaires de l'entreprise —, la société a utilisé des biens matériels (bois, eau), a utilisé la terre et les droits de passage sans prévoir le moindre paiement pour l'acquisition ou la location du sol ; elle n'a pas non plus été obligée de supporter les droits de superficie, pour avoir souscrit un contrat de participation.

La possession des terres dans le domaine de la production pétrolière, par effet de la loi sur les hydrocarbures, ne reconnaît pas de droits de propriété aux communautés et peuples de lieux ancestraux. Aussi, ni l'État et encore moins les sociétés privées qui ont la possession de ces terres n'ont appliqué de procédure de déclaration d'utilité publique, avec ce qu'elle implique de paiements ou indemnisations.

En somme, les nombreuses conventions et codes de conduite, notamment au cours des décennies

précédentes, ont été employés par les sociétés pétrolières comme moyens de contrôle, d'apaisement et d'omission de droits de l'homme et droits collectifs, ce qui leur a apporté des avantages économiques. Ils s'engageaient même à se substituer à l'État en termes de responsabilités et d'obligations environnementales et sociales, sabotant ainsi l'accès des gens aux instances officielles. En raison du manque de clarté et de cohérence juridique dans la possession des terres, plusieurs paysans déplacés de leurs terrains ont continué à payer la taxe foncière sur leurs terres envahies, attendu que le registre cadastral ne fait état d'aucune expropriation ni déclaration d'utilité publique.

### **Preuves d'atteintes et témoignages recueillis lors du travail sur le terrain**

#### ***Résumé des témoignages***

L'équipe de recherche s'est déplacée jusqu'aux blocs pétroliers 12, 15 et 7 où les entreprises OXY et Perenco ont exercé leurs activités, cette dernière dans un consortium avec Burlington, dans les provinces de Sucumbíos et Orellana. Elle s'est également rendue dans les zones d'intervention de Texaco (aujourd'hui Chevron) dans le secteur d'Aguarico, du canton Lago Agrio, vers les zones d'activité des entreprises Petrobras, Perenco et Texaco (cette fois, le champ Sacha, dans le canton Joya de los Sachas), dans les provinces de Napo et Orellana. Nous avons pu recueillir les témoignages suivants dans ces zones des habitants (version résumée) :

- Paiements minimes pour l'usage des terres. Travaux de compensation embryonnaires, beaucoup sont incomplets, non fonctionnels, et ne servent que la communauté la plus proche ; des affrontements entre communautés ont eu lieu à cause de cela.
- Des logements ont été offerts en échange de terrains ; les terres ont été remises mais l'entreprise n'a construit aucun logement. Les dirigeants perdent leur crédibilité, ce qui entraîne la dévalorisation de leur parole et

porte atteinte à leur bonne foi, facteur important des relations dans les communautés.

- Informations restreintes et manipulées à la convenance des entreprises. Inexpérience et méconnaissance des habitants face à leurs droits.
- Précarité des relations de travail et des contrats d'engagement à la tâche sans déclaration, le tout pour très peu d'habitants. Aucune formation et aucun effort pour améliorer la qualification de la main d'œuvre ou parvenir à un certain niveau de professionnalisation.
- Contrats à perte de nettoyage des routes, de transport ou autres.
- Ils passent, dans certains cas, de propriétaires des terres à journaliers dépendant du travail pétrolier. Les coutumes se dégradent, la mendicité et le chantage font leur apparition ; rejet du travail traditionnel et du savoir ancestral.
- Alcoolisme, substitution des boissons traditionnelles par la bière, avec un haut degré de dépendance à l'alcool.
- Bruit des groupes électrogènes qui provoque de la surdité.

#### **Versions et témoignages individuels dans les zones de deux entreprises visitées :**

**Petrobras.** Dans la communauté quichua Guataracu, dont l'étendue est considérable et qui est composée de cinq secteurs (Centro, Pukuna 13, Selva Alegre, Río Salvador et Venado Yaku), nous avons pu échanger lors de réunions tenues avec les dirigeants de communautés, d'une pré-coopérative, un directeur d'école, le maire et d'autres participants, au sujet des relations économiques et sociales entretenues avec la société Petrobras. Les témoignages rendent compte des contributions de l'entreprise et des manquements et problèmes suscités. Il y a eu des initiatives portant sur la santé (brigades médicales, points de santé, formation aux promoteurs) et dans le domaine de l'éducation, avec

la remise de matériel scolaire, alimentation et transport, de même que de petits travaux, comme des clôtures ou des salles de classe, il y a eu également des formations pour les enseignants en matière d'informatique.



**Entretiens** avec Guillermo López, directeur de l'école « Imbabura » située dans la communauté « Huataracu » et Miguel Grefa, président du comité de parents.

En ce qui concerne la **création d'emploi** et les embauches, nous avons été informés que l'entreprise avait recours à l'externalisation ; dans d'autres cas, elle s'arrangeait avec les dirigeants de la communauté pour définir les personnes qui seraient engagées : « Chez Petrobras, ils faisaient une assemblée chaque fois qu'ils avaient besoin de personnel, et on y cherchait les meilleurs responsables du travail, et c'est eux qu'on envoyait travailler, toujours en coordination avec les dirigeants de la communauté » (Grefa, Miguel. Entretien personnel. 16 septembre 2014).

Un autre témoignage fait état de « *Conflits entre les communautés parce que les emplois bénéficiaient plus les uns que les autres* » (Andrango, Rafael. Entretien personnel. 15 septembre 2014). « À l'époque, on travaillait par tranches de 14 jours, on nous payait 240 dollars les 14 jours, on n'avait pas droit à la sécurité sociale » (Bravo, Hermel. Entretien personnel. 15 septembre 2014).

Ils affirment par ailleurs que l'entreprise a laissé des impayés, ne leur a pas versé les primes

d'intéressement et autres ; des procès sont en cours pour obtenir ces paiements.

*D'autres formations ont eu lieu à destination des habitants, et particulièrement des femmes : « Avec Petrobras on a eu des ateliers de formation pour les dames en cuisine et couture, il y a aussi eu ici un atelier de boulangerie, tout ça ça s'est fait avec les femmes. C'était des formations que donnait cette*

Les **liens avec la communauté** étaient généralement régis par des **conventions signées** où la société s'engageait à les indemniser pour tout dommage physique et à conduire des travaux de compensation sociale. Les versions diffèrent quant au degré de satisfaction des obligations. Si les professionnels de Petroamazonas parlent d'un haut niveau de réalisations, les habitants du secteur évoquent des manifestations et des revendications dues à des retards et des provocations.

L'une de ces conventions — signée entre la société ECUADORITC S.A. (filiale équatorienne de Petrobras) et la pré-coopérative Unión Alamoreña sous la dénomination de convention de compensation des activités pétrolières — mentionne les travaux et dons au bénéfice de la communauté que la société s'engage à effectuer. Elle prévoit également que la pré-coopérative s'engage à ne demander aucune augmentation ni indemnisation supplémentaire, de même que l'apport en main d'œuvre non qualifiée sur la base de *mingas* communautaires (travail collectif des habitants d'un secteur) pour les travaux et projets de développement social et humain. « Avec Petrobras, on a fait grève pour l'agrandissement de la route, nous qui en sommes les premiers usagers, on a fait grève pour que la route avance, pour qu'elle ne se paralyse pas et bénéficie toutes les familles » (Grefa, Miguel. Entretien personnel. 16 septembre 2014).



Entretien avec Hermel Bravo, président de Pre-Cooperativa Unión Alamoreña - Paroisse San



Entretiens avec Moisés Irumenga. Président de l'une des communautés Huaorani, située dans la paroisse Chontapunta. (18/09/2014).

« J'ai eu vent de beaucoup de monde dans les communautés alentours à qui ils donnaient à manger, sans les faire travailler, alors que nous (la paroisse 3 de Noviembre) on devait travailler et se sacrifier pour avoir de quoi manger » (Andrango, Rafael. Entretien personnel. 15 septembre 2014).

La société avait mis en place des programmes de **développement agricole**. « Petrobras nous soutenait dans la communauté piscicole, avicole, il y avait des plantations de cacao, de café, des bananiers, etc. Au cœur de tout ça il y avait un plan de développement agricole avec toutes les communautés, où nous on leur achetait ce qu'ils produisaient dans leurs potagers et on le vendait à l'entreprise pour leur

alimentation » (Caicedo, John. Entretien personnel. 15

« Des travaux communautaires ont eu lieu, mais ils n'ont pas entièrement été achevés comme prévu dans la convention. Petrobras a indiqué que le réseau d'eau potable fonctionnerait pendant deux ans, mais ils ont manqué à leur parole et maintenant le réseau d'eau ne sert à rien » (Bravo, Hermel. Entretien personnel. 15 septembre 2014).

septembre 2014).

« Quand je parle d'éducation, c'est parce qu'à l'époque il y avait des missionnaires qui travaillaient dans l'éducation, qui nous disaient ce qu'ils fallait faire et pourquoi... ça a duré un temps, et ça s'est arrêté. Les gens de l'institut linguistique d'été qui sont venus ont fait des interviews et comme nous on devait à tout prix protéger notre culture, on ne s'est pas laissés faire » (Irumenga, Moisés. Entretien personnel. 18 septembre 2014).

**Perenco.** Les observations suivantes concernent Perenco, qui a opéré le champ pétrolifère 21 (Yuralpa) jusqu'en 2009. Nous avons obtenu le témoignage d'habitants natifs et de colons, tous membres des communautés, ainsi que du directeur de l'école.

En **termes de travail**, l'entreprise avait recours à des ouvriers par l'intermédiaire de ses sous-traitants sous la modalité suivante : « Perenco n'engageait d'ouvriers qu'à travers les sous-traitants et encore, pour une durée limitée. On nous demandait 20 ouvriers aux 8 communautés, ça faisait deux par communauté, et ça c'était un problème parce que ça générerait des conflits entre communautés » (Tapuy, Ricardo. Entretien personnel. 16 septembre 2014). D'après Antonio Nemguino, président de l'une des communautés Huaorani que nous avons visitées,

Perenco n'a engagé personne de la communauté pour aucun des travaux.



**Entretiens** avec Juan Luis Grefa, ancien président de la communauté Yuralpa Centro. (19/09/2014).

Les relations entre l'entreprise et les communautés étaient très déséquilibrées, ce qui suscitait des problèmes internes et entre les groupes : « À l'époque, Perenco négociait avec les leaders, et eux ils étaient déconnectés des vrais besoins de la communauté, il n'y avait pas les informations nécessaires, et l'entreprise ne s'adressait qu'aux dirigeants pour négocier et la population n'avait aucune idée de ce qui avait été négocié » (Irumenga, Moisés. Entretien personnel. 18 septembre 2014).

Altération des coutumes et tentatives de changements culturels par l'éducation :

L'entreprise n'a que marginalement contribué à l'éducation offerte aux habitants, et ses très rares contributions en termes de **santé** ont causé la pollution des cours d'eau utilisé pour la consommation, entraînant des problèmes digestifs chez les habitants des alentours : « Nous on buvait l'eau de l'estuaire, c'était notre seule source d'eau, et comme elle était polluée, elle provoquait des vomissements et de la diarrhée »

(Nemguino, Antonio. Entretien personnel. 18 septembre 2014). Il y a également eu des pathologies de la peau : « Comme on se lavait dans l'eau polluée, on avait des problèmes de peau » (Nemguino, Antonio. Entretien personnel. 18 septembre 2014). « Les enfants avaient des problèmes de peau parce qu'ils se baignaient dans l'eau polluée » (Irumenga, Moisés. Entretien personnel. 18 septembre 2024).

« Moi j'ai des taches dans la bouche et sur les bras à cause de la pollution » (Grefa, Juan Luis. Entretien personnel. 19 septembre 2014). « Ils ont construit un dispensaire médical et payé des professionnels de santé jusqu'à ce que la direction provinciale de la santé de Pastaza en ait pris la tête » (Andrango, Rafael.

Modalités limitées, concessions réduites pour la communauté : « Pour tout installer, les canalisations donc, ils nous aidaient avec le matériel, mais ils ne nous donnaient pas l'argent, on ne pouvait donc pas demander que telle chose soit un peu plus grande, on devait attendre deux ans avant de réclamer d'autres travaux » (Nemguino, Antonio. Entretien personnel. 18 septembre 2014).

### **Niveaux de conflits entraînés par les entreprises**

Les registres du ministère de l'Environnement contiennent les référents des conventions et les incidents survenus dans les relations entre les sociétés pétrolières et les groupes sociaux des zones d'activités, comme indiqué au tableau suivant :

Les données révèlent la tendance de certaines entreprises (dont Perenco et Petrobras) à entretenir un contrôle relatif des groupes par le biais de conventions aux conditions imposées par les sociétés que les communautés acceptent sans trop d'information ni de conseils. La plupart des conflits surgissent du manquement des engagements et du manque permanent de dialogue, de consultation et de communication. Dans de nombreux cas, les forces de l'ordre sont intervenues contre les habitants et les paysans.

### Cas d'atteinte aux droits de l'homme

Dans un rapport remis par le défenseur du peuple fin 2014, il est fait état de plaintes déposées par des personnes et des groupes sociaux dont les droits ont été affectés par les interventions de trois entreprises (Chevron, Perenco et Repsol) et qui se sont présentées au défenseur pour trouver des solutions. Les cas exposés confirment les abus observés lors des visites sur le terrain de CAITISA, ainsi que dans les études documentaires en question.

La population affectée, très nombreuse, a eu recours aux collectivités et à la justice avant de se présenter au défenseur du peuple. Elle a néanmoins dû faire face à des sociétés pétrolières puissantes détenant le contrôle sur tout obstacle se trouvant sur son chemin. Telle est la perception des victimes, qui n'ont pas reçu la moindre compensation en réparation de la violation de leurs droits.

| Opérateur    | Conventions |                | Réclamations |  | Litiges  |  |
|--------------|-------------|----------------|--------------|--|----------|--|
|              | Originales  | Renégociations | Quantité     | Causes prédominantes   | Quantité | Causes prédominantes   |
| Encana       | 8           | 0              | 2            | Non-respect des compensations.<br>Dommages environnementaux.<br>Activités sans consultation préalable ni consultation environnementale   |          |  |
| Occidental   | 3           | 1              |              |  | 2        | Fermeture de routes découlant d'un refus d'écouter les demandes de la communauté |
| Perenco      | 52          |                | 6            | Non-respect des compensations.   | 5        | Malaise chez les habitants en raison de la présence de l'entreprise              |
| Petrobras    | 30          | 5              | 41           | Non-respect des compensations.<br>Dommages environnementaux.<br>Atteinte à la production.<br>Activités sans consultation préalable. Dommages causés aux infrastructures communautaires | 4        | Absence de dialogue entre les communautés.                                       |
| Repsol       | 3           | 0              |              |  | 1        | Détention des habitants  |
| City Oriente |             |                |              |  | 2        | Recours à la force et à la violence policière                                    |

Source : ministère de l'Environnement, Litige SIESAP-HN-1.  
Élaboré par CAITISA.

## Impacts et passifs environnementaux : zones sous investigation

Les tendances législatives environnementales sont passées de la conception sanitaire dans les années 1970 appliquées à la régulation des permis, jusqu'à la conception conservationniste des années 1980 puis la conception actuelle qui lie les activités productives et d'extraction au développement durable en tant qu'axe recteur. La législation environnementale équatorienne a connu son essor avec l'approbation de la Constitution de 2008<sup>85</sup> qui reconnaît la nature comme sujet de droit.

### En matière d'hydrocarbures

Les activités pétrolières développées dans le pays ont constitué la principale source de richesse des quatre dernières décennies, même si les revenus tirés ont généreusement été partagés avec les entreprises étrangères sous contrat. Le coût pour le patrimoine naturel est représenté par l'empreinte écologique à intensité variée laissée, dans la plupart des interventions, par l'exploration et l'exploitation des ressources.

- **Définitions.** Conformément à la nomenclature environnementale et aux informations enregistrées, l'altération de l'environnement et les incidents provoquant de la pollution sont liés aux facteurs opérationnels, événements naturels et, occasionnellement, à des attentats. Ces événements sont : **épanchements** depuis les puits ou conduits vers les terrains, cours d'eau ou lacs, qui peuvent également se produire dans des réservoirs et terminaux de

stockage ; **piscines**, c'est-à-dire des excavations pour stocker les déchets chimiques, boue, gravier de perforation et tests de production ; **fosses**, des excavations mineures, en moyenne de 2 mètres x 2 mètres x 3 mètres creusées, comme mauvaise pratique, au bord de rivières, lacs ou marais pour confiner les matières contaminées, produit des épanchements d'hydrocarbures. Les structures dédiées aux hydrocarbures pouvant occasionner des dommages environnementaux sont également : **puits, plateformes, stations, torches, complexes industriels et raffineries.**

- **Informations du ministère de l'Environnement.** Dans le cadre de ces définitions, le ministère informe sur la magnitude des passifs environnementaux enregistrés par les opérateurs de champs pétrolifères (les données de TEXACO ont été exclues car elles sont présentées dans une partie à part).

S'il est fait état du nombre de piscines ouvertes comme réservoirs de déchets dans cinq entreprises sur six, les données sont très peu abondantes pour ce qui est de leur extension. Il y a néanmoins lieu de supposer que ces espaces étaient creusés en toute liberté, sans aucun traitement ni protection. La population affectée est celle consignée au recensement de la population de 2001 dans les paroisses où se situent les blocs pétroliers.

### Passifs environnementaux : piscines

---

<sup>85</sup> Principales lois prises en compte dans la recherche sur les impacts environnementaux : Loi de gestion environnementale du 30 juillet 1999 ; loi sur les hydrocarbures, loi de développement des énergies non conventionnelles, loi de régulation de la production et la

commercialisation de combustibles en Équateur, loi spéciale de décentralisation de l'État et de participation sociale (8 octobre 1997), règlement substitutif au règlement environnemental d'opérations.

| ENTREPRISE OPÉRATRICE | PISCINE |              | SITUATION  |   | POPULATION AFFECTÉE |
|-----------------------|---------|--------------|--|---|---------------------|
|                       | Nombre  | Surface (m2) | Paroisse   | Localité - Province   |                     |
| VILLE                 | Sd      | Sd           | Tarapoa  | Cuyabeno - Sucumbíos  | 5 185               |
| PETROBRAS             | 10      | SD           | San Sebastián del Coca, Tres de Noviembre,               | Joya de los Sachas - Orellana                                   | 6 980               |
| ENCANA                | 2       | Sd           | Dayuma   | Orellana - Orellana   | 11 695              |
| OXY                   | 12      | Sd           | El Edén, Pompeya, Limoncocha, Unión Milagreña            | Orellana, Joya de los Sachas, Shushufindi - Orellana, Sucumbíos | 9 215               |
| PERENCO               | 37      | 1 200        | Chontapunta, Puerto Francisco de Orellana, Nuevo Paraíso | Tena – Napo, Orellana - Orellana                                | 35 289              |
| REPSOL                | 53      | 42 349       | Cononaco, El Edén, Alejandro Labaka                      | Aguarico, Orellana  | 2 496               |

**Notas :** Sd : Donnée ne figurant pas dans la base de données. Pour Perenco, la surface correspond à 5 piscines. Pour Repsol, la surface correspond à 14 piscines.

**Source :** ministère de l'Environnement, SIESAP-HN.

La pollution entraînée par les piscines à ciel ouvert a été fortement nocive tout particulièrement du fait de l'absence de revêtement des parois, ce qui a permis la filtration des composants toxiques des hydrocarbures, des eaux de production et de métaux lourds vers les terrains, les rendant impropres à la production. Quand ces piscines étaient à proximité

d'estuaires et de rivières, ces flux atteignaient les débits d'eau avec des substances mortelles pour les poissons et les animaux vivant de cette eau. Les habitants n'étaient pas à l'abri des problèmes de santé, exposés au danger de mort en cas de difficultés d'accès aux soins médicaux. Il n'était pas rare qu'ils souffrent de pathologies de longue durée.

### Passifs environnementaux : épanchements

| ENTREPRISE OPÉRATRICE | ÉPANCHEMENT  |                 |   | SITUATION   |                | POPULATION AFFECTÉE |
|-----------------------|--------------|-----------------|---|---|----------------|---------------------|
|                       | Surface (m2) | Volume (Barils) | Cause   | Paroisse  | Province       |                     |
| ENCANA                | Sd           | Sd              | Problème mécanique  | Dayuma  | Orellana       | 11 695              |
| OCCIDENTAL            | 4 893        | 10              | Erreur humaine  | Limoncocha  | Sucumbíos      | 3 819               |
| REPSOL                | 79 000       | 2 500           | Corrosion   | Cononaco  | Orellana       | 359                 |
| PETROBRAS             | Sd           | Sd              | Erreur humaine  | Tres de Noviembre   | Orellana,      | 3 138               |
| PERENCO               | 41 985       | 583             | Évènement naturel, problème mécanique, erreur humaine, attentat | Chontapunta, La Belleza, Nuevo Paraíso, Puerto Francisco de Orellana, San Luis de Armenia | Orellana, Napo | 41 434              |

**Notas :** Sd : Donnée ne figurant pas dans la base de données.

**Source :** ministère de l'Environnement, SIESAP-HN.

Élaboré par CATTISA.

Les épanchements sont la pire des causes de pollution. Ils se produisent en général du fait de défauts d'opération comme la corrosion, la négligence ou les mauvaises pratiques ; ils peuvent également être issus d'attentats, de désastres naturels ou d'actes de délinquance.

### Contenu des rapports d'expertise et travaux sur le terrain

Aux rapports remis par le bureau de l'avocat général de l'État, qui fait partie de la défense juridique dans les affaires judiciaires internationales, s'ajoutent les observations sur les sites effectuées par CAITISA pendant la phase de travail sur le terrain dans les blocs opérés jusqu'en 2006 par Occidental, les blocs 7 et 21 sous la responsabilité de **Burlington** et **Perenco**, le champ pétrolifère de Pata et Palo Azul opéré par **Petrobras**, les puits d'Aguarico (canton de Lago Agrio) et le champ de Sacha, bloc 60 (canton de Joya de los Sachas) où Texaco (aujourd'hui Chevron) est intervenu. Il y a lieu de signaler ce qui suit à cet égard :

À propos de l'époque où OXY opérait les blocs 15 et 12, et Burlington et Perenco les blocs 7 et 21, la communauté fait état de ce qui suit :

- Les torches et les générateurs électriques ont interféré avec les activités de chasse et de pêche. Des espèces ont disparu.
- Changements dans le potentiel touristique. Perte de la beauté naturelle. Disparition des lucioles qui illuminaient la nuit autour de la laguna Limoncocha.
- Pratiques peu responsables de la société Perenco en termes techniques, avec de graves atteintes environnementales. Ils enterraient de la pentolite à 20 mètres de profondeur pour provoquer des explosions dans des lieux à proximité immédiate de sources d'eau (témoignage de Camilo Grefa et Roberto Francisco Audi ; Unión San Miguel, paroisse El Coca).

Pour des pratiques similaires à l'enterrement de pentolite de la part de la société pétrolière CGC qui opérait le bloc 23 en association avec Burlington et

Perenco, la communauté quichua Zarayaku a engagé des poursuites en 2003 devant la cour interaméricaine des droits de l'homme. Elle a obtenu gain de cause en juin 2012, obligeant l'État, en plus de retirer le matériel toxique, à indemniser financièrement, à s'engager à des consultations préalables, à former des fonctionnaires en matière de droits de l'homme des peuples indigènes et à demander des excuses publiques.

Les rapports d'expertise décrivent la menace de suspension des activités brandie unilatéralement et spéculativement par **Burlington**, qui se disait victime d'une prétendue expropriation, soumettant au risque de dommage environnemental significatif les blocs 7 et 21 en raison de fuites et/ou épanchements liés à la fermeture. Face à l'imminence d'un tel risque, l'État équatorien s'est vu dans l'obligation d'intervenir pour prévenir les dommages mécaniques, environnementaux et aux gisements. Et pourtant, l'entreprise étrangère s'est présentée en victime devant les tribunaux internationaux.

On y trouve également des questions sérieuses sur l'état dans lequel Perenco a abandonné les blocs 7 et 21, en dépit de la forte fragilité environnementale de ce secteur de la forêt amazonienne. À l'opposé de l'attention raisonnable attendue d'une entreprise d'un tel prestige, Perenco s'intéressait davantage aux faibles coûts plutôt qu'aux mesures nécessaires pour protéger l'environnement. D'après les mêmes rapports, Perenco a décidé d'acquérir des champs matures en fin de vie productive pour investir le moins possible. Ils ont également commis des actes de tromperie et de dissimulation envers les autorités équatoriennes concernant les dommages causés dans les blocs et dans les alentours.

Les experts environnementaux indépendants engagés par l'Équateur, Integrated Environmental Services, S.A. de C.V. (IEMS), ont détecté une importante détérioration environnementale dans le sol et les eaux souterraines des blocs 7 et 21. Sur place, d'importants volumes de sol et d'eaux souterraines étaient pollués aux hydrocarbures et/ou métaux lourds (zinc, baryum, cuivre, chrome, nickel) dans l'ensemble des

sept installations des blocs soumis à examen, ont également été trouvées des émissions atmosphériques dues à des mélanges indus de diesel et de pétrole brut dans les moteurs de génération d'électricité, transformés en gaz potentiellement nocifs pour la population locale, de même que pour la faune et la flore du secteur. Dans une estimation modérée, IEMS a estimé que le coût lié à l'impact environnemental s'élèverait à au moins 484,5 millions de dollars, sans tenir compte des autres formes de dommages à la santé publique et dommages socio-environnementaux.

Au sein du champ pétrolifère Yuralpa, dans le bloc 21, **Perenco** a provoqué la pollution de l'estuaire le plus proche. Du pétrole brut était épanché sur les routes ouvertes qui, avec l'aide de la pluie, a ruisselé sur les bords, comme le décrit l'une des victimes en entretien : « *Perenco a pollué l'eau de l'estuaire qui est toute proche d'ici, et la rivière aussi, parce que ce qu'ils jetaient sur les routes ruisselait vers la rivière et nous on n'avait nulle part pour prendre de l'eau* ». Aucun plan de dépollution n'a été mis en place : « *Perenco a pollué et c'en est resté là, ils n'ont jamais rien nettoyé, ils ont tout laissé en plan* » (Nemguino, Pancho. Entretien personnel. 18 septembre 2014).

Dans la version élargie de ce rapport sont décrits les préjudices occasionnés dans bloc 7 et dans le champ pétrolifère Coca-Payamino, de même que dans le bloc 21 — opérés par Perenco et Burlington — ainsi que leur magnitude, l'impact de la pollution sur les cultures, la pêche et les autres activités de production des communautés existantes sur les territoires, y compris les atteintes à la diversité naturelle, la flore et la faune silvestre, le tout en raison de l'absence d'une maintenance adaptée et à cause du recours à une technologie obsolète pour réduire les coûts.

D'autres témoignages sur les impacts environnementaux ont été enregistrés lors de notre visite sur le terrain à Pata et Palo Azul, champ opéré par **Petrobras**. Les habitants du secteur font savoir ce qui suit au sujet des cas de pollution de l'eau et des épanchements pendant le transport de pétrole brut :

« Ici, il y a eu de la pollution mais Petrobras ne l'a jamais ébruité, la communauté passe son temps à faire des réclamations mais eux n'avaient rien à perdre, ils ont surtout pollué l'estuaire, moi j'ai perdu 7 têtes de bétail, je me suis plaint auprès d'eux mais ils ont refusé de reconnaître quoi que ce soit » (Bravo, Hermel. Entretien personnel. 15 septembre 2014).

« Ils géraient mal, ils n'étaient pas très à l'aise avec la gestion des oléoducs, parfois il y avait des épanchements dans les ravins, et pour y remédier ils ont formé une petite équipe d'urgence pour s'occuper des ravins et des estuaires et ils ont donné la priorité à l'arrêt des épanchements ». (Grefa, Miguel. Entretien personnel. 16 septembre 2014).

Des audits complets menés par le MAE aux entreprises Ecuador TLC, qui opérait le bloc 18 (champs Palo Azul et Pata) et City Oriente, pour le bloc 27, rapportent des incidents mineurs suivis de dépollutions et l'assainissement des sols en application des bonnes pratiques environnementales et des normes environnementales en vigueur ; de même que des largages d'eaux industrielles et domestiques, ensuite réinjectées. Elles ont développé des programmes de relations communautaires et souscrit des conventions avec huit communautés de la zone d'influence, ainsi qu'avec le gouvernement municipal de Joya de los Sachas, le gouvernement provincial d'Orellana et la direction provinciale de la santé d'El Coca. Les institutions que nous avons consultées nous ont fait connaître que ces entreprises avaient respecté leurs engagements.

### ***Dommages environnementaux dans la zone de la raffinerie d'État d'Esmeraldas.***

Parmi les documents figurant au dossier des poursuites de Técnicas Reunidas conduit par le bureau de l'avocat général de l'État, on y observe le non-respect du **projet**, de même que les défauts de conception et de construction qui ont entraîné le largage, entre 1997 et 2006, de 2 230 000 m<sup>3</sup> d'eaux usées sans le moindre traitement vers les rivières de la province d'Esmeraldas, entraînant de graves dommages environnementaux. Et pourtant, c'est l'entreprise qui a engagé des poursuites devant la

CIRDI pour des avoirs prétendument non soldés. Ce différend a pris fin en 2008 par un accord entre les parties.

### **Un cas aggravé : l'affaire Chevron**

Les informations présentées dans cette partie ont été en partie extraites des rapports d'expertise versés au dossier dans l'instruction judiciaire faisant suite à l'action collective entreprise par les victimes de Texaco, qui a conduit à la condamnation de l'entreprise par la cour provinciale de justice. Nous y avons également consigné les observations et témoignages obtenus lors des visites sur le terrain par l'équipe de CATTISA.

Entre 1967 et 1990, la société TEXACO a développé ses activités d'exploration et d'exploitation pétrolière en Amazonie équatorienne par le biais d'un consortium formé dans un premier temps avec la société GULF et la compagnie étatique CEPE. Au départ de GULF, CEPE a acquis ses parts ; pendant tout ce temps, les phases d'exploration et d'exploitation étaient menées par l'opérateur de TEXACO, appelé TEXPET.

La zone sous concession couvre environ 400 000 hectares. L'opérateur a perforé 356 puits dans 28 champs ; 22 stations de production ont été construites, de même que plusieurs sous-stations, en plus de l'oléoduc SOTE.

Ainsi, TEXACO a extrait 1,3 milliards de barils de pétrole, épanché dans l'environnement entre 60 et 68 milliards de litres d'eau de production et brûlé 21 410 894 mètres cubes de gaz. L'entreprise a construit près de 2 000 kilomètres de routes et de chemins.

**Épanchements connus.** Pour trois raisons principales, des épanchements ont eu lieu à hauteur de 26 388,62 barils pendant les opérations de TEXPET : 20,4 % (5 389 barils) pour des cas de force majeure, 1,02 % (276 barils) à cause de personnes étrangères à l'entreprise et les 58,8 % restants (20 723 barils) en raison de problèmes dans l'exploitation pétrolière. Sur ces erreurs

d'exploitation, la majeure partie (58 %) peut être considérée comme normale, mais les cas de corrosion (30,85 %) et de négligences ou mauvaises pratiques (11,06 %) existent.

**Pollution et dommages dans les zones d'épanchement.** Le plus gros de l'impact a été subi par les rivières et les estuaires du secteur : la rivière Quijos, la rivière Shiripuno et surtout la rivière Aguarico. En avril 1976 a été documenté le premier épanchement dans la rivière Aguarico. Aussitôt après, une pollution au diesel de cette même rivière avait lieu. On a enregistré plusieurs autres épanchements autour du puits Lago Agrio n° 15.

**Inventaire de piscines.** 916 piscines ont été identifiées, 832 grâce à la photo-interprétation aérienne ; les 84 piscines restantes ont été constatées lors d'inspections sur le terrain. Jusqu'en 1976, pas moins de 287 ont été ouvertes dans les champs d'Aguarico, Auca, Lago Agrio, Palo Rojo, Sacha et Shushufindi.

**Atteintes environnementales.** Les activités d'exploitation pétrolière de Texaco ont occasionné la libération de substances chimiques toxiques dans l'environnement. Dans ces zones, la vie aquatique est exposée aux hydrocarbures solubles dans l'eau, ainsi que des substances polluantes inorganiques, comme le chlorure, le cadmium, le chrome, le cuivre, le nickel et le plomb. Les concentrations de ces substances polluantes telles que mesurées dans les rivières et ruisseaux qui traversent la concession rendent l'eau impropre aux biotes aquatiques.

Les données du sol de cette zone montrent des concentrations en hydrocarbures totaux de pétrole (TPH), baryum, cuivre, chrome et zinc suffisamment élevées pour produire de la toxicité chez les invertébrés, oiseaux, mammifères et plantes. 1618 cas de pertes de terres accompagnés de dommages aux propriétés (constructions) ont été détectés du fait de fuites d'oléoducs, ruptures de piscines, sismique, déversements dans les rivières, des propres installations pétrolières et de la construction de routes.

**Coût de la dépollution des sols.** Le projet d'élimination des piscines polluées dans le district amazonien (PEDPA) est conçu pour l'assainissement des sols pollués dans et autour de certaines piscines de déchets de la concession. Le coût total estimé pour dépolluer les sols contaminés sur tout le site s'élève à 1 852 000 000 dollars.

### **Impact sur les conditions de vie et les droits fondamentaux**

#### **Composante ethnique, culture et coutumes**

On estime qu'avant l'arrivée de Texaco en Amazonie équatorienne, la population et l'extension territoriale était approximativement la suivante :

1. Secoyas 380 personnes réparties sur trois territoires (San Pablo 7 043 hectares ;
2. Secoya Remolino 24 371 hectares, Campo Eno (8 000 hectares)
3. Siona 350-400 personnes (territoire de 47 880 hectares) ;
4. Huaoranis 2 200 personnes (2 millions d'hectares)

(Page 18).

Autres groupes : la population quichua associée à la Fédération des organisations indigènes de Sucumbíos - Équateur comprend 56 communautés. Dans la province d'Orellana, la Fédération des communes union des natifs de l'Amazonie équatorienne (FCUNAE) compte 76 communautés quichua de base organisées autour de communautés de 100-250 habitants. Les Shuar ont 17 communautés dans la province d'Orellana, 10 dans celle de Sucumbíos, pour un total de 1 500 personnes.

Pour les peuples indigènes, la vie est déterminée par trois éléments de base, à savoir : Territoire, alimentation et traditions culturelles.

Avec le lancement des activités pétrolières, les nationalités Cofan, Secoya, Siona, Huaorani se sont vues dans l'obligation de se déplacer de leurs terres ancestrales en raison de l'altération de l'écosystème qui les empêchait de mener leurs activités de

subsistance, notamment pour l'alimentation qui provenait de la chasse, la pêche et la cueillette de produits en forêt ; la structure familiale assez ample a commencé à se fragmenter et certains peuples sont tombés dans la soumission avec l'introduction de l'alcool et de l'argent.

**Atteintes collectives à la santé.** Les rapports d'expertise en question comprennent une étude psychosociale fondée sur l'enquête réalisée auprès de 1064 familles ayant habité dans les zones proches des puits de Texaco. 69 % d'entre elles, soit 734 familles, étaient composées de métis, 30 % de familles indigènes et 1 % d'afroéquatoriens. Les réponses montrent 306 cas de cancer : cancer de l'estomac (20,27 %), de l'utérus (19,6 %) et leucémie (9,3 %) ; sur le total, 10,2 % des cas concernent des enfants de moins de quinze ans.

**Plaintes et poursuites.** Il est connu que 214 personnes ont porté plainte à titre privé, la plupart en raison de pertes de cultures ; d'autres pour des maladies provoquées par la pollution, du fait de la répression et de la maltraitance des opérateurs de la société et pour les menaces dont ils ont fait l'objet.

Preuve de cela est la plainte officielle adressée à l'époque sous le numéro 83-294-GPN du 21 mars 1983 par le gouverneur de la province de Napo, Ney Estupiñán Recalde, à René Bucaram, directeur général de Texaco, où il expose ce qui suit :

« Monsieur le gérant de TEXACO, les graves préjudices occasionnés en ce moment dans le secteur de Shushufindi par la pollution des eaux, des rivières, des estuaires et des ravins du fait du déversement de déchets d'hydrocarbures par les employés du consortium CEPE-TEXACO éveillent la clameur de la population.

*Pour cette raison, je vous demande courtoisement de bien vouloir faire appliquer les mesures qui permettront d'éviter que de tels dommages se reproduisent à l'avenir, car, cela n'aura pas échappé à votre illustre opinion, incalculables seront finalement les répercussions sur le système écologique et surtout pour le secteur agricole de la zone ».*

## Observations et témoignages recueillis lors du travail sur le terrain de l'audit

Ce que nous présentons ci-dessous constitue des preuves recueillies lors de notre **travail sur le terrain** dans les secteurs des puits d'Aguarico (canton de Lago Agrio) et champs Sacha - bloc 60 (canton de Joya de los Sachas).

Lors de notre première visite, en plus de constater les dommages environnementaux occasionnés le temps de l'exploitation des puits de Lago2, Lago 20, Estación de Reinyección Lago Norte et Aguarico 4, dont les preuves sont encore visibles à l'œil nu, nous avons conduit des entretiens avec des personnes et groupes ethniques affectés. Le parcours a été enregistré en vidéo, ce qui permet de garder une trace audiovisuelle qui complète ce rapport.



Photo : Échantillon de terre polluée autour du puits fermé Lago 2. (12/09/2014).



Photo : Tube col de cygne pour déversement dans l'estuaire. Zone du puits Aguarico 4. (12/09/2014)



Photo : *Communauté Cofan, traversée de la rivière Aguarico. Paroisse Dureno. (12/09/2014).*

De vastes extensions de terrains, qui étaient des piscines « dépolluées » dont certaines dataient d'avant 1990, ont été trouvées. Elles ont été préparées (bouchées) pour la remise des champs à l'entreprise étatique CEPE ; d'autres ont été couvertes grossièrement de pierres et de terre entre 1995 et 1998 pour la signature du contrat avec le président de l'époque, Sixto Durán Ballén, et reçues sans objection par Jamil Mahuad.

Partout, presque en surface, on perçoit des restes de pétrole à cause de la couleur de la terre et de l'odeur.

Des tubes col de cygne par lesquels coulait de l'eau de production des piscines vers les estuaires alentours ont été vus. Le ruissellement de l'eau laisse voir des résidus toxiques et métaux lourds.

Sur les terrains pollués, il y a des logements où des paysans subsistent dans des espaces exigus : en plus de la pollution, leurs terres ont été prises par Texaco sans la moindre compensation. Les estuaires alentours sont pollués. Ils manquent donc d'eau pour survivre et élever du bétail. Ils sont approvisionnés en eau par les camions-citernes que la municipalité affrète à cet effet.

Le puits Aguarico 4 compte l'une des 33 piscines encore ouvertes ; on estime qu'après la « dépollution » de Texaco et la remise des blocs en 1998, 300 piscines sont restées ouvertes. Certaines dépollutions non achevées sont en cours avec

*« Nous avant, on avait toute la jungle, on était tranquilles, mais maintenant avec Texaco il y a aussi eu des colons, et eux ils continuent de travailler, ils s'approprient les terres et après ils nous interdisent le passage, ils nous disent qu'on n'a pas le droit de passer par là, ni de pêcher ni de chasser, notre espace de survie se réduit peu à peu » (Chapal, Silvio. Entretien personnel. 12 septembre 2014).*

Petroamazonas depuis 2008. Cette piscine de 60 mètres par 40 est située dans un grand marais qui s'étend sur 100 mètres de large par 800 mètres de long.

Les entretiens effectués ont fait état de maladies inconnues pour les natifs et les colons, la médecine ancestrale était sans effet face à ces pathologies incurables qui débouchaient sur la mort. Il s'agissait généralement de cancers, comme le rapporte le dirigeant de la communauté Secoya :

*Autre témoignage : « Texaco, c'est des criminels terribles pour nous, non seulement ils nous doivent des terres, ils nous doivent également des vies, moi j'ai dû monter trois fois à Quito, car à l'époque je ne le savais pas, j'ai perdu trois enfants par avortement spontané » (Jiménez, Mariana. Entretien personnel. 12 septembre 2014).*

*« Et nous quand on a réagi les gens ont commencé à mourir de maladies inconnues pour nous, parce que les chamans ne les connaissaient pas. Les femmes mouraient d'hémorragies, elles avaient des tumeurs aux ovaires, à la gorge, à l'estomac » (Piaguaje, Humberto. Entretien personnel 11 septembre 2014).*



**Entretiens** avec Mariana Jiménez (Estación Lago Norte)  
(12/09/2014)

Par manque d'enregistrement ou par enregistrement erroné de la mort des gens, on ne connaît pas la magnitude de la mortalité occasionnée : *« Ma mère est morte d'empoisonnement et sur son acte de naissance la cause de la mort c'est un arrêt cardiaque, son cœur s'est arrêté donc, tous ont été enregistrés comme ça, parce que tous les morts ont le cœur qui s'est arrêté, ce qu'il faut dire c'est que comme à l'époque on n'avait pas de spécialistes, que des médecins généralistes, ils mettaient tout et n'importe quoi comme cause de décès »* (Moncayo, Donald. Entretien personnel. 12 septembre 2014).



**Entretien** avec le professeur Silvio Chapal, membre de la communauté Cofán. (12/09/2014)

Conséquence fondamentale des activités négligentes de la société, l'atteinte à l'existence même de peuples ancestraux ainsi que la réduction voire la destruction de l'habitat natif ont souvent reçu le concours des

forces de l'ordre. L'équipe a échangé à ce sujet avec le dirigeant de la nationalité Cofan, sur les rives de l'Aguarico, qui a déclaré :

La deuxième visite des secteurs sous intervention de Texaco pour l'exploitation pétrolière a été menée au champ Sacha-Bloc 60, qui est sous la juridiction d'Amazonía Viva, un organisme public créé par l'administration actuelle pour dépolluer les piscines abandonnées sur place.

Les passifs environnementaux de Texaco se trouvent essentiellement dans des zones boisées et constituent des preuves accablantes des dommages causés par la société transnationale.

Les déclarations suivantes font état des troubles suscités dans le cadre de la violation ouverte et récurrente aux droits de l'homme des populations autour de la zone d'intervention de la société pétrolière Texaco :

*« Par exemple, le monsieur qui vivait à côté de chez moi est mort de cancer, un autre homme est mort de la même chose. La tante de ma femme, qui vivait à la maison, est morte de cancer, son mari du cancer de la prostate. Et maintenant mon petit-fils vient de mourir d'une maladie du cœur qui à vrai dire est peut-être due à la pollution, c'est aux médecins de le dire, et à cause de ça ma femme a fait un AVC il y a 11 mois.*

*Les médecins nous ont recommandé de partir d'ici, parce qu'on vit en pleine pollution* » (Baños, Aníbal. Entretien personnel. 16 septembre 2014).

*« Un de mes enfants nés ici est sourd-muet à cause de la pollution et on souffre beaucoup pour l'enfant, on passe notre temps à chercher de l'aide* » (Intriago, Enrique. Entretien personnel. 16 septembre 2014).

*« Ça fait 36 ans qu'ils ont creusé ce puits, et ni Texaco ni personne ne nous a jamais indemnisé, moi je continue à payer la taxe foncière à la ville parce que ces terres ce sont les miennes* » (Intriago, Enrique. Entretien personnel. 16 septembre 2014).

*« Eux ils se prenaient pour les rois ici, ils creusaient des piscines où ils voulaient, et ils m'ont dit que s'ils voulaient, ils*

*pouvaient creuser une piscine chez moi* » (Intriago, Enrique. Entretien personnel. 16 septembre 2014).

Les dommages subis sur leurs territoires, le manque de respect et de solidarité, l'absence de moyens de subsistance du fait des déplacements et des changements arbitraires imposés à leur habitat ont rendu leur environnement inhabitable, alors que l'écrasante pauvreté dévastait les peuples concernés.

### Secteur électrique

Le deuxième groupe de poursuites concerne le secteur électrique. Le champ d'action de ces entreprises est national et l'une des affaires fait suite à un contrat souscrit par l'entité régissant le secteur à l'époque. Les quatre affaires restantes sont à caractère provincial (trois entreprises dans la province de Guayas, principalement à Guayaquil, et une dans la province d'El Oro, zone d'exploitation de gaz pour la production d'énergie).

Les cinq affaires de différends engagés dans le secteur électrique ont débouché sur les résultats suivants :

- MCL Power Group L.C. et New Turbine INC : Sentence arbitrale favorable à l'État (2007)
- Duke Energy Electroquil Partners : Sentence arbitrale en faveur de l'investisseur (2008) ; l'État a payé USD \$ 10 776 178.
- Empresa Eléctrica del Ecuador-EMELEC : Sentence arbitrale favorable à l'État (2009).
- Ulysseas Inc. : Sentence arbitrale favorable à l'État (2012).
- Machala Power – Noble Energy Inc. : Accord entre les parties. Pas de sentence arbitrale (2009).

L'entreprise EMELEC a eu l'audace de poursuivre l'État équatorien malgré de téméraires irrégularités, comme s'il ne s'agissait pas d'un investissement étranger et d'autant que le service fourni en alimentation électrique de la ville de Guayaquil était particulièrement déficient. Le tribunal d'arbitrage du CIRDI a rendu une sentence favorable à l'État.

Les autres affaires de poursuites entreprises par les sociétés du secteur électrique sont liées à des différends contractuels ou des manquements ayant conduit les institutions équatoriennes responsables du secteur à déclarer l'expiration des contrats et à prendre des mesures de remise en ordre, comme celles prévues aux mandats constitutionnels.

### Industrie minière

Vient ensuite l'industrie minière, avec trois entreprises ayant engagé des poursuites. Elles bénéficient bien entendu de zones sous concession, deux dans les provinces de la région amazonienne de Napo (Pungarayacu) et Zamora (Nambija), et une dans la province d'Imbabura, dans le nord du pays. Les trois procédures sont en cours.

- RSM Production Corporation, dont les activités ont débuté avec le projet Cotundo en 2006. La notification d'arbitrage date de 2010 au CIRDI.
- Zamora Gold Corporation, qui a lancé ses opérations d'exploration en 1986 avec le projet Cumbaratza. Notification d'arbitrage en 2011.
- Copper Mesa Mining Corporation, qui opérait depuis 1975 dans la paroisse de Junin, province d'Imbabura. Notification d'arbitrage en 2012.

Les changements institutionnels traversés par le secteur minier ont considérablement compliqué l'accès aux informations spécifiques des entreprises. Malgré de telles restrictions, nous disposons des références et des preuves que nous avons obtenues de nos consultations aux fonctionnaires des entités officielles et des rapports d'expertise des procédures judiciaires engagées par le bureau de l'avocat général de l'État.

Dans la version détaillée figurent les incidents causés par les entreprises Zamora Gold Corporation, liées aux frères Isaiás, alors propriétaires de banques équatoriennes, et à Alejandro Peñafiel, et Copper Mesa Mining Corporation, connue pour les graves affectations environnementales à la région qu'elle

causait, dont la pollution de l'eau (fortes concentrations de plomb, arsénique et chrome, parfois jusqu'à 100 fois la concentration naturelle), la grande déforestation et désertisation du secteur, ainsi que pour ses conséquences sociales, comme le déplacement partiel forcé des communautés locales.

## Maximisation des bénéfices des entreprises : Pratiques spéculatives des entreprises étrangères

### Différences entre le domicile et la nationalité déclarée

Une première anomalie détectée dans les registres statistiques remis par la surintendance des entreprises est la différence curieuse entre les déclarations de domicile ou de nationalité, et le recours à un autre pays partie d'un TBI passé avec l'Équateur pour faire valoir leurs différends devant les tribunaux étrangers.

| NATIONALITÉ SC | Nbre ENTREPRISES |
|----------------|------------------|
| Bermudes       | 3                |
| Bahamas        | 2                |
| Îles Caïmans   | 1                |
| Panama         | 1                |
| États-Unis     | 6                |
| Équateur       | 5                |
| Canada         | 1                |
| Espagne        | 2                |
| Brésil         | 1                |
| TOTAL          | 22               |

| DOMICILE   | N° ENTREPRISES |
|------------|----------------|
| États-Unis | 13             |
| Canada     | 3              |
| France     | 1              |
| Espagne    | 2              |
| Brésil     | 1              |
| Bolivie    | 1              |
| Autres     | 1              |
| TOTAL      | 22             |

Source : Surintendance des entreprises.

Élaboré par CAITISA.

a. Pour 7 des 22 entreprises, la nationalité déclarée<sup>86</sup> correspond à des paradis fiscaux (voir détail infra), six aux États-Unis, cinq à l'Équateur (enregistrées comme filiales locales d'entreprises étrangères), deux à l'Espagne, une au Canada et une enfin au Brésil.

b. Néanmoins, de ces mêmes vingt-deux entreprises, quatorze prétendent avoir pour domicile les États-Unis, trois le Canada, deux l'Espagne et une pour chacun des autres pays (France, Argentine<sup>87</sup>, Bolivie) grâce à quoi elles tombent sous la protection des TBI passés avec chacun de ces pays.

c. Ainsi, sur les 26 affaires de poursuites contre l'Équateur invoquant des TBI, 16 ont recours au TBI passé avec les États-Unis, quatre à celui du Canada, trois à celui de l'Espagne et les autres font appel respectivement aux TBI souscrits avec la France, la Bolivie et l'Argentine.

Il est évident que de telles préférences en fonction des registres obéissent aux spéculations des investisseurs pour tirer le meilleur parti des avantages et bénéfiques comme des obligations fiscales réduites — voire inexistantes —, la libre circulation de capitaux, la réduction des risques de distorsion en cas de recours à des prix de transfert fictifs et l'usage de la sous-capitalisation et de l'évasion des régulations et du contrôle. Cette duplicité des registres génère également un chaos informatique qui complique la gestion des institutions pour la qualification des prêts entre entreprises, la qualification des IED et l'identification de la source des capitaux.

Dans notre recherche, nous avons pu déduire l'existence de vides juridiques et de freins officiels qui découragent les fonctionnaires responsables à procéder aux inscriptions et registres en toute transparence.

### **Paradis fiscaux**

D'autre part, le recours pervers aux paradis fiscaux par les investisseurs étrangers est bien connu, de même que la liberté avec laquelle se sont implantées des entreprises issues de ces territoires et ce qu'implique pour les États l'opacité avec laquelle sont effectuées les opérations et les transferts monétaires. La conséquence est la fuite de capitaux et la perte pour l'État de son droit légitime à percevoir des taxes fiscales. Depuis 2008, l'Équateur est doté de dispositions légales et administratives pour identifier et limiter les relations avec les pays qualifiés de paradis fiscaux.

Avant cela, les sept entreprises consignées ci-dessous se sont installées dans le pays, sur les 22 sociétés soumises à notre audit. Elles intervenaient dans l'extraction de pétrole et dans la prestation d'un service stratégique, celui de l'énergie électrique ; elles ont profité des avantages que leur octroyaient les paradis fiscaux et la facilité de se prévaloir de la protection d'un TBI qui ne correspond pas à leur nationalité pour opposer à l'Équateur des poursuites devant les tribunaux internationaux qui se chiffrent à plusieurs millions de dollars.

---

<sup>86</sup> La surintendance des entreprises enregistre le certificat de nationalité délivré par le ministère des Affaires étrangères lors de la concession de visa de la catégorie investisseur.

<sup>87</sup> L'entreprise brésilienne Petrobras a invoqué le TBI passé avec l'Argentine.

## Entreprise ayant la nationalité de paradis fiscaux

| N° | NOM   | SECTEUR            | DOMICILE   | NATIONALITÉ SC | TBI INVOQUÉ |
|----|---|--------------------|------------|----------------|-------------|
| 1  | Perenco Ecuador Limited                                 | Pétrolier          | France     | Bahamas        | France      |
| 2  | Empresa Eléctrica de Ecuador (EMELEC)                   | Énergie électrique | États-Unis | Bahamas        | États-Unis  |
| 3  | Chevron Corporation                                     | Pétrolier          | États-Unis | Bermudes       | États-Unis  |
| 4  | Burlington Resources, Inc and others                    | Pétrolier          | États-Unis | Bermudes       | États-Unis  |
| 5  | City Oriente  | Pétrolier          | États-Unis | Bermudes       | États-Unis  |
| 6  | Noble Energy Inc  | Énergie électrique | États-Unis | Îles Caïmans   | États-Unis  |
| 7  | Murphy Exploration and Production Company International | Pétrolier          | États-Unis | Panama         | États-Unis  |

Source : Surintendance des Sociétés.

Élaboré par CATTISA.

Voilà les entreprises s'étant octroyé, sans nulle retenue ni conséquence, des avantages.

### Une transparence limitée dans la constitution des consortiums

Enfin, notre recherche par entreprise a identifié trois consortiums : Consortium bloc 7 et bloc 21 (Perenco - Burlington), consortium pétrolier bloc 18 (Petrobras - Ecuador TLC) et consortium pétrolier bloc 16 (Repsol - YPF), qui disposent chacun de leur propre numéro d'identification de contribuable (RUC) et pourtant n'ont aucune information du moindre type enregistrée à la surintendance des entreprises.

### *Pratiques de sous-capitalisation*

Les entreprises étrangères ont eu recours à la figure de la sous-capitalisation pour obtenir des rendements illicites importants grâce au détournement des obligations fiscales, ce qui est devenu une pratique courante.

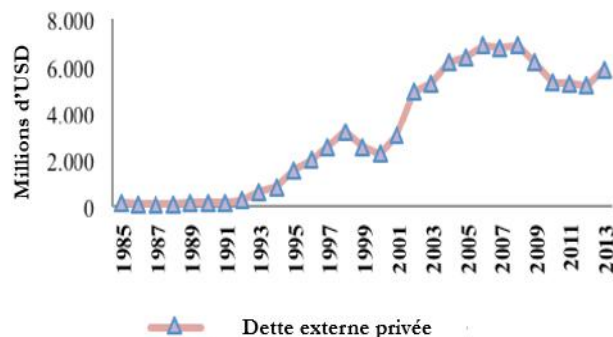
Parmi les multiples incitations aux investisseurs pour attirer les capitaux dans le pays, était admise la déduction illimitée des dépenses au titre d'intérêts et autres débours financiers pour prêts octroyés la plupart du temps par les sociétés mères des

entreprises basées à l'étranger, entreprises liées ou établissements financiers situés dans des paradis fiscaux. Cela permettait de surdimensionner les dépenses et de réduire d'autant la base imposable et, donc, de payer un impôt sur les sociétés amoindri et même de déclarer des pertes, ce qui évitait le paiement de tout impôt.

La pratique de la sous-capitalisation constitue l'un des aspects les plus pertinents de notre audit, car il permet d'évaluer et de constater les procédures récurrentes des entreprises pour éluder leurs obligations fiscales ce qui, en plus des bénéfices et des concessions légalement octroyés, découle sur un sacrifice fiscal énorme et un financement public amoindri pour le pays récepteur des investissements.

Tendances de l'endettement externe privé. Pour percevoir la magnitude des abus des entreprises étrangères ayant déguisé les revenus de leurs capitaux sous forme de crédits, nous présentons le graphique suivant. On y observe la croissance notable de la dette depuis 1993, année d'incitation à l'ouverture aux IED, où les contrats ont été modifiés pour offrir de plus grands bénéfices aux activités pétrolières et où ont été ouverts les processus de souscription de traités de protection bilatérale des investissements :

## Dette externe privée



Source : Banque Centrale de l'Équateur : 85 ans de la Banque Centrale. (Série statistiques économiques) et bulletin mensuel n° 1953 de novembre 2014).

Élaboré par CAITISA.

La tendance s'inverse à partir de 2008, époque de formulation d'un cadre fiscal visant à contrôler et limiter de telles distorsions.

Un autre effet de la distorsion des revenus de capitaux est celui de la déformation des statistiques. En comparant les chiffres des prêts aux chiffres des investissements étrangers directs, peu croissants et irréguliers, la prise de distance commence sensiblement à compter des années 1990 et 2000, ce pourquoi il y a fort à présumer que les données statistiques de ces deux chiffres sont faussées.

Il existe des procédures judiciaires pour des sanctions pécuniaires de sous-capitalisation, l'une d'elles appliquée par l'agence fiscale (SRI) à la société OXY, pour laquelle l'entreprise s'est pourvue en cassation, et la cour nationale de justice a indiqué au sujet des crédits accordés par la société-mère ou les succursales liées : « il s'agit d'une opération entre entreprises qui constituent un *ensemble économique*, s'agissant d'entreprises liées, ce qui n'est pas nié par le demandeur, il n'y a pas de relation débiteur-créancier, car nul ne peut contracter avec soi-même [...] recourir à la figure du crédit entre parties liées

matérialise un effet économique, celui de la réduction des intérêts payés, faire valoir la déduction prévue à l'alinéa 3 de l'article 13 de la loi sur le régime fiscal interne, en vigueur à la date des présentes, en affectant le résultat final de l'exercice [...] la nature de l'opération de crédit est en question car seuls sont couverts les intérêts et non le capital, ce qui aurait été la conséquence d'un prêt véritable [...] ».<sup>88</sup>

Dans 14 entreprises et dans la plupart des exercices examinés, les crédits liés ou entre firmes couvrent la plupart du passif (et peuvent parfois dépasser 90 % de ce dernier).

### *Concessions et incitations octroyées aux IED*

Le pays a octroyé d'autres modalités de bénéfices pour attirer les capitaux étrangers, comme la réduction de l'imposition, avec l'un des taux d'impôt sur les sociétés les plus bas de la région, des concessions, des exonérations, des boucliers fiscaux, des libéralisations par le biais de convention pour éviter la double imposition et pour réduire les prix, avec de forts avantages internationaux pour les usagers sociétaires de l'étranger dans l'offre publique de biens de consommation et de services subventionnés par l'État. Tout cela a signifié un véritable sacrifice fiscal pour le pays.

### *Révélations sur les procédures critiques de Texaco*

La procédure judiciaire engagée par l'association des victimes de Texaco a permis à cet audit d'accéder à des documents qui révèlent les engagements des autorités nationales avec les dirigeants de la société à une époque où la défense des intérêts du pays devait s'imposer.<sup>89</sup>

Une partie de ces documents managériaux de Texaco Ecuador parlent de « l'amélioration » des relations avec le gouvernement de l'époque, présidé par

<sup>88</sup> Extrait du premier corps de l'arrêt de la cour nationale de justice (2013) dans le pourvoi en cassation d'OXY contre SRI, pages 14 et 15.

<sup>89</sup> Les différentes transcriptions du point 2.9 sont issues des versions traduites et notariées, dont les originaux

font partie des dossiers du procès intenté par le groupe des victimes de Texaco, pour lequel Chevron a été condamné par la cour provinciale de Sucumbíos.

Oswaldo Hurtado, par rapport au gouvernement précédent de Jaime Roldós, qui avait trouvé la mort en fonctions. Les relations « améliorées » ont rendu possibles de clairs avantages économiques pour l'entreprise du fait de l'augmentation du prix de l'oléoduc et des prix du pétrole brut destiné à la consommation intérieure appliquée rétroactivement.

Un autre document donnait pour instruction, depuis l'étranger, de ne rapporter que les incidents majeurs (épanchements) qui « attireraient l'attention de la presse et/ou des autorités de régulation »<sup>90</sup>. Cela montre la faible éthique et l'engagement minimal des dirigeants de l'entreprise pour prendre leurs responsabilités dans les affaires de dommages et de préjudices à l'écosystème des concessions octroyées dès le début des opérations d'exploitation pétrolière.

D'autre part, la lettre adressée par Donald G. Sawyer, de Texaco Petroleum Company à Quito à J. M. Quevedo, gérant du bureau du consortium, en date du 1er juin 1988, sous l'en-tête suivant : « RÉVISION DU CONTRAT MC-E-OP-3010 OFFRE DE POT-DE-VIN AUX AUDITEURS » fait textuellement part de ce qui suit :

« 3. Le rapport lié au pot-de-vin proposé aux auditeurs doit être traité séparément ».

C'est là une autre preuve accablante de l'absence d'éthique d'une entreprise qui poursuit l'Équateur pour des sommes astronomiques qui s'ajoutent à la longue liste de bénéfices octroyés pour l'exploitation des ressources naturelles et économiques équatoriennes.

---

<sup>90</sup> Phrase issue du telex 2728 du 1er juin 1988 envoyé, à titre confidentiel, entre cadres de la direction de Texaco Petroleum Company, domiciliée à Quito, Av. 6 de diciembre No. 2816. La version traduite a été notariée

et figure au dossier du procès intenté par le groupe social des victimes de Chevron à la cour provinciale de Sucumbíos ».



# **CONCLUSIONS GÉNÉRALES**

La négociation et souscription de TBI par l'Équateur s'inscrit dans un processus d'application de politiques, de restructuration institutionnelle et normative visant à favoriser la libre circulation des capitaux transnationaux implantés dans différents pays du monde grandement facilitée par la BM et le FMI.

Le fait empirique de l'augmentation de la circulation des investissements étrangers en Amérique latine dans les années 1990 a été interprété comme conséquence des TBI. Loin de là, un examen des preuves montre que d'autres facteurs, comme un nombre élevé de bénéfices accordés aux sociétés pétrolières, ont contribué à cette circulation des capitaux, et les TBI n'ont pas joué de rôle déterminant à cet égard. Dans le même temps, on constate que les engagements contractés par le biais des TBI ont contribué à l'affaiblissement des compétences étatiques de planification, de régulation et de contrôle, tout en minimisant la responsabilité des entreprises transnationales ayant apporté leurs capitaux en Équateur.

1. Depuis 1965, l'Équateur a négocié 30 TBI, dont 27 sont entrés en vigueur. La plupart d'entre eux ont été passés entre 1992 et 2002, à l'apogée du néolibéralisme équatorien. En 2008, année de prise de décision politique de dénonciation de tous les TBI, 26 étaient encore en vigueur.

2. La convention du CIRDI ainsi que les TBI négociés par l'Équateur n'ont pas été convenablement souscrits ni ratifiés par les fonctions exécutive et législative de l'époque. Tout au long de notre recherche, nous avons identifié des irrégularités, des prises de liberté et des approximations dans l'approbation de ces traités internationaux, de même que des preuves de pressions internes et externes pour qu'ils soient souscrits. Par ailleurs, des décisions administratives ont été prises et des reformulations de l'ordonnancement juridique national dictées pour se mettre en

conformité avec les obligations acquises à travers ces traités, au détriment de la responsabilité de l'État de protéger et de défendre les intérêts nationaux.

3. Les TBI passés par l'Équateur contiennent des clauses qui entrent en conflit direct avec la Constitution et les régulations internes.

4. Les tensions les plus évidentes entre la législation nationale et les TBI sont liées aux mécanismes de règlement des différends, qui impliquent de céder la souveraineté du pays en le soumettant à l'arbitrage international sans passer au préalable par les instances nationales. D'autres incompatibilités avec le texte constitutionnel résultent de la priorité donnée par la constitution aux investissements nationaux et du caractère complémentaire des investissements étrangers, conditions opposées au traitement préférentiel des investisseurs étrangers que les TBI prévoient, car les investisseurs nationaux n'ont pas le droit de recourir directement à l'arbitrage international ; ou encore le droit de l'État consacré à la Constitution de 2008 d'exproprier et de nationaliser, conformément au droit coutumier international, pour des raisons d'utilité publique ou d'intérêt social ou national. La Constitution et les lois nationales ne contiennent aucune autre classification de la notion d'expropriation, à l'image de « l'expropriation indirecte » ou « équivalent d'expropriation » que l'on a vu dans plusieurs sentences arbitrales.

5. Les privilèges consentis aux investisseurs étrangers tels que mis en exergue par les TBI ont très souvent dévalué les obligations de l'État équatorien en matière de droits de l'homme, dont le respect est prioritaire du fait de leur caractère de norme *erga omnes*.

6. La dénonciation des TBI est un acte licite reconnu par le droit international et qui figure dans la totalité des TBI signés par

l'Équateur. Il s'agit donc d'un acte souverain de l'État et sa motivation n'est pas obligatoire.

7. Neuf des TBI en vigueur ont été dénoncés par voie diplomatique, conformément aux dispositions de la constitution de 1998, et six d'entre eux sont encore en vigueur en application de la clause de rémanence. Dix-sept sont en phase de dénonciation aux termes de la Constitution de 2008 mais sont encore en vigueur, que ce soit en raison de la clause de rémanence, comme dans le cas du TBI avec la Finlande, ou parce que le processus de dénonciation ne s'est pas achevé.

8. À l'heure actuelle, les dénonciations sont en cours dans 16 cas, dont l'un se trouve en instances finales ; pour ce qui est de ceux passés avec la Grande-Bretagne, la Suède, la France et l'Allemagne, il reste à achever la procédure de dénonciation et la rendre effective, selon le droit international, par la notification aux contreparties.

9. Au total, 23 TBI restent en vigueur tandis que se déroule la procédure de dénonciation.

10. À l'heure actuelle, les gouvernements de pays de différentes régions et des organismes internationaux, comme la CNUCED et la CEPAL — soutenues par de nombreuses recherches empiriques sur la circulation des investissements étrangers et ses effets sur les économies destinataires — ont commencé à remettre en question les bienfaits du système de protection des investissements et, dans le même temps, à entreprendre une recherche d'alternatives.

11. Les aspects les plus critiqués du système actuel d'investissement sont les suivants : conflits d'intérêts des arbitres, biais commercial du système d'arbitrage, arbitrage *ad-hoc* sans garantie institutionnelle d'impartialité et d'indépendance et absence

d'instances adéquates de récusation et d'appel.

12. L'interprétation et l'application erronée des règles de compensation ont également été remis en question pour ce qui est de la détermination du montant d'indemnisation pour dommages et intérêts. Le caractère général et le manque d'objectivité de ces règles les rendent inapplicables dans certains contextes spécifiques, car elles ne sont adaptées ni à la situation de chaque affaire ni de chaque État, comme c'est le cas par exemple de l'anatocisme, interdit par la constitution équatorienne.

13. Par ailleurs, il a été considéré inadmissible que la responsabilité de l'État soit la seule à être sous le feu des projecteurs dans les jugements analysant les violations aux clauses des TBI. Cela introduit dans le régime international de règlement des différends un biais pro-investisseur qui déséquilibre les relations investisseur/État.

14. Ces problèmes, typiques d'un système partialisé, ont entraîné des préjudices économiques graves pour l'Équateur à travers différentes sentences rendues sur des fondements aussi tendancieux qu'injustes.

15. L'Équateur a été poursuivi sur le fondement de TBI à 26 reprises, la plupart du temps par des entreprises plaignantes qui opèrent dans le secteur de l'exploration pétrolière (50 %). Les autres domaines d'activité des entreprises plaignantes sont liés à l'approvisionnement en électricité (19 %) et l'industrie minière (12 %). Au moment de l'engagement de ces poursuites commençait une politique gouvernementale visant à la récupération de la souveraineté sur l'exploitation des ressources naturelles (année 2006).

16. Sur les 26 affaires engagées contre l'Équateur, 16 ont pris fin et 10 sont encore

en cours. Pour les procédures en cours, c'est-à-dire celles pour lesquelles les tribunaux n'ont pas encore rendu leur sentence finale, le montant total des poursuites s'élève à **11 188 966 571 dollars**. Il y a lieu de signaler que pour deux affaires — RSM Corporation et Zamora Gold —, il n'a pas été possible de déterminer le montant de l'indemnisation revendiquée. Dans les procédures en cours pour lesquelles une sentence a été rendue mais des recours ont été interjetés, le montant déterminé pour les indemnisations atteint **377 415 988 dollars**.

17. Jusqu'en avril 2017, le pays a payé **1 342 115 969 dollars** par suite des sentences négatives ou à des accords entre les parties (au bénéfice des sociétés Oxy I, Duke Energy, Noble Energy & Machala, Oxy et Chevron), déduction faite de la réparation pour l'État dans l'affaire Ulysseas.

18. Dans le cadre de poursuites en arbitrage d'investissement sur le fondement de TBI, pour la période 2003-2013, l'État a déboursé un total de **155 929 417 dollars** au titre de paiement à des cabinets d'avocats et autres frais d'arbitrage.

19. Si l'on additionne les déboursements déjà effectués par suite des sentences fondées sur les TBI et les frais de défense juridique indiqués, le montant total déboursé par l'État équatorien s'élève à **1 498 045 386 dollars, ce qui équivaut à 5,8 % du budget général de l'État pour l'année 2017 et aurait pu être employé pour des programmes sociaux et pour redoubler les efforts de réduction de la pauvreté dans le pays**. Telles sont les conséquences pécuniaires subies du fait de la signature des TBI.

20. En analysant les 26 affaires contre l'Équateur, on observe que les arbitres ont réitérément interprété de façon expansive les normes applicables, ce qui leur a permis de

se soumettre aux exigences des investisseurs et de rendre des sentences aux montants astronomiques contre l'État. La conséquence est la condamnation de l'Équateur au paiement de sommes multimillionnaires.

21. Les standards internationaux consacrés à la convention de New York de 1958 et à la convention de Panama de 1975 n'ont pas été appliqués en ce qui concerne le pouvoir de contrôle qu'aurait pu exercer l'État équatorien pour l'exécution des sentences. Ces standards internationaux permettent d'exiger la non-exécution d'une sentence en cas de décision aberrante, manifestement arbitraire, collusion, corruption, partialité manifeste des arbitres, ou s'il est démontré que cette décision est contraire aux dispositions de la constitution. Dans l'immédiat, il est urgent d'incorporer ces conditions déterminantes dans la législation interne.

22. Les contrats d'État portant sur les investissements contiennent fréquemment des clauses faisant écho aux mêmes standards de protection des investissements que les TBI, y compris le transfert de compétence aux tribunaux d'arbitrage internationaux. Il manque aux régulations des marchés publics des dispositions protégeant l'intérêt national dans un régime équitable de protection des investissements internes.

23. Les arbitres évaluant la validité des actes de l'État équatorien ont été désignés de façon ad hoc, conformément aux règles en vigueur, sans la moindre garantie institutionnelle préalable d'impartialité et d'indépendance. La plupart de ces personnes qui ont exercé en tant qu'arbitres continuent d'exercer d'autres fonctions, comme celles de conseiller des parties à un arbitrage, conseillers d'entreprises, membres du

conseil d'administration d'entreprises, universitaires ou témoins experts.

24. Il est au sein des collèges arbitraux ayant examiné les affaires contre l'Équateur des exemples d'arbitres ayant pris position en faveur d'une protection ample des investissements. À partir de leur position de figures publiques, ils font la promotion de la signature des traités de protection des investissements ou s'affichent contre des réformes restreignant la rédaction concessive des clauses qui y sont incorporées.

25. Face à l'évidente partialité à la faveur des investisseurs de la part des personnes exerçant régulièrement en tant qu'arbitres, il est proposé d'adopter une série de critères et de principes sur lesquels fonder des stratégies de sélection et de récusation des arbitres. Les critères définis répondent à trois catégories : conflits d'intérêts, conflits de remise en question et conflits systémiques.

26. Tout au long de l'histoire, les membres des tribunaux d'arbitrage international ont joui d'un statut d'immunité spécial qui les prémunit, dans l'exercice de leurs fonctions, de toute réclamation future des parties en présence à l'arbitrage. Cette impunité dont jouit un groupe sélect d'arbitres les a rendus, dans la pratique, intouchables face à n'importe quelle décision prise, les laissant exemptés de la responsabilité juridique découlant des conséquences de leurs actes.

27. Il existe une menace de condamnation pour des montants s'élevant au total à **13,4 milliards de dollars** (si l'on additionne les sentences négatives contestées par l'Équateur), montant qui se rapproche de 51 % du budget général de l'État pour l'année 2017.

28. Les TBI n'ont pas joué de rôle déterminant dans l'attraction des IED ; selon

les informations statistiques du BCE, le flux d'IED provient principalement du Brésil, du Mexique et du Panama, pays avec lesquels l'Équateur n'a pas signé de TBI. 66 % du total des IED provient de pays latino-américains, ce qui montre l'importance des efforts d'intégration régionale.

29. Les montants des IED parvenus en Équateur sont réduits par rapport à l'économie équatorienne, ils représentent à peine 1,11 % du PIB en moyenne pour la période 2000-2013. Faible également est la part des IED dans la formation brute de capital fixe, car ils ne dépassent pas les 3 % (2008-2013). De plus, la moitié de ces investissements n'est autre que le réinvestissement des dividendes. Leur contribution à la croissance économique équatorienne est donc discutable, d'autant plus que l'économie de l'Équateur a connu une croissance supérieure à la moyenne de l'Amérique latine et des Caraïbes.

30. La CEPAL et la CNUCED concluent que les facteurs d'attraction les plus importants pour que les IED parviennent aux pays de destination varient en fonction des intérêts primordiaux des investisseurs. Les politiques publiques peuvent donc s'avérer plus décisives pour attirer les IED que l'existence ou non de TBI.

31. On estime qu'en 2013, les sociétés filiales ont envoyé à l'étranger près de 3,82 milliards de dollars au titre de dividendes. Ce montant annuel équivaut à près de la moitié des investissements étrangers directs entrants des dix dernières années.

32. Les statistiques sur les investissements étrangers ayant pour base l'application des manuels du FMI n'apportent pas de données pertinentes pour en quantifier l'impact sur les IED. Elles se limitent à la mesure de l'entrée et de la sortie des investissements et non des caractéristiques de ces

investissements, données indispensables pour analyser les effets socio-économiques et environnementaux de ces investissements, dans une perspective de développement.

33. Il n'existe pas en Équateur de statistiques spécialement conçues pour étudier le comportement des intérêts étrangers dans le tissu sociétair. Les informations existantes sont dispersées dans le tableau économique par secteur institutionnel, l'enquête exhaustive des entreprises et leurs établissements (produit du recensement économique) et dans les registres administratifs, notamment fiscaux.

34. Pour identifier l'impact économique provoqué par les entreprises étrangères qui ont engagé des poursuites contre l'Équateur devant les tribunaux internationaux d'arbitrage sous couvert de TBI, les chiffres officiels font état d'un faible dynamisme de la production globale dans les provinces où étaient situés les investissements, tout du moins aux époques où elles y exerçaient leurs activités. En effet, pendant la période couvrant 1993 à 2005, qui correspond à la plus forte intervention extérieure, les zones d'influence sont restées dans des conditions de faible expansion productive.

35. La contribution des IED à la création d'emplois directs dans le pays a été minime en raison de la nature des activités d'extraction, dont le recours aux équipements et machines est intensif. Ils n'ont pas non plus manifesté de grand intérêt à créer des emplois indirects dans autour des zones d'exploitation, comme pour acquérir localement matériel et services.

36. Les indicateurs sociaux de la population située dans l'aire d'influence des entreprises plaignantes révèlent une situation précaire en termes de santé, éducation, analphabétisme, accès aux réseaux d'eau potable, électricité, assainissement pendant leur présence sur

place. Le contraste est évident, et les chiffres le confirment, quand les peuples et les communautés font l'objet d'une prise en charge juste et compensatoire, comme c'est le cas avec le gouvernement actuel.

**37. Atteintes aux propriétés des paysans et de la communauté. Droits de propriété bafoués.** Certaines concessions pétrolières octroyées par l'État aux compagnies se sont faites sans reconnaissance des droits de propriété des paysans et des communautés déjà établis sur place. Les victimes, indigènes en majorité, se sont sentis envahis, déplacés même, et ce sans la moindre indemnisation. Il y a des cas où des puits ont été creusés sur des terrains où les paysans continuent de payer la taxe foncière, car aucune expropriation n'a eu lieu.

**38. Preuves d'altération des coutumes, des activités de production, d'alimentation, des valeurs culturelles.** Des changements dans la production alimentaire et les moyens de subsistance (cueillette, chasse, pêche) se sont produits, avec le remplacement des boissons autochtones naturelles par les boissons alcooliques qui provoquent de l'accoutumance, de la violence et des dégradations sociales. Les conventions souscrites entre les entreprises et les communautés ou nationalités indigènes imposaient des codes de conduite qui se transformaient en moyens de contrôle et d'apaisement face à de possibles plaintes et poursuites.

**39. Impacts environnementaux occasionnés dans le secteur pétrolier.** À partir des rapports établis par les autorités environnementales et du travail sur le terrain de notre équipe, les passifs environnementaux laissés par certaines sociétés pétrolières en conflit avec le pays n'a pu qu'être constaté, à l'image de piscines à

ciel ouvert pour les déchets de pétrole brut, boues et restes chargés de métaux lourds toxiques ; des fosses au bord des rivières, lagunes et marais pour y confiner les produits polluants ; des épanchements de pétrole brut et de fluides, le tout dans la pire des pollutions. Il semblerait que ces entreprises aient appliqué en Amazonie équatorienne des pratiques rudimentaires et nocives interdites dans les autres endroits où elles opèrent.

**40. L'affaire la plus grave est celle de Chevron.** L'ancienne société Texaco, acquise par Chevron, a agi de façon irresponsable et sans vergogne, avec des technologies obsolètes, provoquant des épanchements à hauteur de 26 000 barils de pétrole brut vers d'importantes rivières, Aguarico, Quijos et Shiripuno, et de nombreux estuaires, déversant également plus de 68 000 litres d'eau de production, plus toxique encore que le pétrole brut, entraînant la mort de poissons, bétail et animaux sauvages. Texaco a ouvert 916 piscines dont le contenu filtré en pleine nature a provoqué la toxicité des terres et la pollution de l'eau et de l'air. Dans une note écrite entre cadres de la société, il y est indiqué que les épanchements ne seront notifiés que s'ils « *attirent l'attention de la presse et/ou des autorités de régulation...* ». À cause de niveau de pollution élevé, la santé de la population en a beaucoup pâti. Si une enquête menée auprès de 1064 familles a détecté 306 cas de cancer, on estime que les dommages sont encore plus grands, car la cause de la mort n'était pas correctement enregistrée du fait de la méconnaissance de la maladie.

41. L'ouverture et la liberté avec laquelle ont été accueillis les investissements étrangers ont donné lieu à des agissements spéculatifs de la part des corporations pour générer encore plus de bénéfices, même si cela

impliquait qu'elles se dérobaient à leurs obligations. Sept des 22 entreprises examinées se sont déclarées de la nationalité de paradis fiscaux, tout en invoquant des TBI souscrits avec d'autres pays (États-Unis, France, Canada) pour engager des poursuites contre l'Équateur devant les tribunaux internationaux.

42. La sous-capitalisation visant à échapper aux obligations fiscales est devenue une stratégie récurrente des entreprises pendant les années 1990. Cette figure consiste à déguiser en crédits les entrées de capitaux ; la magnitude de cette pratique irrégulière peut être constatée grâce à la croissance démesurée de la dette privée à compter de 1993.

43. L'examen des bilans comptables et des déclarations d'impôt sur les sociétés a permis d'identifier de nombreuses irrégularités pratiquées par la plupart des entreprises de notre enquête, qui consistent essentiellement en des pertes sur des exercices continus, ce qui aurait dû entraîner la dissolution des entreprises ; un rapport irrationnel entre les revenus issus des ventes et l'impôt sur les sociétés payé, car plus les ventes augmentaient, plus les impôts payés baissaient ; principaux crédits enregistrés chez les filiales (finalité dissimulée des consortiums) ; il y a des cas de crédits entre entreprises qui atteignent parfois 99 % du passif, alors que le montant du capital ne dépasse jamais le minimum exigé pour la constitution d'une entreprise.

44. Les corporations étrangères ont bénéficié, sans limitation aucune, de prix réduits sur les combustibles, l'électricité, les télécommunications, l'eau potable. La différence avec le coût que cela aurait représenté dans leurs pays d'origine représente une économie considérable rarement quantifiée ou reconnue.



# **RECOMMENDATIONS**

La commission met à la disposition de l'État équatorien les recommandations suivantes :

### 1. Achever la procédure de dénonciation des TBI

Sur le fondement de l'analyse et de l'évaluation des traités bilatéraux de protection des investissements (TBI) signés par l'Équateur et qui se trouvent encore en vigueur, la Commission propose à l'État équatorien de maintenir le processus de dénonciation des TBI entrepris par l'exécutif en 2008.

Le processus de dénonciation est prévu dans chacun des traités, ce qui rend juridiquement valable et légitime cet acte. La dénonciation doit intervenir conformément aux dispositions établies dans chaque traité. Néanmoins, l'État peut dans certains cas explorer la possibilité d'une résiliation de commun accord, la négociation de nouveaux accords ou encore la renégociation sur la base du modèle alternatif que nous proposons ici et éviter de la sorte les effets des clauses de survie ou de rémanence du traité. À titre d'exemple, la note diplomatique pourra faire état, après exposition des motifs de la dénonciation, de l'intention d'explorer une telle voie.

S'il n'est juridiquement pas requis de consigner les raisons de la dénonciation, la commission propose de dénoncer les TBI au titre des arguments suivants :

- La cour constitutionnelle équatorienne s'est prononcée sur l'incompatibilité de tels traités avec la constitution.
- Ces traités sont contradictoires avec les obligations *erga omnes* acquises par l'Équateur à l'échelle internationale, comme celles qui découlent des traités de droits de l'homme.
- Il existe déjà une pratique (*opinio juris*) développée par l'Équateur — qu'il n'est pas possible d'ignorer — dès l'achèvement de la dénonciation d'au moins dix TBI.
- Le nouveau cadre constitutionnel de 2008 était un fait imprévu et imprévisible lors de la souscription de TBI, ce qui implique un changement fondamental dans les circonstances juridiques par rapport à celles du moment de la souscription.

- Certains traités prévoyaient des objectifs en préambule en termes de développement et de bien-être qui n'ont pas été satisfaits et des effets contraires à ces derniers ont été observés, aussi maintenir ces obligations suppose de poursuivre des engagements qui résultent en la ruine du peuple équatorien et sont contraires aux objectifs des traités eux-mêmes.
- Les tribunaux d'arbitrage ayant instruit les poursuites contre l'Équateur ont significativement élargi la portée et le sens des clauses convenues par les parties à l'origine dans les traités, bien au-delà de l'intention des États partie, ce qui équivaut à un changement de circonstances justifiant la résiliation de ces traités.
- La décision de l'Équateur quant à la dénonciation s'inscrit dans une tendance mondiale des gouvernements à restreindre la protection des investissements étrangers et à assurer le droit souverain des États à se réguler au profit du bien public.

La dénonciation de ces accords doit observer la procédure établie à la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, la Constitution équatorienne de 2008, la loi organique sur la fonction judiciaire et la loi organique portant garanties institutionnelles et contrôle constitutionnel. Enfin, elle doit être formellement notifiée à la contrepartie afin de produire ses effets juridiques à l'échelle internationale.

La conjoncture internationale apparaît comme un facteur renforçant la position de l'Équateur eu égard à la dénonciation des TBI si une politique étrangère de développement d'alliances, de coordination et de blocs est développée. La somme des circonstances des deux dernières décennies a marqué un changement de cap pour certains pays en ce qui concerne la politique d'ouverture en matière d'investissement. La remise en question d'un échafaudage juridique soutenant les droits des entreprises par-dessus ceux des États est

actuellement au cœur des politiques d'investissement de pays divers et variés. Face à cela, plusieurs nations ont manifesté leur désaccord avec le système et fait état de leurs critiques, signe qu'il y a lieu de le réviser et de le réformer.

## 2. Négociation de nouveaux instruments entre l'État et les investisseurs privés

### Contrats internationaux d'investissement associés à des droits restreints et des obligations

Les contrats d'investissement offrent une plus grande flexibilité que les TBI, puisqu'ils sont signés au cas par cas et n'ont pas de portée internationale. Par ailleurs, tant que les TBI dénoncés sont en vigueur du fait de la clause de survie, la signature de contrats internationaux entre l'État et les investisseurs étrangers est un joker qui permet à l'État de proposer des arbitrages sous d'autres règles, d'établir un cadre de certitudes et d'incitations, de restreindre les droits des investisseurs et de leur imposer des obligations.

Il est recommandé à l'État équatorien de viser à la renégociation des contrats (dans le cas des investisseurs déjà établis) ou d'en négocier de nouveaux (dans le cas des investisseurs à venir) dans lesquels :

- Les investisseurs renonceront à leur droit de règlement des différends en vertu des TBI et, à la place, se soumettront aux seuls tribunaux *ad hoc* conformément à la législation nationale, comme l'a déjà fait l'État équatorien pour plusieurs contrats d'investissement.
- Les investisseurs accepteront des obligations contraignantes, comme celles proposées par le modèle alternatif de traité.

- Incluront la possibilité pour les États de poursuivre les investisseurs pour des violations aux obligations ou des manquements contractuels.
- Incluront la possibilité pour les communautés victimes de violations aux droits de l'homme de traduire en justice les investisseurs.
- Incluront des calendriers chiffrés pour les investissements.

Compte tenu de l'importance de ces traités, la commission recommande qu'ils soient publics et soumis au contrôle social et politique sur la base de règlements et de critères conformes à la loi.

### Principales lignes pour un modèle alternatif de traité d'investissement<sup>91</sup>

#### *Objectifs du traité*

Les principes et objectifs d'un traité alternatif pour les investissements devraient être les suivants :

Suprématie des droits de l'homme par-dessus les droits commerciaux ;

Maintien de la capacité de régulation souveraine de l'État ;

Protection du Bien vivre, ce pourquoi est nécessaire une politique complète sur les investissements garantissant non seulement la protection des investissements, mais également la vigueur des droits de l'homme et en particulier les droits des communautés autochtones, les droits de la nature, le droit du travail et autres intérêts sociaux ;

Éviter des conditions d'inégalité, comme la possibilité laissée aux seules entreprises de poursuivre

---

<sup>91</sup> Il convient de signaler que nombre des recommandations présentées ici sont fondées sur les nouveaux types de traités signés dans d'autres régions du monde. Par exemple, le traité sur les investissements de l'ASEAN (2011) contient des dispositions concernant l'environnement, le droit du travail et la défense de la santé, de la morale et du bien-être. Le traité type des États-Unis prévoit également une telle protection. Un

traité modèle recommandé par le secrétariat du Commonwealth contient des dispositions similaires. Le projet de traité type pour la région Sud de l'Afrique est similaire. Les recommandations exprimées ici ne s'écartent pas des tendances modernes sur le terrain, même si elles peuvent les exprimer de façon plus définie.

les États et non l'inverse, et la possibilité d'interprétation abusive ou expansive des clauses du traité.

En premier lieu, tout éventuel traité en matière d'investissements étrangers devrait ancrer face aux agissements des investisseurs et des entreprises étrangères le respect des droits de l'homme et le droit du travail, de l'environnement et de la nature consacrés à la Constitution et dans les autres traités internationaux ratifiés par l'Équateur.

Pour ce faire, la commission valide et recommande de poursuivre l'initiative lancée par l'Équateur dans le cadre des Nations unies d'un code contraignant pour les entreprises transnationales en matière de droits de l'homme. Il est nécessaire de recourir à l'ensemble des capacités diplomatiques et politiques de l'État pour continuer à trouver des alliés dans cette lutte transcendante.

En second lieu, tout éventuel traité en la matière devrait être appuyé sur la reconnaissance du droit des États à la régulation — dans le cadre de leur législation nationale et des engagements en matière de droit international — des investissements étrangers pour les aligner avec les objectifs de leurs plans de développement.

## **Structure du traité : Préambule et définitions**

### ***Préambule***

Le préambule mérite une attention particulière car il définit la nature et le propos du traité et délimite l'interprétation qui pourra en être faite par les instances d'arbitrage international d'investissement. Concrètement, le préambule doit tenir compte du concept de développement durable,<sup>92</sup> de même que

---

<sup>92</sup> Le développement durable (DD) est un concept qui appréhende la protection de l'environnement et les droits de l'homme de façon intégrale. Le rapport de la commission Brundtland définit le DD en tant que développement satisfaisant les besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres besoins. Le DD est mentionné

l'idée de protection des investissements, de telle sorte à réaffirmer qu'il ne s'agit pas du seul objet du traité.

### ***Investisseur***

Le concept d'investisseur doit être clairement et strictement défini pour permettre de caractériser le sujet qui mène les activités protégées par le TBI. C'est ainsi que le *jus standi* pourra être déterminé lors des différends liés au traité. En dernière instance, ce sera à l'État de décider s'il y a lieu ou non d'accorder le titre d'investisseur.

L'investisseur doit être une personne morale, une société légalement constituée dans l'État dont il dépend, établie et en activité depuis deux ans, et dont le siège et la gestion est exclusivement située dans l'État d'origine. Il devra transmettre chaque année les informations concernant sa raison sociale, domicile et attestation d'existence sociale ou d'être en règle de ses obligations, appelé « good standing ». L'investisseur doit également faire connaître ses associés ou actionnaires et les fondés de pouvoir des personnes morales ayant des actions ou participations dans la société.

Il est proposé de supprimer la condition d'investisseur, et donc la protection du traité, en cas de manquement aux obligations qui y sont prévues, y compris en cas d'actes de corruption.

### ***Investissement***

L'investissement doit être défini de façon stricte et spécifique. Feront l'objet de la protection du TBI les investissements admis par les autorités compétentes dans le cadre de l'ordonnancement juridique national de l'Équateur. En dernière lieu, il est nécessaire de les restreindre aux biens ou propriétés tangibles et intangibles pour une durée d'au moins deux ans. Les

dans plusieurs traités, dont l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) de 1992, le préambule de l'accord de l'OMC et l'article 19 du TCE. Plusieurs cours et tribunaux y ont fait référence, notamment la cour internationale de justice (CIJ) dans l'affaire Gabcikovo – Nagymaros (1997) et l'avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (1996).

investissements doivent se faire avec l'engagement substantiel de capitaux ou autres ressources, le cautionnement des risques et la contribution effective au développement. Les biens protégés de l'investissement doivent être la propriété directe des investisseurs agissant par le biais d'une société établie en Équateur.

L'autorité compétente en matière d'investissement doit disposer des outils suffisants pour approuver l'entrée ou l'expansion de tous les investissements étrangers quand ils sont considérés comme bénéfiques pour le développement du pays, ce qui doit constituer une condition inéluctable pour la protection engagée par le biais d'un TBI.

L'expérience de l'Équateur permet de recommander les aspects suivants en ce qui concerne la portée des investissements protégés par n'importe quel traité futur d'investissement :

- Aucun engagement de rétroactivité ne devrait être compris : la protection apportée par le traité ne devrait pas couvrir les investissements antérieurs à la signature, encore moins s'il s'agit d'investissements qui ne sont plus dans le pays.
- Tout type d'abus du traité de la part des investisseurs, comme la fabrication d'une protection non prévue au traité, doit être expressément prévu et interdit, en particulier les restructurations sociétaires d'entreprises d'un État différent de celui du traité, ou encore les entreprises équatorienne adoptant l'apparence d'une nationalité différente.
- Pour qu'un investisseur puisse faire valoir un TBI pour engager des poursuites, il devra être l'associé exerçant le contrôle de la société titulaire de l'investissement et en aucun cas être associé minoritaire ou avec majorité simple.

La définition de l'investissement protégé par les traités futurs devra exclure au moins ce qui suit :

- Les investissements de portefeuille, y compris les obligations portant sur des

dettes publiques ou privées. Cela ne veut pas dire que l'État équatorien ou les entreprises ne pourront pas avoir recours à ce mode de financement sur les marchés boursiers, sinon que ces investissements ne seront pas protégés par les traités du fait de leur caractère très souvent spéculatif. Une telle restriction doit se conformer à la législation interne et/ou internationale que l'Équateur aura expressément ratifiée.

- La dette extérieure, qu'elle soit publique ou privée, bancaire ou sous forme d'obligation, devra respecter la législation spécifique applicable.
- Les droits octroyés pour des concessions régies par le droit administratif pour l'exploitation de ressources naturelles ou de biens publics (comme les spectres radioélectriques ou les espaces aériens, entre autres).
- Les contrats de travaux publics, contrats commerciaux à long terme ou contrats de services, qui devraient être soumis aux conditions contractuelles, lesquelles ne pourront être valables que sous réserve de ne pas violer la législation interne.
- Tout investissement pour lequel il aura été démontré que l'investisseur a participé à des actes de corruption (directement ou à travers des tiers) avant de les effectuer ou à toute étape de développement.
- Les droits de propriété intellectuelle doivent être soumis à la législation interne ou aux traités sur la propriété intellectuelle expressément ratifiés par l'Équateur.
- Dans le cas extraordinaire où l'État équatorien octroierait une concession pour investir dans des secteurs de prestation de services publics et d'usage de biens publics, tels que définis à l'article 314 de la Constitution, ces investissements devraient être exclu du champ de protection des traités d'investissement.

#### **Droits d'inclusion de l'État**

Il est recommandé de tenir compte des thématiques suivantes dans le contenu de tout nouveau traité :

- À mesure de l'avancement pour un code contraignant en matière de droits de l'homme pour les entreprises, les traités sur les investissements devraient prévoir que soient observées les obligations juridiques acquises sur le territoire d'investissement, qu'elles émanent de normes nationales ou internationales. Les traités devraient également préciser les tribunaux devant lesquels lesdites obligations pourront être rendues exigibles par les États, les personnes physiques et les communautés affectées, y compris les tribunaux d'arbitrage compétents pour le règlement des différends dérivés du traité.
- Les mesures adoptées par un État partie pour satisfaire ses obligations internationales en vertu d'autres traités et/ou conventions ne sauraient constituer une violation de l'accord d'investissement et ne devraient octroyer nul droit à un investisseur pour qu'il obtienne une indemnisation pour violation d'accord.
- Intégrer des clauses reconnaissant le droit de l'État à imposer des conditions de résultat, qu'ils soient généraux pour tous les investissements, ou spécifiquement prévus par des contrats. Les conditions de résultat devront être axées sur les plans de développement national et le bénéfice collectif, dans le cadre des mandats constitutionnels. Une importance particulière revêt la recherche d'enchaînements productifs ou l'achat local de matière première par les investisseurs étrangers, car c'est la seule manière pour que les investissements étrangers directs aient un effet multiplicateur sur le reste de l'économie nationale et sur la création d'emplois indirects.
- Intégrer des clauses permettant à l'État de prendre des mesures pour favoriser le transfert de technologie.
- Intégrer des clauses protégeant le droit de l'État à exclure de la portée des traités d'investissement les domaines considérés comme stratégiques par les plans nationaux de développement, ou d'exiger l'intégration d'associés équatoriens dans les entreprises œuvrant dans ces secteurs de l'économie, de telle sorte qu'il s'agisse de sociétés mixtes aux capitaux équatoriens avec participation majoritaire de l'État.
- Afin de préserver la faculté régulatoire de l'État, tout traité en matière d'investissement devra contenir des clauses reconnaissant explicitement la faculté de l'État à octroyer, en vertu de la législation interne, un traitement préférentiel à toute entreprise dans le but d'atteindre les objectifs nationaux ou locaux de développement régional.
- Intégrer des clauses reconnaissant la faculté de l'État à prendre toute mesure nécessaire dans sa législation interne pour éviter les pratiques d'évasion et d'optimisation fiscale.
- Intégrer des clauses acceptant la faculté de l'État à créer des lois ou des régulations évitant la circulation illicite de capitaux (comme la sous-facturation ou la surfacturation entre entreprises liées).
- Intégrer des clauses reconnaissant la faculté de l'État à prendre toute mesure nécessaire qu'il considèrera nécessaire pour éviter la circulation de capitaux fébriles ou hautement volatiles.
- Intégrer des clauses admettant le droit de l'État à légiférer pour favoriser le réinvestissement des dividendes.
- Intégrer des clauses reconnaissant la faculté de l'État à mettre en place des concessions et des exemptions fiscales sélectives, en fonction des objectifs et des orientations de la planification nationale, lesquelles devront être temporaires et renouvelables en

fonction de l'évaluation de la satisfaction des objectifs et de conditions définies au cas par cas.

### Obligations à intégrer pour l'investisseur

Il est recommandé de prévoir des obligations pour les investisseurs dans les nouveaux traités d'investissement selon les critères suivants :<sup>93</sup>

- Respecter les normes du droit national et international consacrant les droits civils, politiques, sociaux, économiques, culturels et environnementaux, et s'abstenir de tout acte de collaboration — économique, financière ou en services — avec toute entité, institution ou personne ayant commis des violations aux droits de l'homme.
- Les droits octroyés aux investisseurs au traité devraient être assujettis aux principes et obligations créés par le droit international général, y compris ceux liés aux droits de l'homme, l'environnement, la législation nationale et internationale sur les crimes racistes, religieux et la discrimination sexuelle.
- Mener leurs activités conformément aux lois, règlements, pratiques administratives et politiques nationales en matière de préservation de l'environnement et en application des accords, principes, normes, engagements et objectifs internationaux liés à l'environnement, aux droits de l'homme, à la santé publique et à la sécurité, respectivement.
- Être juridiquement responsables des passifs environnementaux éventuellement occasionnés et s'acquitter des obligations d'indemnisation des peuples et communautés affectées par les dommages

causés et, le cas échéant, les réparer en restaurant l'environnement dans les conditions d'avant l'intervention et/ou indemniser économiquement les personnes concernées en droit.

- Respecter les normes nationales et les accords internationaux de l'OIT pour garantir un environnement de travail sain ; payer des rémunérations garantissant une vie digne aux travailleurs ; garantir la liberté syndicale, la reconnaissance effective des négociations collectives et du droit de grève, de même que les droits des migrants.
- Respecter les droits territoriaux des peuples indigènes et afroéquatoriens et accepter les résultats de la consultation préalable éclairée après validation par l'État, aux termes de l'article 57 de la Constitution et de l'article 83 de la loi organique de participation citoyenne.
- Respecter la convention 169 de l'OIT et la déclaration sur les droits des peuples autochtones de l'ONU. Les droits de consultation et de participation sont inaliénables et indéléguables pour la construction de relations avec les États, les entreprises et autres acteurs.
- Afin d'éviter les pratiques d'évasion et d'optimisation fiscale et la circulation illicite de capitaux entre entreprises liées, rendre publique l'identité des contreparties avec lesquelles sont entretenues les relations commerciales et/ou financières de tout type. Les prix de transfert devraient être minimiser et une partie des dividendes devrait être réinvestie aux termes prévus à la législation ou aux décrets nationaux.
- Subordonner leurs activités aux politiques et plans en matière de propriété intellectuelle,

---

<sup>93</sup> Nombre des obligations exposées ci-dessous sont issues de la proposition de traité international des peuples pour le contrôle des entreprises transnationales élaborée à l'échelle mondiale par la campagne pour démanteler le pouvoir des entreprises

transnationales  
<http://www.stop-corporateimpunity.org/wp-content/uploads/2015/02/PeoplesTreaty-ES-dec2014-1.pdf>

<http://www.stop-corporateimpunity.org/wp-content/uploads/2015/02/PeoplesTreaty-ES-dec2014-1.pdf>

science et technologie des pays récepteurs et aux normes internationales sur les droits de l'homme.

- Satisfaire les conditions de résultat fixées à la législation interne applicable. Contribuer au transfert de technologie, aux termes prévus à la loi, règlements ou contrats.
- Le TBI devrait comprendre les conditions de résultat pour les investissements étrangers. Les investissements étrangers, à l'heure actuelle, ne sont pas soumis à des critères de résultat à atteindre dans le développement des activités.
- Engager de la main d'œuvre nationale, de préférence issue des zones d'influence des investissements.
- Dans le cas où le TBI inclurait la possibilité d'arbitrage d'investissement, il est proposé de consigner que l'État devra confirmer son consentement à l'arbitrage à chaque occasion. Le consentement à l'arbitrage de la part de l'État devra tenir compte de la satisfaction des obligations des investisseurs prévues lors de l'admission dans le pays. Il est recommandé d'incorporer comme condition obligatoire l'épuisement des recours internes, en juridiction administrative et judiciaire, avant de soumettre l'affaire à arbitrage international d'investissement.

### **Privilèges d'exclusion des investisseurs et droits à redéfinir**

Il est recommandé d'exclure ou de réévaluer dans tout traité futur sur les investissements les clauses suivantes qui sont fréquemment incorporées aux TBI actuels :

- **Traitement juste et équitable :** Cette clause a pour but de combler les vides avec d'autres normes plus spécifiques afin d'obtenir un niveau de protection de l'investisseur plus grand que celui prévu au traité, ce pourquoi sa portée doit impérativement être strictement définie, de

telle sorte à empêcher toute interprétation axée sur les attentes des investisseurs en tant que critère pour établir la responsabilité internationale de l'État.

- **Pleine protection et sécurité** La clause de pleine protection et sécurité doit être remplacée par un concept de sécurité et de traitement minimal, standard à l'échelle internationale.
- **Traitement national :** Cette clause devra n'être appliquée qu'à l'exploitation, administration, maintenance, utilisation et vente ou aliénation des investissements. Il faut également indiquer que le traitement national ne sera pas étendu aux lois et règlements existants ou futurs prévus aux bénéfices des petites et moyennes entreprises nationales ou en matière de régulation des ressources naturelles. L'État devra se réserver le droit de désigner tout secteur pour lequel ne sera pas applicable le traitement national du fait de la sécurité nationale ou du besoin de développement de secteurs spécifiques.
- **Nation la plus favorisée :** Il faudra exclure cette clause afin d'éviter qu'un investisseur d'une nationalité donnée acquière ou étende ses droits prévus dans des traités différents passés avec l'État équatorien avec des pays différents de ceux dont l'investisseur est ressortissant. Il faudra inclure une clause signalant que la protection ne s'étendra pas au traitement établi aux accords existants ou futurs d'intégration régionale économique, accords douaniers, accords commerciaux, accords de libre-échange ou autres accords similaires ; traités de protection et de promotion des investissements bilatéraux ou régionaux ; et tout système de préférence offerte par l'État à des pays moins développés
- **Expropriation :** Le concept d'« expropriation indirecte » ou de « mesures équivalentes à l'expropriation » ne doivent

pas être inclus. La définition d'expropriation doit être restreinte à l'acte direct de l'État, permis par la loi, par lequel, pour des raisons d'utilité publique — dans une procédure équitable sans discrimination — il s'approprie d'un bien tangible d'un investisseur, et pour lequel l'État doit payer une compensation adéquate, dans le contexte d'un investissement couvert par un TBI et dans un délai raisonnable.

- **Clause parapluie :** Il est proposé de l'exclure dans les termes dans lesquels elle figure aux TBI passés par l'Équateur, car elle se propose de faire passer un manquement à un contrat — instrument de droit local — pour une violation du droit international.
- **Clauses de survie :** Il est recommandé de fixer une date d'expiration avec possibilité de renouvellement ou de renégociation du traité par consentement exprès (ni tacite ni présumé, comme c'est actuellement le cas) des parties.

Il conviendra par ailleurs d'exclure toute clause qui :

- **Interdit à l'État d'imposer des conditions de résultat** aux investissements.
- **Empêche d'appliquer des limites et des règles à la libre circulation de capitaux.**

---

<sup>94</sup> Face à ce scénario et à l'encontre de l'argument généralement présenté, les investisseurs ne seraient pas sans défense en cas de perte de leurs investissements pour des raisons non commerciales (car les investisseurs se doivent d'assumer les risques commerciaux), car ils auraient la possibilité de recourir à :

\* Assurances de risque politique privées : elles couvrent les actifs comme les contrats. La couverture des actifs peut comprendre des risques comme la confiscation, la nationalisation et l'expropriation. La couverture du contrat peut comprendre les pertes découlant de la résiliation du contrat, de l'inconvertibilité de la monnaie et l'annulation de contrat par suite de violence politique. Les politiques de confiscation, nationalisation et expropriation des assurances peuvent généralement être étendues pour couvrir l'annulation de permis, embargos

Ce type de clauses est particulièrement dangereux dans un pays comme l'Équateur, qui ne dispose pas de sa propre monnaie et n'a donc pas de pouvoir sur les taux de change.

- **Restreigne la capacité de l'État à établir des règles et des procédures pour éviter l'évasion et l'optimisation fiscale ou les mécanismes occultes pour la fuite de capitaux ou le blanchiment d'argent.** En matière fiscale, les investissements étrangers devraient être soumis à la seule législation interne de l'Équateur et non à un traité sur les investissements, qui devrait en être expressément exclu.

### 3. À propos du système d'arbitrage international en matière d'investissements

#### À propos de la clause de résolution des litiges investisseur-État

La commission recommande d'exclure la clause de règlement de différends investisseur/État des traités internationaux de protection des investissements (TBI) en vigueur et futurs, qui permettent aux investisseurs de poursuivre l'État devant les tribunaux internationaux en vertu des règles du CIRDI ou CNUDCI<sup>94</sup>. La clause de règlement des

commerciaux, grèves, émeutes, perte de revenus après expropriation et autres types de risques politiques. Il convient de tenir compte que pour les assurances privées contre les risques politiques, l'existence ou non d'un TBI n'a aucun impact pour évaluer le risque des projets d'investissement.

\* L'agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA), dépendance de la Banque mondiale, octroie des garanties subventionnées par les États aux investisseurs contre les pertes subies du fait de risques comme l'expropriation, l'inconvertibilité de monnaie, les opérations de change, guerres civiles ou émeutes.

\* Assurances proposées par le pays d'origine de l'investisseur : La plupart des pays exportateurs de capitaux octroient des assurances similaires à celles de la Banque mondiale à leurs entreprises investissant à l'étranger.

litiges investisseur/État, dans son format actuel, accorde des droits excessifs aux investisseurs étrangers et a donné lieu à des abus de leur part. Les tribunaux nationaux constituent, dans la plupart des cas, l'instrument idoine pour régler les différends en matière d'investissement.

### **Sécurité juridique des investisseurs auprès des tribunaux nationaux**

La commission recommande que les différends entre les investisseurs et l'État soient prioritairement réglés devant les tribunaux nationaux. L'Équateur dispose d'un système judiciaire capable de connaître et de régler en toute transparence et impartialité les possibles plaintes des investisseurs étrangers.

### **Proposition de période de transition visant à minimiser l'exposition de l'Équateur aux poursuites des investisseurs tant que l'État se trouvera lié au système actuel de protection internationale des investissements**

Au-delà des mesures prises par le gouvernement équatorien pour récupérer la souveraineté totale sur son espace réglementaire et éviter d'être poursuivi, à l'avenir, pour les investissements étrangers devant les tribunaux internationaux à cause de la clause de survie, il faudra encore beaucoup de temps pour être complètement libéré des engagements acquis dans le contexte du système actuel de protection internationale des investissements.

Pour cette première étape de transition et dans le but de minimiser la possibilité de poursuites (et menace de poursuites) des investisseurs étrangers devant les tribunaux internationaux en vertu des règles du CIRDI ou du CNUDCI, et pour limiter les droits des investisseurs et restreindre l'interprétation abusive de certaines clauses des TBI de la part des arbitres, nous proposons les actions suivantes :

---

Dans certaines circonstances, les États d'origine des entreprises tendent à offrir une certaine forme de protection diplomatique : dans certains cas, il y a la possibilité de régler les différends État/État, et il existe

### **À propos des poursuites devant le CIRDI**

Dans le cas où se présenterait une nouvelle poursuite d'un investisseur étranger contre l'Équateur devant le centre international de règlement de différends (CIRDI), nous recommandons que l'Équateur décline de se présenter.

En 2009 l'Équateur a dénoncé la convention de Washington et retiré son consentement aux poursuites devant le CIRDI. Ainsi, il est de l'entendement de la commission qu'en aucun cas le CIRDI n'est compétent pour traiter les différends contre l'Équateur engagés après la dénonciation, et encore moins après l'écoulement des six mois pour que la dénonciation soit assortie de prise d'effet, conformément à l'article 71 de la convention CIRDI.

### **À propos des intérêts sur les montants des sentences arbitrales dans les affaires contre l'État**

Dans une perspective d'affirmation de la souveraineté juridique nationale, il devrait être exigé que pour les sentences décidant de l'accumulation d'intérêts sur les montants à régler soit respectée l'interdiction de l'anatocisme telle que prévue à la Constitution équatorienne.

### **Critères des litiges conduisant à remettre en question l'indépendance et l'impartialité des arbitres**

Face à l'évidente partialité à la faveur des investisseurs de la part des personnes exerçant régulièrement en tant qu'arbitres, il est proposé d'adopter une série de critères et de principes sur lesquels fonder des stratégies de sélection et de récusation des arbitres. Ces critères aideraient l'Équateur à définir une « *liste d'arbitres en faveur des investisseurs* » devant être exclus des désignations dans les collèges arbitraux, ceux devant être récusés parmi les propositions des investisseurs, de même que les présidents de

aussi des voies plus informelles. Par exemple, les restrictions sur les préférences douanières ou autres pressions économiques exercées par l'État d'origine sur l'État de destination de l'investisseur.

tribunaux proposés par les centres d'arbitrage. Les critères proposés répondent à trois catégories : conflits d'intérêts, conflits de remise en question et conflits systémiques.

a. Les conflits d'intérêts désignent le manque d'impartialité de l'arbitre pour ses liens avec les parties du litige et/ou pour avoir des intérêts économiques dans le résultat du litige.

b. Le conflit de remise en question désigne les affaires où l'impartialité est remise en question par suite d'une prise de position face à un problème juridique à plusieurs reprises et avant une ou plusieurs questions soumises à débat dans une nouvelle affaire.

c. Enfin, le conflit systémique désigne la remise en question de l'impartialité non pas pour sa participation à une affaire particulière, mais pour des prises de position ou rôles pouvant laisser transparaître un biais favorable à l'investisseur et/ou une défense ou promotion du système d'arbitrage d'investissements traditionnel.

### Réformes au système d'arbitrage international

Il existe une série de réformes au système d'arbitrage international en matière d'investissements qui, sans totalement nier aux investisseurs le recours à l'arbitrage international, réduisent les possibilités d'abus et offrent de plus grandes garanties d'impartialité et d'indépendance, même s'il ne fait aucun doute que même avec la mise en place de ces réformes, le problème des investisseurs remettant en question les mesures légitimes adoptées par l'État en faveur de sa population ou de l'environnement ne sera pas résolu.

Proposition pour que l'arbitrage soit le dernier recours

- S'assurer que les voies internes de recours administratif et/ou judiciaire ont été épuisées avant d'engager un arbitrage international.

### Propositions pour accroître la transparence

- Le principe de transparence devrait être transversal dans l'ensemble du système. En conséquence, tous les documents présentés par les parties et émis par les arbitres devraient être publics et libres d'accès. De la même façon, les audiences de compétence, d'admissibilité et/ou de dommages devraient être publiques et ouvertes à la participation des intéressés, y compris par le recours aux nouveaux médias de communication (comme une diffusion en streaming). Il devrait également être permis que les intéressés non-partie au litige puissent participer, comme les organisations de la société civile, par des recours à l'image de *l'amicus curiae*. Enfin, il devrait être établi que le tribunal ou les parties ne pourront se prévaloir de motifs de confidentialité pour justifier du manque de transparence.

Propositions visant à restreindre le caractère discrétionnaire des arbitres et à augmenter leur indépendance et impartialité

- Créer une procédure d'appel et une instance permanente d'appel chargée de revoir les sentences au fond (à la manière de la structure organisationnelle de l'OMC),<sup>95</sup> tout en sachant que les appels ne régleront pas les défaillances du système.
- En cas de maintien de la pratique de l'examen de nullité des sentences à des tribunaux d'arbitrage *ad hoc*, leur indépendance doit être garantie. Pour cela, les membres de ce tribunal d'annulation ne

---

<sup>95</sup> À l'heure actuelle, selon les règles du CIRDI, seule peut être demandée l'annulation de la sentence sur le fondement de critères restreints, comme l'excès de

pouvoir du tribunal ou l'inobservance de procédures. Ce mécanisme est considérablement insuffisant pour assurer l'intégrité du système.

doivent pas pouvoir agir comme arbitres ou conseillers des parties qui se trouvent au sein du circuit institutionnel d'arbitrage international en matière d'investissement ; tâches incompatibles avec celle d'examiner les agissements d'autres arbitres et de décider impartialement si les décisions remises en question doivent être annulées ou non. Il est nécessaire d'établir une liste ample d'arbitre hautement reconnus provenant d'horizons divers, dédiées au seul examen des procédures d'annulation.<sup>96</sup>

- Créer un code de conduite contraignant pour les arbitres comprenant au moins tous les conflits d'intérêts et questions exposés supra. Dans l'idéal, il serait important d'inclure certains des éléments des conflits systémiques, comme l'interdiction pour l'arbitre d'exercer également comme représentant des parties.
- Mettre une limite aux honoraires que les arbitres peuvent percevoir.
- Admettre la souscription d'accords interprétatifs entre les États signataires sur les clauses des traités, sans nécessité d'intervention d'une instance arbitrale ou judiciaire, pour réduire la liberté d'interprétation des arbitres.
- Flexibiliser le standard de résolution de récusation des arbitres. Les décisions sur la disqualification des arbitres devraient se fonder sur le manque apparent d'indépendance et d'impartialité du point de vue d'un tiers évaluant raisonnablement les preuves disponibles au prisme d'une liste ample de conflits d'intérêts possibles telle

que prévue au code de conduite contraignant.

- La décision de récusation des arbitres ne doit jamais échoir aux co-arbitres ni aux administrateurs de l'institution d'arbitrage, sinon à un panel indépendant sans autre obligation professionnelle liée au système d'arbitrage d'investissement.

Il est recommandé que l'Équateur tente de mettre en œuvre ces différentes réformes sur les fors internationaux et régionaux.

À l'échelle internationale, cela pourra passer par un paquet de réformes aux règles CIRDI et CNUDCI ou de réforme aux centres d'arbitrages, comme celui de la cour permanente d'arbitrage ou de la chambre internationale de commerce.

À l'échelle régionale, le centre de règlement des différends de l'UNASUR présente le grand avantage d'offrir un for de règlement des litiges liés aux investissements situé en dehors du giron des États-Unis, UE ou BM. Il est recommandé que l'Équateur propose, dans la limite de l'avancement des négociations, les réformes indiqués ci-avant.

### **Cour internationale ou régionale permanente d'arbitrage en matière d'investissements**

Nonobstant le développement et l'achèvement du processus de négociation du centre de règlement des différends relatifs aux investissements de l'UNASUR, la commission propose qu'il soit considéré de soutenir la proposition de création d'une cour permanente internationale chargée de trancher les différends entre les investisseurs et les États.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Ziadé, Nassib (2015) Is ICSID heading in the wrong direction?, *Global Arbitration Review*, 24 February <http://globalarbitrationreview.com/news/article/33574/is-icsid-heading-wrong-direction/>

<sup>97</sup> La proposition d'une cour internationale d'investissements qui nous semble être une véritable amélioration du système est celle initialement avancée par le professeur Gus Van Harten en 2008 (voir : Van

Harten, Gus, (2008) A Case for an International Investment Court, *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference*. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1153424>) et non celle que la Commission Européenne propose à l'heure actuelle ([http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF)).

Si cette proposition ne pallie pas le fait que les investisseurs continueront à jouir d'amples droits dans les TBI en vigueur (ou sous clause de survie) et si elle ne garantit pas que les juges désignés ne seront pas les mêmes individus agissant aujourd'hui en qualité d'arbitres, ni qu'ils soient exempts d'intérêts ou de biais idéologiques similaires, la création d'une cour dotée d'un corps permanent de juges, en tant qu'entité autonome ou sous la tutelle d'une autre institution existante, en lieu et place d'arbitres *ad hoc*, présente l'avantage d'aider à supprimer les conflits d'intérêts et la partialité qui caractérisent le système actuel d'arbitrage. Ainsi l'on tendrait à isoler les juges des intérêts économiques extérieurs. Cela pourrait également aider à donner une plus grande cohérence à l'interprétation des normes applicables et aux décisions. La création d'une telle cour ne devrait pas constituer de justification pour signer de nouveaux accords d'investissement.

#### **4. Observatoire international des investissements et des entreprises transnationales**

Il est recommandé d'utiliser les informations et la méthodologie de la commission pour constituer un observatoire des entreprises et des intérêts transnationaux.

#### **5. Recommandations quant à la portée de l'État pour minimiser les contingences**

À partir de l'analyse des affaires d'arbitrage d'investissement contre l'Équateur, on observe que l'État a fait face à des poursuites pour des actions effectuées dans l'exercice de ses facultés de régulation. Afin de prévenir tout différend à venir, il est recommandé d'engager des politiques d'État pour éviter l'escalade des litiges.

#### **Politique publique intégrale pour la protection des investissements**

Si le présent audit pose et recommande un modèle de traité alternatif valable pour de probables nouveaux traités bilatéraux et multilatéraux en tant que solution à moyen terme prenant en compte la probable survie

des TBI après dénonciation, nous estimons qu'il est indispensable que le gouvernement adopte la décision fondamentale de mettre en œuvre une série de politiques lui permettant de gérer de façon cohérente et intégrée les investissements étrangers.

Ces politiques, au moyen des instruments pertinents, devront définir les modalités des investissements, les conditions auxquelles devront se soumettre les investisseurs et les garanties de protection et de sécurité que l'État équatorien offrira dans l'exercice et la perception des bienfaits d'une gestion effective. Elles doivent contenir des mécanismes pour s'assurer que la destination des investissements étrangers soient conformes aux priorités établies par la planification nationale, particulièrement dans le contexte de la nouvelle matrice énergétique en marche. Il y a lieu également de pointer des considérations particulières pour le cas des investissements étrangers dans des domaines, secteurs ou activités à caractère stratégique, lesquels doivent être préservés au titre de la sécurité nationale, dans des services collectifs à spectre élargi et dans des ressources naturelles sous protection et dans des réserves environnementales.

De la même manière, les politiques publiques doivent servir pour orienter les procédures de qualification des investissements étrangers et exiger qu'ils satisfassent les conditions générales de résultats, comme un niveau minimal d'emploi de main d'œuvre, de transfert de technologie orienté vers l'innovation et d'augmentation de la valeur ajoutée, formation professionnelle, conditions d'enchaînements productifs et autres éléments spécifiques propres au secteur d'intervention.

Il faut aussi veiller à la circulation transparente des capitaux et œuvrer à des mécanismes de régulation et de contrôle des moyens d'évasion et d'optimisation fiscale employés par les entreprises étrangères pour les investissements et activités économiques dans le pays.

#### **État des archives publiques, absence et dissimulation d'informations**

L'un des graves inconvénients rencontrés par la commission lors de l'audit est l'état lamentable voire inexistant des archives publiques de certaines institutions publiques. Nous avons constaté l'absence de mémoire institutionnelle, la désorganisation des archives, le déplacement physique des archives (qui a engendré la perte de documents) et la méconnaissance des fonctionnaires publics chargés des archives des informations dont disposaient les institutions respectives dans le passé.

Le manque de numérisation dans certains cas des archives est tout aussi remarquable, de même que la mauvaise gestion des documents et la perte d'information entraînée par l'état de vieux documents, autant de facteurs qui ont engendré la perte d'histoire documentaire de l'administration publique. Il y a donc lieu de moderniser, organiser et numériser les archives publiques afin que les documents ne dépendent pas de fonctionnaires publics mais puissent demeurer une référence à l'avenir.

Il convient de souligner que lors du processus de recherche d'information, la commission s'est heurtée à des difficultés d'accès aux archives et d'identification des documents qu'ils contenaient. Face aux demandes d'information à différentes institutions, la commission s'est parfois même vu opposer une fin de non-recevoir pour absence de documentation, ce qui pourrait impliquer leur dissimulation. Cela a entraîné l'allongement de la recherche de la commission, qui ne disposait pas de l'ensemble des éléments nécessaires au déroulement de l'audit.

### **Professionnalisation de l'administration publique**

L'un des aspects importants pour le renforcement de l'administration publique est la formation des fonctionnaires. Il doit être fait en sorte que les personnes chargées de la négociation ou révision des traités internationaux d'investissement et de l'administration des contrats d'État préviennent de possibles risques lors de la négociation et la rédaction, pour éviter à l'avenir l'escalade des différends, le tout

dans une quête de solutions bénéfique pour le pays. Pour cela, la professionnalisation des fonctionnaires publics est nécessaire pour que leur travail réponde aux besoins de l'État et non pas des gouvernements.

La machine étatique doit être consolidée et orientée par des politiques et directives garantissant la sécurité juridique en tout aspect. De la sorte, on promeut les investissements avec des règles claires encourageant la concrétisation et l'exécution de projets d'investissement à grande échelle. C'est également dans cet objectif qu'il y a lieu de développer une transparence accrue de la gestion de l'administration publique en évitant les conflits d'intérêts.

### **Recommandations concernant les activités spéculatives, l'évasion fiscale et le contrôle de la circulation des capitaux**

Parmi les résultats de notre audit, la figure de la sous-capitalisation occupe une place particulière : c'est l'entrée de capitaux sous forme de crédits et non d'investissement utilisée par les entreprises étrangères de façon aussi progressive que récurrente dès les années 1990. Nous présumons également que la création de consortiums et de filiales obéit à une logique de dissimulation ou de déguisement des flux de capitaux. À partir des indices décelés par notre audit, nous suggérons de constituer des instances d'enquête détaillée sur les affaires, allant jusqu'à la judiciarisation le cas échéant, pour déterminer la magnitude du préjudice pour l'État pendant toute la durée des opérations des entreprises concernées.

### **Création d'une nouvelle métrique pour l'évaluation du comportement des capitaux étrangers**

Le système mondial d'investissement a imposé le type de métrique utilisé pour surveiller les investissements étrangers directs (IED) dans les différents pays. Les statistiques sur les IED ayant pour base l'application des manuels du FMI n'apportent pas de données pertinentes pour en quantifier l'impact puisqu'elles se concentrent sur la mesure des flux d'entrée et de sortie des investissements, et non pas sur les caractéristiques de tels investissements.

Dans cette lignée, il est nécessaire de créer une nouvelle métrique permettant d'évaluer et de suivre le comportement des capitaux étrangers autour de critères liés aux droits constitutionnels, planification prospective pour le Bien vivre et autres normes en vigueur, comme la génération de valeur ajoutée, la création d'emploi, le transfert de technologie ou encore la contribution fiscale, entre autres. Attendu que plusieurs institutions publiques participent à la collecte, suivi, systématisation et vérification des données d'investissement, nous suggérons que les politiques ou directives encadrant la nouvelle métrique soient développées de manière interinstitutionnelle par le système statistique national.

Sur la base de cette nouvelle métrique pour les investissements, un outil de prise de décision devrait être conçu pour permettre aux autorités publiques compétentes de définir le niveau de protection accordé aux investisseurs, de même que les instruments adaptés pour encourager des investissements satisfaisant les critères de développement de la Constitution, du plan pour le Bien vivre et de la loi. Par ailleurs, il devra définir les critères pour la conception et le suivi de la correcte satisfaction des conditions de résultats imposées aux investisseurs en cas de souscription de contrats d'investissement. Un exemple d'un tel outil de prise de décision est présenté en annexe du rapport final de CAITISA.

La création de cette nouvelle métrique, par son caractère innovateur dans la région, exige une nouvelle institutionnalité ou la génération de nouvelles capacités chez les organismes nationaux compétents pour le suivi des IED. Il y a lieu également d'ajuster les systèmes d'information statistique et les registres administratifs pour collecter des informations fiables.