



14th Annual Forum
of Developing Country
Investment Negotiators
ABUJA, NIGERIA



NIGERIAN
INVESTMENT
PROMOTION
COMMISSION

Bulletin d'information « En route pour Abuja »

Cohérence dans la gouvernance des investissements internationaux : élaborer une approche holistique des investissements en faveur du développement durable

Processus des Nations Unies

Groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États

De quoi s'agit-il ?

En 2017, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), plus précisément son groupe de travail III (GTIII), [a officiellement commencé](#) à travailler sur un projet de réforme multilatérale du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). En fin de compte, il s'agit d'un processus mené par les États membres autour de questions en constante évolution, inscrites et maintenues à l'ordre du jour grâce à la persévérance de quelques États clés. Jusqu'à présent, le processus du GTIII de la CNUDCI est loin d'être parfait. Les critiques portent sur l'étroitesse de son mandat – qui se concentre sur les questions de procédure à l'exclusion des questions de fond – et sur son faible niveau d'ambition. 10 sessions de négociations formelles se sont tenues depuis 2018, sans compter plusieurs réunions informelles et consultatives.

Quels sont les intérêts en jeu ?

Les États doivent se projeter et se demander à quoi pourrait ressembler le régime des investissements internationaux à l'avenir. Les résultats finaux du processus de la CNUDCI, convenus au niveau multilatéral, devront être suffisamment ambitieux pour préparer le terrain aux États en ce qui concerne leurs domaines d'action prioritaires. Les négociateurs doivent donc

Bulletin d'information « En route pour Abuja »

signifier qu'ils sont ouverts à des réformes innovantes, plutôt que de s'entendre sur le plus petit dénominateur commun dans le seul but de parvenir à un consensus.

Pour tirer le meilleur parti du processus du GTIII de la CNUDCI, les pays en développement doivent participer régulièrement, présenter des contributions écrites, faire des propositions concrètes et prendre la parole. À cet égard, et compte tenu des contraintes de ressources auxquelles sont confrontés les négociateurs, il est important de participer à d'autres forums, actions de coordination ou coalitions (notamment dans un contexte virtuel) afin d'établir des positions communes qui garantissent la prise en compte de priorités et d'intérêts particuliers.

Les pays en développement peuvent également choisir de privilégier les réformes qui auront le plus fort impact, par exemple dans le champ des dommages et intérêts, du financement par des tiers, de la prévention des différends, de l'épuisement des voies de recours internes, entre autres. En ce qui concerne les [dommages et intérêts](#), des réformes innovantes sont nécessaires pour s'attaquer au cœur de l'un des plus gros problèmes du RDIE, à savoir le montant considérable des sentences arbitrales. De même, [le financement par des tiers](#) est étroitement lié à l'importance des indemnisations, car celles-ci rendent le financement des arbitrages d'investissement lucratif pour divers acteurs.

Quels sont les récents développements?

En septembre 2021, le Secrétariat a diffusé son [troisième projet de code de conduite](#) pour les arbitres en matière d'investissement et a proposé des [méthodes de mise en œuvre du Code](#). Ce projet a été discuté au sein de la CNUDCI au mois de novembre. IISD a publié [une analyse](#) pour aider les négociateurs. L'une des principales questions en jeu est la double casquette des arbitres. Il est impératif d'adopter une approche claire pour limiter cette pratique particulièrement problématique. Les réunions consultatives de décembre ont porté sur les autres dispositions du code de conduite, les aspects financiers d'un tribunal multilatéral des investissements, un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE et les réclamations des actionnaires concernant les pertes par ricochet. Un [document](#) à ce sujet vient d'être publié par David Gaukrodger (OCDE) et a été soumis au groupe de travail III de la CNUDCI.

Traité juridiquement contraignant des Nations Unies sur les entreprises et les droits humains

De quoi s'agit-il ?

Le Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises (OEIGWG) est chargé – conformément au mandat de la Résolution 26/9 du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies – d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits humains, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises. Ces discussions visent à créer une plus grande responsabilité pour les violations des droits humains commises par les investisseurs étrangers et à garantir une réparation aux communautés affectées, y compris devant les tribunaux nationaux des États d'origine et des États hôtes.

Quels sont les intérêts en jeu ?

Ce futur instrument pourrait être le premier instrument contraignant au niveau international relatif aux violations des droits humains découlant des activités des entreprises transnationales. Si de nombreux États impliqués dans les négociations sur le traité contraignant s'accordent sur la nécessité d'améliorer certains éléments clés de la relation entre les entreprises et les droits humains – notamment la responsabilité des entreprises pour les violations des droits humains et l'accès des victimes à des moyens de réparation –, il existe également de profonds désaccords quant à la portée et au fond d'un tel traité. Pour assurer la cohérence de l'élaboration des politiques d'investissement entre les niveaux continental, régional et national ainsi qu'entre le droit des investissements et les autres obligations internationales, il est essentiel que les pays en développement suivent ce processus et y prennent une part active.

Quels sont les récents développements?

Du 25 au 29 octobre, l'OEIGWG a consacré sa [7^e session](#) à l'élaboration d'un tel instrument. L'Annexe II du [projet de rapport de synthèse](#) de cette session comprend les propositions textuelles concrètes faites par les États au cours de la session. Les délégués aux négociations ont longuement débattu de questions telles que la question de savoir si l'instrument contraignant devait s'appliquer uniquement aux sociétés transnationales ou couvrir également la conduite des affaires au niveau national, si l'instrument devait imposer des obligations internationales directement aux sociétés, et si les obligations de diligence raisonnable devaient se limiter aux sociétés mères ou être étendues à l'ensemble des chaînes d'approvisionnement.

Convention des Nations Unies sur le droit au développement

De quoi s'agit-il ?

La Convention des Nations Unies sur le droit au développement est un cadre multilatéral actuellement négocié par le Conseil des droits de l'homme de l'Assemblée générale des Nations Unies et rédigé par un groupe de rédaction dûment mandaté. Elle découle de la [Déclaration des Nations Unies sur le droit au développement](#) de 1986, qui consacre le développement comme un droit et place les individus au centre du processus de développement.

Si la déclaration a constitué une étape historique, sa mise en œuvre n'est pas sans poser quelque difficulté. En 2016, le Conseil des droits de l'homme a chargé le Rapporteur spécial d'apporter des conseils pratiques pour concrétiser cet objectif aux niveaux local, national, régional et international. En 2018, le Conseil des droits de l'homme a voté à la majorité l'adoption de la Résolution 39/9 pour élaborer « un instrument juridiquement contraignant sur le droit au développement ». En 2020, il a publié un [Projet de convention sur le droit au développement](#) fondé sur les instruments juridiques internationaux existants. Ce nouveau cadre multilatéral vise à en faire un droit fondamental contraignant, les pays développés et en développement étant tenus de respecter certaines normes de conformité. Le processus est ouvert à tous les États membres des Nations Unies.

Quels sont les intérêts en jeu ?

Un traité contraignant sur le droit au développement présente un intérêt majeur pour les pays en développement du fait de ses liens étroits avec la réforme des accords internationaux sur l'investissement (AII). Il devrait rendre plus contraignante l'interprétation des AII par les pays, à des fins d'alignement avec le traité.

Cependant, la participation des pays en développement à ce processus est minime à l'heure actuelle, peut-être en raison des demandes concurrentes et des contraintes de ressources auxquelles sont confrontés les négociateurs. Par ailleurs, certains pays développés émettent des critiques à l'égard de ce processus, un petit nombre d'entre eux allant même jusqu'à boycotter des réunions pour signifier leur réticence à s'engager. Il est important que les pays en développement coordonnent leurs positions et parlent d'une seule voix sur les enjeux prioritaires.

Quels sont les récents développements ?

Deux réunions ont eu lieu, l'une en mai 2021 et l'autre en fin novembre 2021, au cours desquelles les États membres participant au processus ont été invités à soumettre leurs commentaires sur le [projet de texte](#) actuel. La prochaine réunion aura lieu en mars 2022, de même que l'examen par le groupe de rédaction, et les pays devront soumettre leurs nouvelles observations sur le texte en mai 2022.

Processus multilatéraux

Initiative conjointe sur la facilitation de l'investissement

De quoi s'agit-il ?

Après son lancement en 2017 par un groupe de membres de l'OMC en marge de la 11^e Conférence ministérielle de l'OMC, l'initiative de déclaration conjointe sur la facilitation de l'investissement a acquis une notoriété de plus en plus forte auprès des décideurs politiques, des universitaires et des organisations internationales. Lors de la publication de la déclaration, les signataires sont convenus d'entamer des « discussions structurées », dans le but d'identifier et d'élaborer « les éléments d'un cadre pour faciliter les investissements directs étrangers ». En 2020, les membres de l'OMC participants sont entrés dans une phase de négociation pour parvenir à un accord lors de la 12^e Conférence ministérielle de l'OMC (CM12). Le résultat de ces négociations devrait entraîner des engagements contraignants relatifs aux mesures intérieures qui pourraient affecter les lois et les procédures administratives des pays. À ce jour, [plus de 110 membres de l'OMC](#) sont parties prenantes de l'initiative de déclaration conjointe.

Quels sont les intérêts en jeu ?

À ce jour, il n'existe pas certitude sur la définition claire de la facilitation de l'investissement ni sur la manière dont elle devrait être intégrée dans un accord multilatéral contraignant, ce qui laisse le champ libre à l'interprétation de divers acteurs aux intérêts divergents.

Bulletin d'information « En route pour Abuja »

L'accord sur la facilitation de l'investissement tel qu'il est négocié actuellement est centré sur les exigences de publication et de consultation des mesures liées aux investissements. Il comprend également des exigences visant à simplifier et à accélérer les procédures d'autorisation et d'octroi de permis, qui pourraient être difficiles à mettre en œuvre pour les gouvernements.

La portée exacte de l'accord est encore imprécise, ce qui laisse de nombreuses incertitudes quant à l'interaction potentielle de cet accord avec d'autres règles internationales sur l'investissement, y compris les AII existants. Bien que les participants aient au départ explicitement déclaré qu'ils souhaitaient exclure du champ d'application de l'accord l'accès aux marchés, le RDIE et la protection des investissements, des interrogations subsistent quant à savoir si le résultat final de ces négociations pourrait involontairement impliquer ces domaines. La question de savoir si et comment l'accord pourrait contribuer à la réalisation des objectifs de développement est également toujours à l'examen.

Quels sont les récents développements?

Depuis septembre 2020, les membres de l'OMC participants ont intensifié leurs travaux en vue de présenter certains « résultats concrets » à la CM12. Leur intention était notamment de présenter « un texte aussi propre que possible » fondé sur une version révisée du « texte de Pâques », ainsi qu'une déclaration ministérielle fixant à la fin 2022 la date visée pour conclure les négociations. Ils sont également convenus d'un calendrier de réunions pour le premier semestre de 2022, avec huit sessions de deux jours de négociation prévues entre janvier et juillet 2022, à partir des 26 et 27 janvier 2022. Malgré le report de la CM12, les signataires se sont réunis le 30 novembre au niveau des chefs de délégation pour faire le point sur les négociations et réitérer leur engagement à poursuivre les négociations sur la base du calendrier ci-dessus.

Modernisation et élargissement du Traité sur la Charte de l'énergie

De quoi s'agit-il ?

Le Traité sur la Charte de l'énergie (TCE) est un traité multilatéral qui régit les investissements et le commerce dans le secteur de l'énergie. Il s'applique actuellement à [56 parties contractantes](#). Le TCE comprend des règles de protection des investissements et prévoit le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Il accorde des privilèges étendus aux investisseurs dans le secteur de l'énergie ainsi qu'à leurs investissements, y compris dans les combustibles fossiles, et a donné lieu au plus grand nombre d'arbitrages entre investisseurs et États de tous les traités – 137 arbitrages connus à ce jour. Reconnaisant la nécessité d'une réforme, les signataires du TCE ont entamé des négociations pour moderniser le traité en 2020. Huit cycles de négociation ont eu lieu depuis lors, dans un contexte d'opposition croissante de la société civile vis-à-vis de cet accord.

Quels sont les intérêts en jeu ?

Le TCE est critiqué depuis longtemps, accusé de mettre en péril les efforts déployés par les États pour opérer leur transition vers des économies zéro émission nette et pour réformer leurs secteurs énergétiques. En raison du caractère vague des dispositions relatives à l'investissement,

Bulletin d'information « En route pour Abuja »

le traité expose les États à des procédures RDIE et à l'éventuelle obligation de payer des dédommagements excessifs. Cependant, au vu de l'opposition de certains États membres, il est loin d'être sûr que le résultat du processus de modernisation du TCE soutiendra une action ambitieuse en faveur du climat. Le nouveau TCE risque d'hériter des problèmes de son prédécesseur.

Il y a quelques années, le secrétariat du TCE a lancé un programme visant à convaincre davantage de pays – en particulier d'Afrique et de la région ASEAN – de signer le traité. Les efforts d'élargissement du secrétariat du TCE ont ciblé les fonctionnaires des ministères de l'Énergie, moins conscients des risques qui découlent des dispositions du traité en matière d'investissement. Il est donc essentiel que tous les publics concernés coordonnent leurs actions et s'engagent pour faire avancer les choses dans leur pays. Les activités de communication du secrétariat sont suspendues jusqu'à nouvel ordre.

Quels sont les récents développements?

Durant les deux derniers cycles de négociation, les négociateurs se sont principalement concentrés sur la définition des « activités économiques » qui seront couvertes par le TCE modernisé. Pour limiter les effets délétères sur l'action climatique des États, l'UE avait proposé en mars de ne pas appliquer le traité aux futurs investissements dans les combustibles fossiles et de supprimer progressivement la couverture des investissements existants dans ce domaine. Toutefois, cette proposition n'a pas fait l'objet d'un consensus et les signataires du TCE débattent actuellement d'approches plus souples. En outre, la disposition RDIE elle-même n'entre pas dans les attributions du groupe chargé de moderniser le TCE. Entre-temps, plusieurs États membres de l'UE – dont la Pologne, la Grèce, l'Espagne et la France – ont demandé à la Commission européenne d'envisager un retrait coordonné et ont annoncé qu'ils se retireraient de façon unilatérale en cas d'échec d'un tel retrait.

Cadre inclusif OCDE/G20 sur la réforme de l'impôt mondial minimum

De quoi s'agit-il ?

Le 8 octobre 2021, 136 pays [ont approuvé une déclaration sur une solution reposant sur deux piliers](#) pour résoudre les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie. Cette déclaration a marqué une étape importante pour l'initiative mondiale qui, sous la houlette de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), vise depuis 2018 à [relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie](#). Le premier pilier crée un nouveau droit d'imposition pour les entreprises qui vendent des biens et des services par voie numérique dans les pays où leurs utilisateurs ou consommateurs se trouvent physiquement. Le deuxième pilier garantit l'application d'un taux effectif minimal de 15 % à l'ensemble des bénéficiaires mondiaux des entreprises multinationales. Cet impôt minimum mondial devrait vraisemblablement affecter davantage les pays qui dépendent des investissements étrangers et la réforme pourrait donc avoir deux conséquences : 1) éliminer la concurrence fiscale des paradis fiscaux et des pays de transit commercial ; 2) réduire la concurrence fiscale entre les pays en développement.

Quels sont les intérêts en jeu ?

Le deuxième pilier nécessite que de nombreux États, qu'ils soient ou non membres du Cadre inclusif, revoient leur politique fiscale nationale. Par exemple, un pays peut choisir de rehausser son taux d'imposition sur les sociétés ou d'abroger les incitations fiscales à la lumière du nouvel impôt minimum mondial. Cela peut se traduire, par exemple, par de larges exonérations fiscales accordées à long terme aux grands investisseurs étrangers.

Si les incitations fiscales peuvent être annulées de manière unilatérale, par le biais d'un amendement de la législation, d'autres sont assujetties à des clauses de stabilisation contenues dans des lois ou dans des contrats. Ces clauses pourraient compliquer l'adaptation par les gouvernements de leur politique fiscale à la nouvelle réalité d'un impôt minimum mondial en les exposant à des demandes d'arbitrage international. Peu de pays développés proposent des clauses de stabilisation dans leur législation nationale ou dans les contrats d'investissement. Par conséquent, la stabilisation représente principalement un problème pour les économies émergentes et en développement – plus vulnérables à la concurrence fiscale. Elle affecte également les pays en développement qui, bien que n'ayant pas signé la déclaration, ont stabilisé des arrangements fiscaux préférentiels pour les entreprises multinationales dont le siège est établi dans les pays signataires.

Les pays en développement doivent rester engagés dans ce processus afin de [trouver une solution pour remédier aux incitations fiscales stabilisées](#) susceptibles d'empêcher les pays en développement d'aligner leur politique fiscale sur un impôt minimum mondial et de renoncer ainsi à des recettes fiscales essentielles.

Quels sont les récents développements?

Le Cadre inclusif travaille à l'élaboration d'un modèle de législation, d'une convention multilatérale et d'un instrument multilatéral pour la mise en œuvre de la solution reposant sur deux piliers jusqu'en 2022, pour une mise en œuvre en 2023. Le modèle de législation vise à donner effet à la règle de l'inclusion du revenu et à la règle relative aux paiements insuffisamment imposés. Il sera complété par un commentaire qui explique la finalité et le fonctionnement des règles, ainsi que la nécessité d'une règle de substitution dans certains traités.

Processus régionaux

Protocole sur l'investissement de la zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf)

De quoi s'agit-il ?

Les échanges dans la zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf), sans doute la zone commerciale la plus vaste au monde, ont officiellement débuté le 1^{er} janvier 2021 en vertu de l'entrée en vigueur de l'accord, phase I. Cet accord sera surveillé de près en raison de sa portée,

Bulletin d'information « En route pour Abuja »

de son envergure et de ses éventuels effets sur le développement, ainsi que de ses implications pour les collectivités régionales africaines et les liens commerciaux avec des partenaires extérieurs à la région. Les protocoles de la phase I de la ZLECAf ont été adoptés début 2018 et ceux de la phase II sont en cours de négociation. Il s'agit notamment d'adopter des protocoles relatifs aux investissements, à la concurrence et aux droits de propriété intellectuelle. La phase III à venir comprendra les négociations autour d'un protocole sur le commerce électronique.

Quels sont les intérêts en jeu ?

Il existe à l'heure actuelle plus de 2 800 AII dans le monde, dont 860 impliquent des États africains. Cet enchevêtrement d'accords a créé un paysage fragmenté et complexe de la gouvernance internationale de l'investissement, qui a entraîné divers processus de réforme au niveau mondial, régional et bilatéral.

Les négociations autour du protocole sur l'investissement de la ZLECAf s'inscrivent dans ce contexte réformateur et pourraient générer une formidable dynamique pour les États membres de l'Union africaine. Une fois finalisé, le futur protocole devrait favoriser les investissements intra-africains durables, assurer une décennie de réformes et d'innovations sur le continent et apporter plus de cohérence au réseau d'AII bilatéraux et multilatéraux des États membres. Il reflétera également les positions africaines communes sur les dispositions modernes des traités d'investissement et influencera d'autres négociations et processus en dehors de la région.

Quels sont les récents développements?

La commission sur l'investissement de la ZLECAf s'est réunie du 13 au 16 décembre 2021 pour discuter de l'avant-projet de protocole sur l'investissement.