

RÉSUMÉ ANALYTIQUE

Repenser les lois nationales sur l'investissement

Étude de lois passées et présentes pour éclairer l'élaboration des politiques de demain

Jonathan Bonnitcha, Suzy H. Nikiéma,
et Taylor St John
Juillet 2023

Les lois nationales sur l'investissement sont des instruments politiques polyvalents qui peuvent remplir un ensemble de fonctions vastes et variées. Ces lois varient considérablement d'un pays à l'autre et ont beaucoup évolué au fil du temps au cours des années. Les lois sur l'investissement ont souvent été sous-estimées, parfois même confondues avec les versions nationales des traités d'investissement.

Ce rapport constitue une ressource pour les décideurs politiques désireux de réformer les lois nationales sur l'investissement de leur pays. Il comprend quatre sections : une introduction et trois sections de fond. La section 2 décrit l'évolution au fil du temps des lois nationales sur l'investissement. La section 3 passe en revue les lois sur l'investissement contemporaines, en identifiant sept fonctions principales que ces lois remplissent aujourd'hui. La section 4 se tourne vers l'avenir, en tirant les leçons du passé et en fournissant un cadre aux décideurs politiques qui envisagent de réformer leurs lois sur l'investissement.

Le rapport met l'accent sur trois observations principales.

1. Les lois sur l'investissement ont évolué au fil du temps et peuvent être remaniées pour répondre aux nouveaux défis et aux nouvelles opportunités.

Dans de nombreux pays, les lois nationales sur l'investissement ont considérablement évolué au fil du temps. Les premières lois sur l'investissement sont apparues dans les pays en développement dans les années 1950, et au cours des années 1960 et 1970, ces lois étaient généralement motivées par des objectifs de politique intérieure. Ces objectifs comprenaient le développement de la cohésion des lois héritées de l'époque coloniale, l'amélioration de la coordination entre les ministères et la mise en œuvre du plan de développement d'un



pays. En conséquence, les fonctions et le contenu des lois sur l'investissement variaient considérablement.

Dans les années 1980, les lois sur l'investissement ont été repensées comme étant des outils grâce auxquels les normes internationales, largement liées à la protection des investissements, pouvaient être intégrées dans la législation nationale. De nombreux pays en développement ont réécrit leurs lois sur l'investissement entre 1980 et 2010, souvent de manière à les aligner plus étroitement sur les traités d'investissement. L'inclusion d'incitations fiscales a également pris une place plus prépondérante au cours de ces années. Ces changements de fonction et de contenu reflètent une évolution des objectifs politiques à un niveau plus élevé, les États se concentrant davantage sur l'objectif d'attirer et de promouvoir l'investissement. Les organisations internationales ont également commencé à publier des lignes directrices pour les lois nationales sur l'investissement, mais leurs orientations différaient : la Banque mondiale a recommandé la promulgation de lois dont le contenu était aligné sur les traités d'investissement, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement a recommandé des lois alignées sur des considérations plus axées sur le développement, tandis que l'Organisation de coopération et de développement économiques est restée agnostique quant à la nécessité d'avoir des lois sur l'investissement..

La tendance à réécrire les lois sur l'investissement pour incorporer les normes des traités d'investissement s'est généralisée entre 1980 et 2010 mais n'a jamais été universelle. Même dans les pays en développement, les approches ont été divers. Un certain nombre de pays développés ont également rédigé ou réécrit des lois sur l'investissement au cours de ces années ; ces lois se concentraient uniquement sur l'admission et le filtrage des investissements directs étrangers et étaient motivées par des objectifs de politique interne, et non pas par des orientations ou des normes internationales.

Depuis les années 2000, les préoccupations concernant les lois sur l'investissement calquées sur les traités d'investissement sont devenues plus importantes. Ces lois risquent d'être déconnectées du système juridique national au sens large et présentent les mêmes risques juridiques et préoccupations politiques que les traités d'investissement de l'ancienne génération. Ces préoccupations suscitent un regain d'intérêt pour les lois nationales sur l'investissement et une diversité croissante des pratiques. Le présent rapport décrit la manière dont les pays ont modifié leurs lois sur l'investissement dans le passé, dans le but d'aider les décideurs politiques qui repensent ces lois aujourd'hui.

2. Les lois nationales sur l'investissement sont des instruments polyvalents de politique nationale qui varient fortement aujourd'hui.

Les lois sur l'investissement en vigueur aujourd'hui varient considérablement en termes de structure et de contenu. Les observateurs précédents ont cherché à situer les lois sur l'investissement sur un spectre allant des lois qui cherchent à **contrôler** les investissements à celles qui cherchent à **faciliter** les investissements. Cependant, il est important d'aller au-delà d'une discussion sur les **objectifs** politiques que les lois sur l'investissement cherchent à atteindre et d'explorer également les diverses **fonctions** qu'elles remplissent. Il y a trois raisons à cela. Premièrement, se concentrer uniquement sur la question des objectifs ne tient



pas compte du fait que les lois sur l'investissement régissent une variété de questions qui se posent à différentes étapes du processus d'investissement. Deuxièmement, se focaliser sur les objectifs occulte le fait que des lois qui partagent des objectifs de haut niveau similaires, tels que la promotion ou la facilitation des investissements, peuvent poursuivre ces objectifs de manières très différentes. Troisièmement, identifier et clarifier la diversité des fonctions des lois sur l'investissement contribue à expliquer la diversité du **contenu** de ces lois ; en effet, une loi sur l'investissement qui régit l'admission et l'approbation de nouveaux investissements étrangers contiendra des dispositions différentes d'une loi sur l'investissement qui traite de l'octroi d'incitations à l'investissement.

D'un point de vue conceptuel, nous suggérons donc qu'il est utile qu'une réflexion axée sur les lois sur l'investissement implique une enquête en trois étapes prenant en compte :

1. Le ou les **objectifs** politiques que la loi cherche à atteindre (par ex., promouvoir l'investissement durable ou coordonner l'action dans l'ensemble du gouvernement).
2. La ou les **fonctions** remplies par la loi (par ex., régir l'admission et l'approbation de nouveaux investissements étrangers).
3. La structure et le **contenu** de la loi (par ex., si la loi s'applique à tous les investissements ou uniquement aux investissements étrangers ; si la loi traite du montant des indemnités qui doivent être versées en cas d'expropriation, etc.).

Chaque étape de l'enquête comporte un passage de questions plus générales vers des questions plus spécifiques.

Nous avons organisé notre étude des lois sur l'investissement selon la ou les fonctions que remplissent ces lois. Au moyen de notre enquête portant sur 70 lois sur l'investissement, nous avons identifié sept principales fonctions des lois sur l'investissement.

- **Régir l'admission et l'approbation de nouveaux investissements étrangers.** Au moins 60 % des lois que nous avons examinées traitaient de l'admission. Une petite minorité de lois adoptent une approche par « liste positive » dans laquelle l'investissement étranger n'est autorisé que dans des secteurs répertoriés. En revanche, d'autres emploient une approche par « liste négative » dans laquelle l'investissement étranger est autorisé dans tous les secteurs à l'exception de ceux répertoriés. Parmi les États ayant adopté une approche par liste négative, il existe des variations relatives aux secteurs fermés et à la manière dont l'approbation des investissements est gérée. Certains régimes d'entrée certifient uniquement la conformité aux exigences réglementaires énoncées ; dans d'autres, les décideurs disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire pour décider de l'opportunité d'un investissement, notamment en filtrant les investissements proposés dans des secteurs qui sont en principe ouverts à l'investissement.
- **Octroyer et gérer les incitations à l'investissement.** Au moins 80 % des lois sur l'investissement que nous avons examinées comportent des dispositions sur les incitations à l'investissement, avec une grande diversité dans les secteurs éligibles aux incitations, la valeur des incitations et d'autres éléments de conception.



- **Faciliter les investissements.** Une importante minorité de lois sur l'investissement concernent la facilitation, qui s'entend dans le sens précis d'élimination des obstacles pratiques à l'investissement. Ces dispositions peuvent conférer des pouvoirs à une agence de promotion des investissements ou établir des « guichets uniques » pour les approbations et permis relatifs aux investissements.
- **Garantir la protection juridique des investissements.** Environ 70 % des lois sur l'investissement que nous avons passées en revue garantissent une protection juridique aux investisseurs. Les protections les plus couramment intégrées sont les garanties d'indemnisation en cas d'expropriation et les garanties de libre transfert des fonds relatifs à un investissement. Néanmoins, il reste rare que les lois sur l'investissement offrent toute la gamme de protections que l'on trouve couramment dans les traités. À titre d'exemple, moins de 10 % des lois contiennent des dispositions sur le traitement juste et équitable. Même parmi les lois qui comprennent des protections apparemment similaires, telles que les dispositions sur l'indemnisation en cas d'expropriation, il existe des différences importantes dans la formulation de ces dispositions.
- **Instaurer et/ou préciser un système de gestion des différends investisseurs-État.** Près de 70 % des lois que nous avons examinées traitaient expressément du règlement des différends en matière d'investissement. Elles le font de diverses manières. Certaines lois mettent en place de nouvelles institutions nationales conçues pour prévenir ou régler les différends en matière d'investissement ; d'autres affirment la primauté des tribunaux nationaux ; d'autres encore reconnaissent en principe la possibilité d'un règlement des différends investisseurs-État par le biais de l'arbitrage international, sous réserve d'un accord spécifique donnant son consentement ; et, enfin, certaines lois fournissent un consentement préalable au nom de l'État au règlement des différends investisseurs-État.
- **Préciser les obligations et responsabilités des investisseurs.** Les lois sur l'investissement ne représentent qu'une partie du cadre juridique interne régissant les investissements, les investisseurs restant normalement liés par les lois d'application générale qui ont trait à leurs activités : droit des contrats, droit de l'environnement, droit des sociétés, droit du travail, droit fiscal, et ainsi de suite. Certaines lois sur l'investissement précisent qu'il en est ainsi pour éviter toute ambiguïté, tandis que d'autres lois sur l'investissement mettent en lumière des domaines précis dans lesquels les investisseurs doivent se conformer aux obligations prévues par la législation nationale. D'autres lois sur l'investissement vont plus loin, en imposant des obligations aux investisseurs au-delà de ce qui est contenu ailleurs dans le cadre juridique interne.
- **Suivre et superviser les investissements étrangers.** Cette fonction a retenu relativement peu d'attention jusqu'à ce jour, en partie parce que le suivi dépend autant des pratiques bureaucratiques que des pouvoirs conférés par une loi. Cela dit, certaines lois imposent aux investisseurs l'obligation de faire rapport à une agence d'investissement (ou à un organisme similaire), en envisageant que cette agence joue potentiellement un rôle dans la supervision et la vérification du respect de la législation nationale.



3. Il n'existe pas de modèle « prêt à l'emploi » pour les fonctions et la conception d'une loi sur l'investissement. La conception appropriée varie selon le contexte et la ou les fonctions que les décideurs politiques souhaitent que la loi remplisse.

Nous fournissons un cadre aux décideurs politiques qui réfléchissent aux lois nationales sur l'investissement. Le cadre ne recommande ni une conception ni un contenu juridique précis, et ne suppose pas non plus qu'une loi sur l'investissement sera nécessaire ou appropriée en toutes circonstances. Il vise plutôt à encourager les décideurs politiques à se poser les bonnes questions, dont les réponses dépendront du contexte national et des objectifs politiques.

Un cadre pour repenser une loi nationale sur l'investissement

Comme premier pas vers l'évaluation de l'opportunité de réformer ou d'adopter une loi sur l'investissement, les pays devraient clarifier l'objectif ultime que la loi vise à atteindre. Pour la plupart des États, l'objectif ultime sera de promouvoir le développement durable. La désagrégation de cet objectif ultime peut mettre en lumière d'autres objectifs immédiats censés contribuer à la réalisation du développement durable. Ces objectifs spécifiques pourraient comprendre :

- Encourager les investissements dans les secteurs prioritaires, y compris en signalant aux investisseurs que les investissements dans les secteurs prioritaires sont les bienvenus.
- Maximiser les avantages (et minimiser les coûts) liés aux investissements pour l'économie nationale et pour les parties prenantes tierces, telles que les communautés locales.
- S'assurer que les investissements sont soumis à une réglementation appropriée.
- Affirmer (ou contester) les normes de protection des investissements qui figurent dans les traités d'investissement.
- S'assurer que les investissements ne compromettent pas la sécurité nationale.
- Favoriser une meilleure coordination et cohérence des actions au sein du gouvernement.

Un défi surgit alors dans la conception et la rédaction d'une loi sur l'investissement qui sera susceptible de contribuer à la réalisation d'objectifs abstraits de ce type. Pour favoriser la traduction des objectifs politiques dans la pratique, nous recommandons que les décideurs politiques se concentrent sur les fonctions que la loi est censée remplir et sur la manière dont ces *fonctions* sont liées à leur objectif ultime de promotion du développement durable, ainsi qu'aux objectifs et priorités politiques nationaux immédiats.

Nous fournissons un cadre à utiliser comme guide de discussion interne au sein du gouvernement, pour aider les décideurs politiques à réfléchir aux fonctions remplies par leur loi actuelle et à définir quelles sont les fonctions qu'ils souhaitent qu'une loi remplisse. Dans certains contextes, il peut être plus approprié que l'investissement soit régi par une combinaison de lois d'application générale et de lois sectorielles plutôt que par une loi sur



l'investissement. Il est important de discuter de ces questions en interne avant de décider si une loi est nécessaire et, le cas échéant, de décider comment concevoir la loi.

A. Définir et évaluer les fonctions de la loi actuelle sur l'investissement

Tout réexamen des lois sur l'investissement doit aborder avec lucidité leurs fonctions prévues.

- Quelles sont les fonctions prévues de notre loi actuelle sur l'investissement ?
- Notre loi actuelle sur l'investissement remplit-elle les fonctions prévues ?
- Notre loi actuelle sur l'investissement remplit-elle des fonctions imprévues ?
- Les fonctions prévues et réelles de la loi sont-elles toujours nécessaires ou pertinentes dans le contexte national et international actuel ?
- Pour chaque fonction jugée encore nécessaire et pertinente, comment la loi sur l'investissement remplit-elle cette fonction ?

B. Définir les fonctions souhaitées

Il n'existe pas de meilleures pratiques ou d'ensemble de fonctions que « devraient » comprendre les lois sur l'investissement, car la pertinence et la nécessité d'une fonction donnée dépendent du contexte du pays.

- Quelles sont les fonctions que nous souhaitons voir remplies par une loi sur l'investissement ?
- Quel est le lien avec les objectifs plus larges de la politique d'investissement ?
- Quels objectifs prévoyons-nous dans cinq ans ? Dans 10 ans ?

C. Comparer les outils politiques

Une loi sur l'investissement est un outil de politique intérieure. Il peut s'agir d'un outil utile ou non, selon le contexte, les autres outils disponibles et les objectifs politiques immédiats d'un gouvernement.

- Une loi sur l'investissement est-elle l'instrument approprié pour remplir une fonction donnée ?
- Certaines fonctions attribuées à la loi sur l'investissement seraient-elles mieux traitées par un autre instrument ?
- La loi sur l'investissement pourrait-elle combler temporairement une lacune sur le plan des capacités réglementaires pour certaines fonctions ?

D. Concevoir une loi sur l'investissement pour remplir les fonctions désirées

Les questions de contenu et de conception ne devraient être examinées qu'une fois que les fonctions souhaitées sont claires. Les questions transversales à prendre en compte, quelles que soient les fonctions souhaitées, sont notamment les suivantes :

- Quel est le champ d'application de la loi ?



- Comment la loi s'harmonisera-t-elle avec les lois ou réglementations d'application générale du pays ?
- Quelle est la meilleure structure institutionnelle pour appliquer ou faire respecter la loi sur l'investissement ?

E. Prendre en compte les objectifs, incidences et risques liés à des fonctions spécifiques

Si un gouvernement envisage de conserver (ou d'ajouter) une fonction donnée dans une loi sur l'investissement, il est alors nécessaire de passer en revue différents modèles et d'examiner les risques et les incidences de chaque modèle. Beaucoup dépendra de la façon dont les objectifs politiques plus larges sont liés à l'exécution d'une fonction donnée — par exemple, si le but de l'établissement de nouvelles règles régissant l'admission et l'approbation des investissements étrangers consiste à envoyer un signal d'ouverture aux investisseurs étrangers, à stimuler la réforme économique intérieure, à renforcer la supervision des investissements potentiels qui présentent des risques pour la sécurité nationale, ou s'il comporte une combinaison de ces objectifs et d'autres. Au-delà des questions et considérations adaptées à chaque fonction, nous identifions les risques ou incidences courants :

- **Admission** : Certaines options, par exemple lorsque l'approbation est accordée automatiquement après l'expiration d'un délai déterminé, peuvent présenter des risques pour les pays disposant d'une capacité bureaucratique limitée pour évaluer les demandes, surtout si l'autorisation d'investissement recoupe des évaluations d'impact environnemental ou autres.
- **Incitations** : Certaines incitations fiscales créent des risques aigus, y compris le risque d'épuiser les fonds publics pour soutenir des investissements qui auraient eu lieu de toute façon. Les incitations sont peut-être mieux placées dans le droit fiscal général, les évolutions au sein de l'Organisation de coopération et de développement économiques concernant un impôt mondial minimum pouvant créer un besoin de repenser ou de supprimer les incitations fiscales.
- **Facilitation des investissements** : Cela soulève peu de risques aigus, mais la législation n'est peut-être pas l'outil approprié pour surmonter les obstacles pratiques à l'investissement, et ce processus peut entraîner des coûts. Il peut également être difficile d'identifier les véritables obstacles.
- **Protection juridique des investisseurs (étrangers)** : Certaines protections, telles que les dispositions de stabilisation ou de traitement juste et équitable, soulèvent des risques aigus, similaires à ceux des traités d'investissement à l'ancienne, et il existe des risques supplémentaires d'interaction involontaire avec les contrats, les traités et d'autres lois.
- **Systèmes de gestion des différends relatifs aux investissements** : Certaines approches soulèvent des risques juridiques et financiers aigus, comme par exemple l'octroi d'un consentement à l'arbitrage international, et peuvent également avoir une incidence sur le rôle du système judiciaire national.
- **Obligations imposées aux investisseurs (étrangers)** : Celles-ci soulèvent peu de risques aigus mais posent des problèmes pratiques. L'intérêt d'isoler certains types



d'obligations (environnementales, de travail ou de déclaration) dans une loi sur l'investissement plutôt que de se référer à d'autres lois internes peut être remis en question.

- **Suivi et supervision des investissements** : Cela soulève peu de risques aigus, mais il peut y avoir des défis à relever en matière de conception réglementaire et institutionnelle.

© 2023 The International Institute for Sustainable Development
Published by the International Institute for Sustainable Development

This publication is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT

The International Institute for Sustainable Development (IISD) is an award-winning independent think tank working to accelerate solutions for a stable climate, sustainable resource management, and fair economies. Our work inspires better decisions and sparks meaningful action to help people and the planet thrive. We shine a light on what can be achieved when governments, businesses, non-profits, and communities come together. IISD's staff of more than 200 people, plus over 150 associates and consultants, come from across the globe and from many disciplines. With offices in Winnipeg, Geneva, Ottawa, and Toronto, our work affects lives in nearly 100 countries.

IISD is a registered charitable organization in Canada and has 501(c)(3) status in the United States. IISD receives core operating support from the Province of Manitoba and project funding from governments inside and outside Canada, United Nations agencies, foundations, the private sector, and individuals.

Head Office

111 Lombard Avenue, Suite 325
Winnipeg, Manitoba
Canada R3B 0T4

Tel: +1 (204) 958-7700

Website: iisd.org

Twitter: [@IISD_news](https://twitter.com/IISD_news)



iisd.org