



Repenser les lois nationales sur l'investissement

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

RAPPORT DE LIISD



© 2023 International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable

Cette publication est sous licence [Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

L'Institut international du développement durable

L'Institut international du développement durable (IISD) est un laboratoire d'idées indépendant et primé qui vise à accélérer le développement de solutions pour parvenir à un climat stable, à la gestion durable des ressources et à des économies équitables. Nos travaux inspirent de meilleures décisions et suscitent la prise de mesures concrètes pour aider les gens et la planète à prospérer. Nous mettons en lumière ce qui peut être réalisé grâce à la collaboration entre les gouvernements, les entreprises, les organismes sans but lucratif et les communautés. Le personnel de l'IISD fort de plus de 120 membres, et ses quelque 150 associé(e)s et consultant(e)s viennent du monde entier et leur formation couvre maintes disciplines. Nos travaux touchent la vie de personnes dans presque 100 pays.

L'IISD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, et visé par l'alinéa 501(c)(3) de l'*Internal Revenue Code des États-Unis*. Il bénéficie de subventions de fonctionnement de base de la province du Manitoba. En outre, des fonds de projets lui sont accordés par divers gouvernements, tant au Canada qu'à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations, le secteur privé et des particuliers.

Repenser les lois nationales sur l'investissement : étude de lois passées et présentes pour éclairer l'élaboration des politiques de demain

Juillet 2023

Écrit par Jonathan Bonnitcha, Suzy H. Nikiéma et Taylor St John

Photo : iStock

Remerciements

Les auteurs remercient chaleureusement Sarah Brewin, Kudzai Mataba, Josef Ostrfanský et Aishwarya Nair pour leur aide dans la préparation de ce rapport, ainsi que Sotonye Belonwu, David Duckett, Abas Kinda et Dihu Wu pour leur assistance en matière de recherche.

Les auteurs remercient Tarald Gulseth Berge, Georgios Dimitropoulos, Hélène François, Jarrod Hepburn, Makane Moïse Mbengue, Massimo Meloni et Stephen Thomsen pour leurs précieuses observations sur la version préliminaire du présent rapport.

Toute erreur ou omission restante relève de notre responsabilité.

Traduction française par Isabelle Guinebault.

Siège

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)



Avertissement

La présente étude, et en particulier l'enquête sur les lois nationales sur l'investissement menée à la section 3.4, s'appuie sur les lois sur l'investissement répertoriées dans le Navigateur des lois sur l'investissement de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws>) au 1^{er} mars 2022. L'étude a été réalisée entre mars et juin 2022. Sauf indication contraire, le présent document ne tient pas compte des révisions des lois sur l'investissement qui auraient pu intervenir depuis lors.



Résumé analytique

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 oeuvre 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 diverses. 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.



Table des matières

1.0 Introduction	1
1.1 Pourquoi ce rapport ?	1
1.2 Les questions abordées dans ce rapport.....	2
1.3 Qu'est-ce qu'une loi nationale sur l'investissement ?	3
1.4 La structure du rapport.....	5
2.0 Le passé : l'évolution des lois nationales sur l'investissement	7
2.1 Les lois nationales sur l'investissement motivées par les priorités nationales, 1950–1979	9
2.2 Les fonctions des premières lois sur l'investissement.....	10
2.3 Les lois nationales sur l'investissement inspirées des normes internationales, 1980–2010	16
3.0 Le présent : les fonctions et contenu des lois contemporaines sur l'investissement.....	22
3.1 Au-delà de la distinction entre contrôle et facilitation	23
3.2 Les sept fonctions principales des lois sur l'investissement.....	24
3.3 Les contextes plus larges dans lesquels les États adoptent les lois sur l'investissement	28
3.4 Analyse de haut niveau des lois contemporaines sur l'investissement	34
4.0 Le futur : quels enseignements pouvons-nous tirer aux fins de la conception et de la mise en œuvre des lois sur l'investissement ?	43
4.1 Les raisons de repenser les lois sur l'investissement.....	45
4.2 Questions d'orientation pour repenser les lois sur l'investissement	46
4.3 Considérations spécifiques relatives à chacune des fonctions	49



1.0 Introduction

1.1 Pourquoi ce rapport ?

Les lois nationales sur l'investissement sont des instruments politiques polyvalents. Elles peuvent remplir de nombreuses fonctions, et les gouvernements peuvent les utiliser pour garantir que les investissements soient régis conformément aux objectifs politiques nationaux immédiats et à l'objectif ultime de promotion du développement durable. Cependant, dans les discussions politiques, elles sont souvent considérées comme des lois ayant une fonction principale, généralement celle d'offrir des incitations ou une protection juridique aux investisseurs. Cette vision réductrice ne tient pas compte du large éventail de fonctions que remplissent aujourd'hui les lois sur l'investissement et sous-estime également le potentiel des lois nationales sur l'investissement en tant qu'outils politiques permettant aux gouvernements d'atteindre leurs objectifs en matière de développement et de politique publique.

Le présent rapport a pour objectif d'aider les décideurs politiques à repenser leurs lois nationales sur l'investissement. Il s'agit d'une ressource que les décideurs politiques peuvent utiliser pour en savoir plus sur les différents objectifs politiques qui ont conduit les États à promulguer des lois sur l'investissement et pour clarifier les diverses fonctions que ces lois peuvent remplir. C'est également un outil de réflexion en vue d'une réforme. La dernière section présente un cadre à utiliser lors des discussions sur la réforme, qui comprend des questions et des considérations visant à aider les décideurs politiques à réfléchir aux fonctions qu'une loi remplit actuellement, à définir les fonctions qu'ils souhaitent qu'une loi sur l'investissement remplisse, puis à concevoir ou à rédiger celle-ci en conséquence.

Des lois nationales sur l'investissement sont actuellement en vigueur dans de nombreux pays en développement, mais ces lois varient considérablement en termes de fonctions et de contenu. Elles peuvent attirer l'attention des décideurs politiques pour diverses raisons.

- Il est possible que les décideurs politiques évaluent l'efficacité des incitations fiscales prévues par la loi nationale sur l'investissement et se posent les questions suivantes : les incitations que nous offrons à certains types d'investisseurs fonctionnent-elles comme prévu ? Si ce n'est pas le cas, pourquoi, et pourrions-nous cibler plus précisément les incitations que nous proposons ? Les incitations sont-elles courantes dans les législations d'autres pays ?
- Il est possible qu'un différend avec un investisseur donne lieu à un arbitrage, la loi nationale sur l'investissement servant de base à la compétence du tribunal. Cette expérience peut inciter les décideurs politiques à s'interroger sur les normes prévues par la loi, par exemple : « Pourquoi notre loi nationale sur l'investissement contient-elle une disposition relative au traitement juste et équitable si celui-ci ne figure pas dans notre Constitution ou dans d'autres textes législatifs ? Les lois d'autres pays le prévoient-elles ? D'autres États l'ont-ils supprimé et, si oui, quelles en ont été les conséquences ? »
- Il se peut qu'une entreprise étrangère investisse dans un secteur pertinent pour la sécurité nationale, ce qui amène les élus et les décideurs politiques à se demander si la



procédure d'examen et d'approbation des investissements prévue par la loi nationale sur l'investissement doit être mise à jour.

- Il se peut que des traités d'investissement bilatéraux ou régionaux soient en cours de négociation ou de réforme, ce qui incite les décideurs politiques à se demander « Comment nos traités et nos lois nationales s'articulent-ils entre eux ? Leurs fonctions et leur contenu sont-ils complémentaires ? Servent-ils toujours nos objectifs politiques et favorisent-ils le développement durable ? »
- Peut-être que les discussions plus larges sur la réforme du droit des investissements incitent les décideurs politiques à se demander : « Notre loi sur l'investissement est-elle obsolète ? Nos objectifs politiques ont-ils évolué, et notre loi sur l'investissement reflète-t-elle ces évolutions ou des objectifs plus anciens ? »
- Peut-être que le climat d'investissement a été examiné par un organisme externe et que cet examen a recommandé de réformer le cadre juridique de l'investissement, notamment en actualisant la loi nationale existante sur l'investissement ou même en élaborant une nouvelle. La réforme du cadre juridique peut également être recommandée dans le but d'améliorer la coordination entre les ministères et les autres institutions.

Les décideurs politiques peuvent souhaiter en savoir davantage sur les lois nationales sur l'investissement et envisager de créer, réformer, remplacer ou supprimer ces lois dans l'une ou l'autre de ces circonstances. Le présent rapport se veut une ressource à l'intention des décideurs politiques qui souhaitent en savoir plus sur l'évolution et la réorientation des lois nationales sur l'investissement au fil du temps, sur les différentes fonctions qu'elles peuvent remplir et sur leurs variations actuelles à travers le monde. Il se tourne également vers l'avenir en proposant un programme positif pour les lois nationales sur l'investissement qui peut aider les décideurs politiques à repenser les fonctions que ces lois peuvent et devraient remplir.

1.2 Les questions abordées dans ce rapport

Contrairement à la littérature abondante et aux débats animés sur les traités d'investissement, il existe relativement peu de ressources sur les lois nationales sur l'investissement. Ces lois sont parfois considérées comme de simples équivalents nationaux des traités d'investissement, mais il existe de nombreuses raisons de les examiner séparément. Historiquement, ces lois ont vu le jour indépendamment des traités et pour des raisons différentes. Les gouvernements peuvent utiliser les lois sur l'investissement et les utilisent effectivement pour répondre à de nombreuses pressions nationales différentes ou pour atteindre des objectifs de politique intérieure, ce qui explique en partie la diversité de leur contenu.

Dans le présent rapport, nous abordons les lois nationales sur l'investissement en tant que telles, c'est-à-dire en tant qu'instruments de politique intérieure. Comme tous les instruments de politique intérieure, elles comportent des compromis et soulèvent diverses questions, telle que celle de savoir si la loi « telle qu'elle est écrite » a des effets escomptés et imprévus dans la pratique. Afin d'aider les décideurs politiques à prendre des décisions fondées sur des données probantes concernant les lois nationales sur l'investissement, le présent rapport apporte des réponses aux questions fondamentales suivantes sur les lois nationales sur l'investissement.



Section 2. Des questions concernant le passé

- Quand et comment l'idée de lois nationales sur l'investissement a-t-elle émergé et s'est-elle répandue ?
- Pourquoi certains pays, mais pas tous, ont-ils adopté des lois nationales sur l'investissement, et dans le cas des pays qui en ont adopté, dans quelle mesure ces lois sont-elles similaires les unes aux autres ?

Section 3. Des questions concernant le présent

- Quelles fonctions les lois nationales actuelles sur l'investissement remplissent-elles ?
- Dans quelle mesure certaines dispositions sont-elles courantes dans les lois nationales contemporaines sur l'investissement ? Dans quelle mesure le contenu de ces lois est-il similaire ou différent ?

Section 4. Des questions concernant l'avenir

- Quels enseignements devraient éclairer l'avenir des lois nationales sur l'investissement ?
- Quelles questions les décideurs politiques devraient-ils se poser lorsqu'ils envisagent de repenser les lois nationales sur l'investissement ?

Avant de répondre à ces questions, il convient d'aborder une question encore plus fondamentale : qu'est-ce qu'une loi nationale sur l'investissement ?

1.3 Qu'est-ce qu'une loi nationale sur l'investissement ?

Dans presque tous les systèmes juridiques, les investissements étrangers sont régis par différents instruments juridiques: le droit des contrats, le droit de l'environnement, le droit des sociétés, le droit du travail, le droit fiscal, etc. Aux fins de la présente étude, le concept de loi sur l'investissement désigne quelque chose de plus spécifique qu'une loi qui s'applique de manière générale dans un pays, y compris aux investissements. Le concept de loi sur **l'investissement** désigne les lois qui sont spécifiquement axées sur l'investissement d'une manière ou d'une autre. Cette précision ne constitue toutefois pas une définition complète, et le problème de la définition n'est pas propre à notre étude. Il n'existe pas de définition unique et largement acceptée du concept de loi sur l'investissement.

Une manière d'aborder le problème de la définition consiste à examiner l'émergence historique des lois sur l'investissement. Dans la section 2, nous soulignons que l'idée d'une loi nationale sur l'investissement, également appelée « code de l'investissement » dans ce contexte, est apparue dans les années 1950 et 1960. À cette époque, les lois sur l'investissement étaient considérées comme des lois définissant le cadre juridique de base régissant les investissements directs étrangers dans un pays et les mouvements transfrontières associés de capitaux. Compte tenu de l'évolution observée au cours des quarante dernières années (abordée aux sections 2.2 et 2.3), pour les besoins de la présente étude, cette définition paraît très restrictive, mais elle constitue néanmoins un point de référence utile.

Une autre manière d'aborder le problème de la définition consiste simplement à se référer au titre d'une loi. Selon cette approche, toute loi dont le titre comporte le terme « investissement »



est une loi sur l'investissement. Cette approche permet de mieux comprendre les variations dans les fonctions, le contenu et la portée des lois sur l'investissement. Mais elle pose également des problèmes. Si l'on considère les lois de deux pays qui sont par ailleurs identiques, faut-il vraiment exclure l'une d'entre elles du champ de notre étude uniquement en raison d'une différence dans les termes utilisés dans son titre ?

Nous résolvons le problème de la définition en trois étapes. Tout d'abord, nous commençons par les lois dont le titre les identifie clairement comme « loi sur l'investissement », « loi sur l'investissement étranger » ou « code des investissements ». Dans un deuxième temps, nous examinons ces lois, afin d'identifier leurs principales fonctions. Sur la base d'une centaine de lois examinées, nous avons identifié au moins sept fonctions principales des lois nationales sur l'investissement :

- réglementer l'admission et l'approbation des nouveaux investissements étrangers,
- accorder et gérer les incitations à l'investissement,
- faciliter l'investissement (au sens spécifique du terme),
- garantir la protection juridique des investissements,
- mettre en place et/ou préciser un système de gestion des différends entre investisseurs et États,
- préciser les obligations et les responsabilités des investisseurs,
- surveiller et contrôler les investissements.

Dans un troisième temps, nous élargissons notre définition pour inclure toute loi qui remplit l'une de ces sept fonctions, à condition que son application vise spécifiquement l'investissement. (Nous excluons ainsi de notre conception des « lois sur l'investissement » les lois fiscales d'application générale, par exemple, qui concernent les investisseurs mais ne visent pas spécifiquement l'investissement.)

Nous en arrivons ainsi à une conception des « lois sur l'investissement » qui est au moins aussi large que celle qui sous-tend la base de données du Navigateur des lois sur l'investissement de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) ainsi que les travaux des chercheurs dans ce domaine.¹ Dans le même temps, nous soulignons à nouveau que de nombreuses lois directement liées à l'investissement ne relèvent pas de notre définition de « loi sur l'investissement ». Les lois sectorielles, par exemple les lois minières, bancaires et relatives aux télécommunications, jouent souvent un rôle important dans la réglementation des investissements dans un secteur donné, mais ne relèvent pas de notre définition. De même, les lois qui établissent des juridictions spéciales, telles que les zones économiques spéciales, sont importantes, mais ne relèvent pas de notre définition car elles ne couvrent pas l'ensemble du territoire d'un pays.² Ces limites définitionnelles quelque peu

¹ Voir, par exemple : Chaisse, J., & Dimitropoulos, G. (2023). Domestic investment laws and international economic law in the liberal international order. *World Trade Review*, 22(1), 1-17, p. 14 ; Hepburn, J. (2023). The past, present, and future of domestic investment laws and international economic law. *World Trade Review*, 22(1), 18-34, p. 19 ; et Dimitropoulos, G. (2023). The right to hospitality in international economic law: Domestic investment laws and the right to invest. *World Trade Review*, 22(1), 90-108, p. 96.

² De même, Chaisse & Dimitropoulos, *supra* note 1, p. 14.



artificielles mais nécessaires servent à souligner qu'une loi sur l'investissement n'est qu'une partie du cadre juridique régissant les investissements étrangers dans un pays donné et n'est pas nécessairement la partie la plus importante.³

Encadré 1. Loi sur l'investissement ou loi sur l'investissement étranger ?

Une question importante concernant le champ d'application de toute loi sur l'investissement est celle de savoir si elle s'applique à tous les investissements effectués dans une juridiction ou uniquement aux investissements étrangers. Conformément aux études universitaires et politiques existantes, notre conception d'une loi sur l'investissement inclut à la fois les lois spécifiques aux investissements **étrangers** et les lois qui s'appliquent à tous les investissements, quelle que soit leur origine.

Une question politique connexe consiste à déterminer si les lois sur l'investissement **devraient** s'appliquer de manière égale à tous les investissements ou uniquement aux investissements étrangers. Il n'est pas possible de répondre de manière précise à ces questions tant que les fonctions de la loi n'ont pas été clairement définies. Par exemple, si la seule fonction d'une loi est de régir l'examen et l'approbation des nouveaux investissements pour des raisons de sécurité nationale, il peut être plus approprié que cette loi s'applique uniquement aux investissements étrangers. Si les fonctions de la loi comprennent la facilitation de l'investissement ou la spécification des obligations des investisseurs, il peut être plus approprié que la loi s'applique à tous les investissements.

C'est pourquoi il est possible que certaines parties d'une même loi sur l'investissement diffèrent dans leur champ d'application. Par exemple, la loi sur l'investissement du Myanmar s'applique en principe à la fois aux investissements nationaux et aux investissements étrangers. Cependant, le chapitre X reconnaît que les investisseurs **étrangers** sont soumis à des restrictions supplémentaires concernant les secteurs dans lesquels ils peuvent investir ; le chapitre XV, en revanche, accorde aux investisseurs **étrangers** des droits supplémentaires en matière de transfert de capitaux à l'étranger, qui vont au-delà des droits accordés aux investisseurs nationaux.

1.4 La structure du rapport

Le rapport comporte trois sections de fond, consacrées respectivement au passé, au présent et à l'avenir des lois nationales sur l'investissement. La section 2 montre que les premières lois nationales sur l'investissement reflétaient souvent les priorités politiques nationales ; dans les années 1950-1970, les États fixaient leurs objectifs politiques nationaux, puis concevaient des lois sur l'investissement pour atteindre ces objectifs. À partir des années 1980, une nouvelle tendance est apparue, les lois sur l'investissement de nombreux pays **en développement** commençant à refléter les normes internationales plutôt que les priorités politiques nationales. Des normes issues des traités d'investissement, telles que le traitement juste et équitable, ont alors commencé à apparaître dans certaines lois nationales sur l'investissement. Une autre

³ De même, Chaisse & Dimitropoulos, *supra* note 1, p. 9–15.



tendance, apparue dans les années 1970, consistait pour les pays **développés** à promulguer des lois axées sur le contrôle des investissements étrangers entrants.

La section 3 examine les fonctions et le contenu des lois contemporaines sur l'investissement. Nous identifions, puis analysons sept fonctions principales de ces lois, liées à l'admission, aux incitations, à la facilitation de l'investissement, aux protections juridiques, au règlement des différends, aux obligations des investisseurs et au suivi des investissements. Les gouvernements adoptent des lois pour répondre à divers objectifs politiques et dans diverses circonstances, ce qui explique pourquoi les lois des différents pays remplissent des fonctions différentes et pourquoi les lois qui remplissent les mêmes fonctions peuvent différer considérablement dans leur mode de fonctionnement. Nous examinons comment le contexte dans lequel une loi est adoptée façonne ses fonctions, en prenant l'exemple de quatre lois nationales. Cette section se termine par une étude des lois sur l'investissement des pays en développement qui identifie la fréquence de chacune des sept fonctions et décrit les variations au sein de chaque fonction.

La section 4 se tourne vers l'avenir et examine les enseignements à tirer de cette analyse pour la conception et la mise en œuvre futures des lois sur l'investissement. Elle présente un cadre à l'intention des décideurs politiques qui envisagent de réviser les lois nationales sur l'investissement et identifie les considérations et les questions que les décideurs politiques doivent se poser pour chacune des sept fonctions.



2.0 Le passé : l'évolution des lois nationales sur l'investissement

MESSAGES CLÉS

- Les lois nationales sur l'investissement ont fait leur apparition dans les années 1950 dans les pays en développement.
- Bien que les dispositions des premières lois sur l'investissement soient variées, la plupart étaient motivées par les objectifs de politique intérieure.
- Dans les années 1970, les pays développés ont commencé à adopter des lois sur l'investissement qui décrivaient les procédures d'approbation ou de contrôle, mais ne comprenaient pas d'autres dispositions.
- Dans les années 1980, les normes internationales ont commencé à influencer les lois nationales sur l'investissement des pays en développement, certains d'entre eux adaptant les dispositions des traités d'investissement dans leurs lois.
- De nombreux pays ont considérablement modifié leurs lois nationales sur l'investissement au fil du temps, à mesure que leurs objectifs politiques nationaux évoluaient.

Quand, où et pourquoi l'idée de définir le cadre juridique de base régissant les investissements directs étrangers entrants dans le cadre d'une loi nationale unique et exhaustive a-t-elle vu le jour ? Étonnamment, l'on en sait peu sur l'histoire des lois nationales sur l'investissement, surtout si on la compare à l'histoire bien documentée des traités d'investissement. Les lois sur l'investissement ont vu le jour à peu près à la même époque que les traités d'investissement modernes, mais pour des raisons différentes et sous l'impulsion d'acteurs différents. De nombreux pays en développement ont initialement promulgué des lois nationales sur l'investissement afin de veiller à ce que les investissements étrangers soient régis conformément à la politique et aux objectifs de développement nationaux, mais ces objectifs politiques variaient considérablement : certains États cherchaient principalement à attirer des investissements ou certains types d'investissements, tandis que d'autres cherchaient également à remettre en question les conceptions occidentales du droit économique international.⁴

Les lois nationales sur l'investissement ont commencé à apparaître après la Seconde Guerre mondiale, les chercheurs citant la loi israélienne de 1950 sur l'investissement comme l'un des premiers, voire le premier exemple d'instrument politique visant à définir le cadre juridique de base régissant les investissements directs étrangers entrants au moyen d'une loi

⁴ Mme Olaoye et M Sornarajah soulignent que les lois sur l'investissement constituent un outil permettant de remettre en question les conceptions occidentales du droit international. Ils décrivent six périodes différentes des lois nationales sur l'investissement : la période coloniale, la décolonisation (1950-1969), le Nouvel ordre économique international (1970-1988), la libéralisation (1990-2003), le contrecoup (2004-2014), la réforme et le rééquilibrage (2015-présent). Olaoye, K., & Sornarajah, M. (2023). Domestic investment laws, international economic law, and economic development. *World Trade Review*, 22(1), p. 109-132.



unique et exhaustive.⁵ De nombreuses caractéristiques qui définissent aujourd'hui les lois sur l'investissement étaient déjà présentes dans la loi israélienne, notamment les incitations fiscales et la création d'une agence chargée d'approuver les nouveaux investissements, de délivrer des licences et de fournir une assistance aux investisseurs étrangers.⁶ En 1951, la Turquie a adopté une loi similaire, qui supprimait les restrictions à l'accès des étrangers à certaines professions et créait un comité chargé d'autoriser les investissements étrangers et les transferts de devises fortes à l'étranger.⁷

Hormis ces quelques exceptions, les lois visant à définir le cadre juridique de base régissant les investissements étrangers étaient toutefois rares dans les années 1950. En 1951, les Nations Unies ont interrogé les gouvernements asiatiques sur « les lois et réglementations régissant le traitement des investissements étrangers sur leur territoire, y compris le transfert des dividendes, des intérêts et des bénéfices, la fiscalité, etc. » et aucun des pays interrogés ne disposait d'une loi complète sur l'investissement.⁸ Les lois sur l'investissement étaient également rares dans les pays africains dans les années 1950, dont beaucoup restaient sous occupation militaire ou sous contrôle colonial et n'avaient pas encore défini de politiques d'investissement postindépendance.⁹ La situation était légèrement différente dans certains pays d'Amérique latine, comme le Pérou, par exemple, qui a adopté en 1950 un code minier comprenant toutes les dispositions jugées pertinentes pour les investisseurs étrangers dans le secteur minier, principal secteur bénéficiant d'investissements étrangers.¹⁰ Les lois sectorielles restent importantes, même aujourd'hui, et peuvent avoir diverses relations avec les lois sur l'investissement ; parfois, les gouvernements ont d'abord testé des dispositions dans une loi sectorielle, puis les ont reproduites dans une loi générale ultérieure sur l'investissement.¹¹

De manière générale, tout au long des années 1950, les lois visant à définir le cadre juridique régissant les investissements étrangers au moyen d'un instrument unique et complet étaient rares. Par exemple, un rapport des Nations Unies de 1955 sur les capitaux étrangers en

⁵ Buxbaum, R. & Riesenfeld, S. (1985). Investment codes. Dans R. Bernhardt (éd.), *Encyclopedia of Public International Law*. Elsevier, p. 344 ; Burgstaller, M. & Waibel, M. (2011). Investment codes. Dans R. Wolfrum (éd.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press, p. 11.

⁶ Littell, N. (1952). Improvements in legal climate for investments abroad. *Virginia Law Review*, 38(6), 729–744, p. 733–6.

⁷ Ibid. p. 731.

⁸ Secrétariat de la Commission économique pour l'Asie et l'Extrême-Orient. (1951). *Lois et réglementations en matière d'investissements étrangers dans les pays d'Asie et d'Extrême-Orient* (Doc. ONU n° ST/ECAFE/1). Nations Unies, p. vii. Voir également : Alexander, C. H. (1952). Foreign investment laws and regulations of the countries of Asia and the Far East. *International and Comparative Law Quarterly*, 1(1), 29–39.

⁹ L'enquête des Nations Unies a été envoyée en 1949 et, dans certains cas, elle a même été remplie par les autorités coloniales. Par exemple, l'enquête sur l'Indonésie a été remplie par des fonctionnaires néerlandais. Secrétariat de la Commission économique pour l'Asie et l'Extrême-Orient, *supra* note 8, p. 35.

¹⁰ Littell, *supra* note 6, p. 742.

¹¹ Knieper, R. (1989) The new investment code of the Central African Republic: Profound changes. *ICSID Review*, 4(1), 90–99, p. 94.



Amérique latine ne mentionne aucune loi sur l'investissement couvrant tous les secteurs.¹² Les lois sur l'investissement ne sont devenues plus courantes que dans les années 1960, comme nous le verrons ci-après.

2.1 Les lois nationales sur l'investissement motivées par les priorités nationales, 1950–1979

Dans de nombreux pays, les lois nationales sur l'investissement ont vu le jour après l'indépendance, en tant qu'instruments politiques visant à aligner l'investissement étranger sur les nouveaux objectifs de développement national. Cette tendance était particulièrement marquée dans les pays africains. Une enquête menée par les Nations Unies en 1963 a révélé que 17 pays africains avaient rédigé des lois sur l'investissement « presque simultanément » au début de l'année 1962.¹³ Cette enquête établissait un lien direct entre l'indépendance des pays, la formulation de leurs politiques économiques et de développement générales et l'élaboration de leurs lois sur l'investissement. Les lois nationales sur l'investissement étaient considérées comme « le pendant juridique du plan de développement », un outil permettant d'apporter cohérence et ordre aux dispositions juridiques obsolètes et redondantes héritées de la période coloniale, ainsi qu'un outil garantissant que le cadre juridique régissant l'investissement était propice au développement.¹⁴

La première vague de lois nationales sur l'investissement était étroitement liée à la fois à la planification économique et aux objectifs de développement national. L'enquête menée en 1963 par les Nations Unies sur les lois africaines sur l'investissement indiquait que :

La planification économique donne une expression concrète aux aspirations qui mènent à l'indépendance et à une législation sur l'investissement qui facilite la réalisation des plans de développement. Il n'est donc pas surprenant que les premières lois à avoir subi des changements rapides aient été celles qui concernaient l'investissement.¹⁵

L'enquête présentait les lois sur l'investissement comme un outil permettant de transformer des lois héritées et fragmentaires en systèmes juridiques plus cohérents permettant de soutenir le développement.¹⁶

En 1963, vingt (20) des trente (30) pays africains interrogés avaient rassemblé tous les éléments fondamentaux du cadre régissant l'investissement dans une loi unique, prétendument exhaustive. Toutes les anciennes colonies françaises disposaient d'une loi sur

¹² Le rapport indique plutôt que « les réponses à ces questions [sur le climat d'investissement] se trouvent en partie dans les dispositions constitutionnelles, les lois et les règlements qui, dans la plupart des pays, représentent un ensemble disparate plutôt qu'un ensemble de mesures coordonnées ». Département des affaires économiques et sociales. (1955). *Foreign Capital in Latin America* (Capital étranger en Amérique latine) (Doc. ONU n° E/CN.12/360 et ST/ECA/28). Nations Unies, p. 16.

¹³ Commission économique pour l'Afrique. (1963). *Investment laws and regulations in Africa* (Lois et réglementations en matière d'investissement en Afrique) (Doc. ONU n° E/CN.14/INR/28). Nations Unies, p. 1.

¹⁴ Ibid., p. 5.

¹⁵ Ibid., p. 1.

¹⁶ Ibid., p. 5.



l'investissement, à l'exception du Togo, et certaines de ces lois étaient similaires : les lois du Gabon, de la République centrafricaine, de la République du Congo et du Tchad, par exemple, ne présentaient que de légères différences. En revanche, aucune des anciennes colonies britanniques ne disposait d'une loi sur l'investissement, à l'exception du Ghana.¹⁷ La Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique a encouragé les pays qui ne disposaient pas de lois nationales sur l'investissement à les élaborer, suggérant que les lois sur l'investissement « soient exprimées dans un seul instrument juridique facilement accessible et compréhensible ».¹⁸ L'élaboration de ces lois était considérée comme un moyen de renforcer la coordination entre les ministères :

Il existe encore une marge considérable pour améliorer la coordination entre le plan de développement et la loi sur l'investissement. Ces deux instruments sont généralement élaborés par des ministères différents. Il n'est pas faux de dire que souvent, la main gauche ignore ce que fait la main droite.¹⁹

Une coordination et une discussion accrues entre les ministères sur la question de l'investissement devaient aller de pair avec le renforcement de la cohésion des lois héritées de l'époque coloniale ou leur remplacement.²⁰

Les États africains ont été les premiers à adopter des lois nationales sur l'investissement, mais au début des années 1980, soixante (60) pays à travers le monde, avec des politiques diverses en matière d'investissement étranger (y compris des programmes économiques socialistes), avaient adopté des lois sur l'investissement.²¹

2.2 Les fonctions des premières lois sur l'investissement

Bien qu'il existe des différences importantes entre les premières lois sur l'investissement, il existe également des similitudes pertinentes. Cela reflète probablement les similitudes entre les priorités nationales des pays en développement.²² D'autres dispositions communes à ces premières lois reflètent le contexte historique dans lequel elles ont été adoptées. Par exemple, comme de nombreuses devises n'étaient pas convertibles dans les années 1960 et 1970, les

¹⁷ La Banque mondiale a peut-être participé à l'élaboration de la loi ghanéenne. L'enquête de l'ONU de 1963 note que la loi sur l'investissement au Ghana « a introduit un nouvel élément », à savoir qu'en cas de litige sur le montant de l'indemnisation, en dernier recours, « l'affaire sera soumise à l'arbitrage par l'intermédiaire de la BIRD ». Ibid., p. 35.

¹⁸ Ibid., p 36.

¹⁹ Ibid., p 36.

²⁰ Ibid., p 36.

²¹ Buxbaum et Riesenfeld, *supra* note 5, p. 346.

²² Les études réalisées à cette époque identifiaient souvent quelques dispositions clés qui reflétaient les priorités politiques des gouvernements des pays en développement et se concentraient sur ces dispositions. Par exemple, un rapport de l'ONU de 1955 se concentrait sur les procédures d'approbation, les dispositions relatives aux transferts, les incitations et la fiscalité, l'expropriation et le défaut de paiement (Département des affaires économiques et sociales, *supra* note 12). Un autre rapport du Secrétariat des Nations Unies, datant de 1956, se concentre sur l'entrée des capitaux privés étrangers, les restrictions en matière de transfert et les incitations (sans aborder la question de l'expropriation). Voir : Secrétaire général des Nations Unies. (1956). *The international flow of private capital* (E/3021). Nations Unies, p. 45.



dispositions régissant le change et les transferts de capitaux à l'entrée et à la sortie des pays étaient importantes. Dans la suite de la présente section, nous décrivons quatre fonctions communes à bon nombre des premières lois sur l'investissement, mais pas à toutes.

2.2.1 Régir l'admission et l'approbation de nouveaux investissements étrangers

Les dispositions régissant l'admission et l'approbation des nouveaux investissements constituaient un élément important de nombreuses lois initiales sur l'investissement, mais aussi l'objectif principal de certaines lois, telles que la loi sur le développement industriel du Botswana de 1968. À l'instar de nombreuses lois précoces, cette loi part du principe que les investissements étrangers ne sont autorisés que s'ils sont approuvés : les entreprises devaient demander des licences et les critères d'approbation étaient liés au développement industriel national.²³

Bon nombre des premières lois sur l'investissement instaurent un comité, une commission ou une agence chargée d'examiner les nouveaux investissements proposés, composé de représentants de plusieurs ministères.²⁴ Par exemple, la loi ghanéenne de 1972 a créé un Conseil des investissements en capital, composé des représentants de la banque centrale, du ministère des Finances, du ministère de l'Industrie et d'autres ministères, selon les besoins. Ce conseil avait pour objectif d'encourager la communication et la coordination interministérielles, mais aussi d'offrir aux investisseurs une entité unique capable d'approuver les nouveaux investissements, de délivrer des licences et d'assurer la liaison entre les investisseurs et les organismes gouvernementaux, le cas échéant.²⁵ Certaines lois combinaient le processus d'examen ou d'approbation à l'octroi d'incitations. Par exemple, la loi indonésienne de 1967 a créé un Conseil national de coordination des investissements chargé d'examiner les projets d'investissement et d'accorder ensuite des allègements fiscaux aux entreprises approuvées.²⁶

En tant qu'instruments permettant d'atteindre les objectifs nationaux de développement, de nombreuses lois précoces sur l'investissement incluaient des exigences relatives à l'utilisation de produits et de ressources locaux, à l'embauche et à la formation d'employés locaux, ou au transfert de technologie. Ces exigences étaient parfois présentées comme des critères que la commission ou le comité d'examen devait utiliser pour déterminer s'il convenait d'accorder l'autorisation initiale à l'investissement.²⁷ Dans d'autres lois, elles étaient présentées comme les objectifs de la loi ; par exemple, la loi soudanaise de 1974 visait notamment à encourager les investissements qui dépendaient des matériaux locaux et offraient des possibilités

²³ Article 10.2a, loi sur le développement industriel du Botswana, 1968.

²⁴ Ahooja, K. (1964). Investment laws and regulations in Africa. *The Journal of Modern African Studies*, 2(2), 300–303, p. 302.

²⁵ Articles 1–7, Ghana, National Redemption Council, Proclamation du 9 janvier 1973.

²⁶ Loi n° 1 de 1967, République d'Indonésie, évoquée dans Buxbaum et Riesenfeld, *supra* note 5, p. 347.

²⁷ Article 7, Ordonnance sur les incitations au développement industriel, Tonga, 1977.



d'emploi.²⁸ Bon nombre de ces exigences et objectifs ont ensuite été supprimés dans les années 1980 et 1990, comme indiqué à la section 2.3.

D'autres lois visaient à exercer un contrôle accru sur certains secteurs particuliers ou sur l'économie dans son ensemble en exigeant une plus grande participation ou propriété locale. Le décret nigérian de 1977 sur la promotion des entreprises chargeait le Conseil nigérian sur la promotion des entreprises de contribuer « à garantir la prise de contrôle de l'économie nigériane par les Nigériens dans les plus brefs délais ».²⁹ La Papouasie-Nouvelle-Guinée envisageait également une nationalisation progressive dans un rapport constitutionnel de 1974 qui s'inspirait largement des études des Nations Unies, en particulier d'un rapport du Groupe de personnalités éminentes.³⁰ Le rapport de la Papouasie-Nouvelle-Guinée recommandait que les entreprises étrangères soient progressivement transférées aux mains des Papouan-Néo-Guinéens « dans le but d'exercer un plus grand contrôle sur notre économie ».³¹

Même dans les années 1970, la nationalisation progressive n'était pas courante dans les lois sur l'investissement, et aujourd'hui, aucune loi (à notre connaissance) ne l'envisage. Pourtant, les préoccupations relatives au contrôle et à l'influence étrangère induite sur les économies nationales n'ont pas disparu, et elles ne se limitent pas aux pays en développement. Dans les années 1970, plusieurs pays développés ont adopté des lois visant à répondre à ces préoccupations en établissant des procédures de contrôle des investissements, comme nous le verrons ci-après.

2.2.1.1 Les lois relatives au filtrage des investissements dans les pays développés, à partir de 1970

Les préoccupations relatives au contrôle et à l'influence étrangère sur l'économie nationale apparaissent souvent lorsque les investissements étrangers dans un pays sont élevés, en particulier lorsque ces investissements sont concentrés dans des secteurs sensibles ou proviennent d'un seul pays d'origine. Ces préoccupations persistent aujourd'hui dans de nombreux pays et étaient également très présentes par le passé, tant dans les pays développés que dans les pays en développement. En réponse à ces préoccupations, un nouveau type de loi établissant une procédure de filtrage ou d'approbation des investissements étrangers a commencé à voir le jour dans les années 1970 dans les pays développés qui importaient des capitaux étrangers, tels que le Canada et l'Australie.

Ces lois se distinguent des lois antérieures sur l'investissement en ce qu'elles n'avaient qu'une seule fonction, à savoir le filtrage des investissements, et qu'elles filtraient généralement les investissements en fonction de l'intérêt national ou de la sécurité nationale. Bien que ces lois fussent moins axées sur les questions de développement industriel que les premières lois des pays en développement, leur contenu et leur fonctionnement se recoupent clairement. Par exemple, la loi canadienne de 1973 sur l'examen de l'investissement étranger stipule : « La mesure dans laquelle le contrôle de l'industrie, du commerce et des échanges canadiens a été

²⁸ Chapitre II, Loi sur le développement et l'encouragement des investissements industriels, Soudan, 1974.

²⁹ Article 2, Nigeria, décret de 1977 sur la promotion des entreprises.

³⁰ Rapport du Groupe de personnalités éminentes. (1974). Effet des sociétés multinationales sur le développement et sur les relations internationales (ONU E/5500/Rev.1/ST/ESA/6). Nations Unies.

³¹ Articles 150 et 151, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Rapport du Comité de planification constitutionnelle, 1974.



acquis par des personnes autres que des Canadiens et l'effet de cette situation sur la capacité des Canadiens à maintenir un contrôle effectif sur leur environnement économique sont des questions d'intérêt national ». ³² La loi exigeait que les investissements proposés par des non-Canadiens soient examinés et approuvés, en utilisant des critères tels que l'importance de la participation de Canadiens, l'effet sur l'emploi et la transformation des ressources au Canada, et la compatibilité avec les politiques nationales en matière industrielle et économique. ³³

Des procédures de filtrage ont vu le jour pour des raisons similaires dans d'autres pays à peu près à la même époque. Par exemple, en 1975, une loi de filtrage largement similaire est entrée en vigueur en Australie, en vertu de laquelle les investissements privés dépassant un certain seuil doivent être approuvés par le Comité d'examen des investissements étrangers, dont il est question plus en détail à la section 3.3. ³⁴ Toujours en 1975, le gouvernement des États-Unis a instauré le Comité sur les investissements étrangers aux États-Unis, un organisme d'examen des investissements étrangers dont les pouvoirs ont été élargis au fil du temps. ³⁵ Les systèmes de contrôle australiens et étatsuniens ont tous deux évolué et sont devenus nettement plus rigoureux ces dernières années. Cependant, le fonctionnement du filtrage des investissements dans ces pays doit être compris à la lumière du contexte général d'ouverture de l'environnement juridique national aux investissements **étrangers** dans chaque cas. En principe, les investissements étrangers sont soumis aux mêmes lois que les autres investissements une fois qu'ils ont été autorisés.

Ces dernières années, le filtrage des investissements a suscité un intérêt considérable, de nombreux pays ayant renforcé ou mis en place des cadres de filtrage : la CNUCED a constaté qu'entre 1995 et 2023, trente-sept (37) pays ont introduit un cadre réglementaire pour le filtrage des investissements étrangers. ³⁶ Les grandes économies émergentes comme l'Afrique du Sud, la Chine et l'Inde disposent désormais de systèmes de filtrage des investissements, tout comme un nombre croissant d'États membres de l'Union européenne. ³⁷ En 2020, le nouveau cadre de l'Union européenne pour le filtrage des investissements est entré en vigueur. Il vise à favoriser la coopération entre les États membres concernant le filtrage des investissements pour des raisons de sécurité ou d'ordre public. ³⁸ La Commission européenne

³² Article 3(1) Canada, Loi sur l'examen des investissements étrangers, 1973.

³³ Article 3(1) Canada, Loi sur l'examen des investissements étrangers, 1973.

³⁴ Loi sur les acquisitions et les prises de contrôle étrangères, Australie, 1975.

³⁵ Baltz, M. J. (2017). Institutionalizing neoliberalism: CFIUS and the governance of inward foreign direct investment in the United States since 1975. *Review of International Political Economy*, 24(5), 859–880.

³⁶ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. (2023). *L'évolution des mécanismes de contrôle des IDE : principales tendances et caractéristiques* (Investment Policy Monitor n° 25). Voir également Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement. (2019). *Mécanismes de contrôle des investissements étrangers liés à la sécurité nationale : analyse des récentes évolutions politiques* (Investment Policy Monitor n° 22).

³⁷ Chine : Mesures relatives à l'examen de sécurité des investissements étrangers, publiées le 19 décembre 2020 ; Inde : Règlement de 2017 sur la gestion des devises étrangères ; Afrique du Sud : Loi modificative de 2018 sur la concurrence ; Commission européenne, Liste des mécanismes de filtrage notifiés par les États membres (mise à jour le 10 mai 2022). <https://circabc.europa.eu/ui/group/be8b568f-73f3-409c-b4a4-30acfcc5283/library/7e72cdb4-65d4-4eb1-910b-bed119c45d47/details?download=true>

³⁸ Union européenne. (2019). Règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union.



a même suggéré aux États membres qui ne disposaient pas de mécanismes de filtrage d'en mettre en place.³⁹

Si les lois relatives au filtrage des investissements sont conçues pour remplir une fonction commune, les détails de leur conception diffèrent : les critères qui déclenchent le filtrage (secteur, taille de l'investissement, pays d'origine de l'investisseur, etc.) notamment varient, ainsi que les critères politiques utilisés pour le filtrage (intérêt national, bénéfice net, ordre public, sécurité nationale, etc.).⁴⁰ Ces lois n'intègrent pas les normes des traités d'investissement ou les meilleures pratiques énoncées par les organisations internationales ; au contraire, elles ont souvent été adoptées en réponse directe à des pressions politiques nationales.

Les critères de filtrage et les conditions liées à l'approbation des investissements dans ces lois diffèrent des procédures d'approbation mentionnées précédemment dans la présente section. Il convient de noter que les lois sur le filtrage n'imposent généralement pas de conditions liées au développement, telles que l'obligation d'employer des ressortissants nationaux, d'utiliser des éléments locaux ou de fabriquer des produits destinés à l'exportation, qui figuraient souvent dans les lois sur le filtrage des investissements des pays en développement, comme la loi de 1968 du Botswana mentionnée ci-dessus.

2.2.2 Octroyer et gérer les incitations à l'investissement

Certaines lois antérieures sur l'investissement, mais pas toutes, comprenaient des mesures incitatives destinées à encourager l'investissement. L'octroi d'incitations était même l'unique objectif de quelques lois antérieures, comme la loi de 1969 sur l'encouragement des industries pionnières du Lesotho. Les lois qui prévoyaient des incitations variaient à plusieurs égards ; cette variation est examinée de manière plus systématique à la section 3.4, car il existe aujourd'hui une grande diversité dans les dispositions relatives aux incitations.

Dans les années 1960, les incitations fiscales à l'investissement suscitaient déjà des inquiétudes. Après avoir examiné les incitations courantes, une étude réalisée par un fonctionnaire des Nations Unies a conclu que les pays engendraient un nivellement par le bas en offrant des incitations fiscales : « Les différents pays africains se font concurrence en accordant des exonérations fiscales, affaiblissant ainsi leur position collective ». ⁴¹ Même dans les années 1980 et 1990, au moment où d'autres éléments des lois sur l'investissement ont été repensés, les organisations internationales continuaient de déconseiller les incitations à l'investissement, car, comme le soulignait une étude, « il existe peu de preuves que les

³⁹ Commission européenne. (25 mars 2020). *Communication de la Commission : Orientations à l'intention des États membres concernant les investissements directs étrangers et la libre circulation des capitaux provenant de pays tiers* (p. 1-2).

⁴⁰ Voir Bonnitche, J. (2020). Le retour du filtrage des investissements en tant qu'outil politique. *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itn/fr/2020/12/19/le-retour-du-filtrage-des-investissements-en-tant-quoutil-politique/>

⁴¹ Ahooja, *supra* note 24, p. 302.



incitations à l'investissement (utilisées depuis 40 ans dans diverses régions du monde) soient un moyen efficace d'accroître les investissements ».⁴²

Un aspect notable de certaines des premières lois est que les priorités politiques ou les objectifs de développement étaient liés à l'octroi d'incitations. Par exemple, le Libéria a précisé qu'aucune incitation ne serait accordée à moins qu'une entreprise ne réponde aux priorités générales établies par le Conseil national de planification, garantisse des emplois permanents aux Libériens, laisse aux Libériens la possibilité de participer à la propriété et utilise des matières premières et des ressources provenant du Libéria.⁴³ De même, dans la loi de 1969 du Lesotho, des incitations étaient accordées aux investisseurs nationaux et étrangers, mais pour en bénéficier, une entreprise devait convaincre le Conseil des industries pionnières du Lesotho qu'elle contribuerait au développement économique du pays.⁴⁴ Cela dit, d'autres lois visant à promouvoir le développement industriel ne prévoyaient aucune incitation. La loi du Malawi de 1966 contient de nombreux détails sur le processus d'approbation des nouveaux investissements, mais ne mentionne aucune mesure incitative.⁴⁵

2.2.3 Définir les politiques en matière d'expropriation

La section 3.4 du présent document passe en revue les protections juridiques garanties aux investisseurs (étrangers) dans les lois contemporaines sur l'investissement, et constate que les protections les plus courantes sont les garanties d'indemnisation en cas d'expropriation et les garanties de libre transfert de fonds. Ces protections n'existaient pas ou n'étaient pas identiques dans les lois antérieures sur l'investissement. Lorsque l'on examine les lois antérieures sur l'investissement, il est plus logique de les considérer comme définissant les politiques nationales relatives à l'expropriation de la propriété privée en général, plutôt que comme garantissant des protections juridiques uniquement aux étrangers.

En 1964, une étude des lois nationales sur l'investissement a souligné que « tant dans le droit national que dans le droit international, les droits d'une entreprise nationalisée et ceux du gouvernement sont mal définis », car les droits accordés variaient d'une législation nationale à l'autre et les États avaient des points de vue différents sur le droit international⁴⁶. Il n'existait pas d'ensemble de politiques ou de normes communément admises ou largement considérées comme les meilleures pratiques en matière d'expropriation. Les dispositions relatives à l'expropriation variaient considérablement, et de nombreux pays définissaient l'expropriation sans se référer au droit ou normes internationaux, mais en se référant à d'autres lois nationales

⁴² Voss, J. (2001). Basic elements for foreign investment legislation in the NIS: An introductory note. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 16(1), 61–104, p. 148.

⁴³ Section 4, loi modifiant le code des incitations à l'investissement de la République du Libéria.

⁴⁴ Article 7 (1), Lesotho, loi de 1969 sur l'encouragement des industries pionnières.

⁴⁵ Malawi, Loi sur le développement industriel, 21 décembre 1966.

⁴⁶ Ahooja, *supra* note 24, p. 302.



ou à leur Constitution. Par exemple, la loi kenyane de 1964 sur l'investissement se référait à la disposition constitutionnelle kenyane sur l'acquisition forcée de biens.⁴⁷

2.2.4 Instaurer et/ou préciser un système de gestion des différends investisseurs-État

La section 3.4.5 du présent rapport montre que 70 % des lois contemporaines sur l'investissement établissent ou précisent un système de gestion des différends, mais qu'elles le font de différentes manières. L'on observe une diversité semblable dans les premières lois sur l'investissement : certaines renvoyaient aux procédures constitutionnelles ou judiciaires nationales pertinentes, tandis que d'autres établissaient des dispositions spéciales pour le règlement des différends avec les investisseurs étrangers, y compris des références à l'arbitrage.

Par exemple, la loi kenyane de 1964 mentionnée ci-dessus renvoyait les investisseurs devant la Cour suprême du Kenya, sans établir de dispositions particulières pour les différends relatifs aux investissements.⁴⁸ En revanche, la loi ghanéenne de 1972 sur l'investissement contourne toutes les juridictions locales et, en cas de différend concernant le montant de l'expropriation, renvoie les investisseurs à un arbitre désigné par les parties ou, à défaut d'une telle désignation, autorise le renvoi du différend à l'arbitrage en vertu de la Convention du CIRDI.⁴⁹ Comme l'indique la section 3.4.5 2(d), la différence entre une loi qui reconnaît la validité de l'arbitrage en principe et une loi qui prévoit le consentement à l'arbitrage est importante, comme le démontrent plusieurs affaires de règlement des différends investisseur-État (RDIE) dont la compétence est fondée sur les lois nationales sur l'investissement.

2.3 Les lois nationales sur l'investissement inspirées des normes internationales, 1980–2010

Dans les années 1980, les lois nationales sur l'investissement ont été repensées. La conception antérieure de ces lois comme des instruments politiques visant à aligner l'investissement sur la politique ou les objectifs de développement nationaux a été progressivement remplacée par une conception de ces lois comme des instruments permettant d'intégrer les normes internationales dans le droit national. Certains observateurs ont commencé à considérer ces lois comme des corollaires nationaux des traités d'investissement, ayant pour fonction

⁴⁷ Article 8 de la loi kenyane de 1964 sur la protection des investissements étrangers, faisant référence à l'article 19 de la Constitution du Kenya :

Aucune propriété, quelle qu'elle soit, ne peut être saisie de manière obligatoire, et aucun intérêt ou droit sur une propriété, quelle qu'elle soit, ne peut être acquis de manière obligatoire, sauf si les conditions suivantes sont remplies, à savoir (a) la saisie ou l'acquisition est nécessaire dans l'intérêt de la défense, de la sécurité publique, de l'ordre public, de la moralité publique, de la santé publique, de l'aménagement du territoire ou du développement ou de l'utilisation de toute propriété de manière à promouvoir l'intérêt public ; et (b) la nécessité est telle qu'elle justifie raisonnablement les difficultés qui peuvent en résulter pour toute personne ayant un intérêt ou un droit sur le bien ; et (c) une disposition est prévue par une loi applicable à cette prise de possession ou à cette acquisition pour le paiement rapide d'une indemnisation intégrale.

⁴⁸ Article 8 de la loi kenyane de 1964 sur la protection des investissements étrangers, faisant référence à l'article 19 de la Constitution du Kenya.

⁴⁹ Article 11.3, Ghana, Proclamation (établissement) du Conseil national de rédemption.



d'offrir une protection juridique aux investisseurs étrangers. Comme le fait remarquer Jarrod Hepburn, les traités d'investissement et les lois sur l'investissement n'étaient pas perçus comme concurrents ; au contraire, les lois sur l'investissement étaient généralement adoptées dans le cadre d'un ensemble de réformes conformes à la nouvelle conception de l'investissement étranger ou sur les conseils d'observateurs externes.⁵⁰ 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 leurs traités d'investissement. La présente sous-section décrit les tendances générales observées au cours de ces années ; la section 3 du document examine ensuite plus en détail les fonctions et le contenu de ces lois, car bon nombre des modifications apportées entre 1980 et 2010 figurent toujours dans les lois actuelles.

Les appels en faveur de l'intégration de normes ou de procédures internationales dans les législations nationales sur l'investissement ont pris de l'importance dans les années 1980, bien qu'ils existassent déjà auparavant. Les groupes d'investisseurs transnationaux s'étaient activement intéressés aux lois nationales sur l'investissement au cours des décennies précédentes, et si la plupart de leurs revendications pouvaient être conciliées avec des lois motivées par des priorités nationales et de développement, ils ont également fait pression pour que des normes et procédures internationales soient intégrées dans les législations nationales. Par exemple, en 1950, l'Association internationale du barreau, une association privée de praticiens du droit, a adopté une résolution visant à étudier la législation et les procédures de chaque pays en vue d'atteindre six objectifs, notamment

la suppression des restrictions inutiles à la création et à l'exploitation d'entreprises étrangères, la garantie d'un traitement juste et équitable des entreprises étrangères et l'élaboration d'un ordre uniforme pour l'arbitrage des différends entre personnes de nationalités différentes, et entre gouvernements et investisseurs de fonds étrangers.⁵¹

Dans les années 1980, plusieurs facteurs ont contribué à faire en sorte que les lois sur l'investissement soient davantage considérées comme des instruments permettant d'intégrer les normes internationales dans le droit national. L'un de ces facteurs était l'évolution idéologique générale et les nouveaux engagements internationaux en faveur de la libéralisation. Par exemple, dans les années 1980 et 1990, de nombreux pays en développement ont adhéré à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et ont accepté l'article VIII du Fonds monétaire international. Ces nouveaux engagements ont souvent eu des conséquences sur le contenu des lois sur l'investissement, par exemple en limitant le recours aux prescriptions en matière de performance ou en restreignant la capacité des États de contrôler les transferts de fonds. Un deuxième facteur a été le fait que les organisations internationales ont commencé à fournir une assistance technique sur les lois nationales sur l'investissement, puis à publier des lignes directrices à leur sujet, ce qui a favorisé l'idée qu'il

⁵⁰ Hepburn, J. (2023). The past, present, and future of domestic investment laws and international economic law. *World Trade Review*, 22(1), 18–34, p. 21.

⁵¹ Littell, *supra* note 6, p. 729. Certains de ces objectifs, comme la référence à un « traitement juste et équitable », font écho à des termes déjà discutés au niveau international en 1950, notamment dans la Charte de La Havane (1948) qui envisageait la création d'une Organisation internationale du commerce, ainsi que dans nombre de traités sur la liberté, le commerce et la navigation signés au cours de ces années. D'autres, comme les droits préalables à l'établissement, n'apparaîtront que plus tard dans les négociations internationales.



existait un ensemble de bonnes pratiques internationales pour ces lois. La Banque mondiale a publié les *Lignes directrices sur le traitement des investissements directs étrangers* en 1992, un groupe d'experts lié à la Banque mondiale et à l'OCDE a publié les *Éléments fondamentaux pour la législation sur les investissements étrangers* en 2001 (les « Éléments fondamentaux »), l'OCDE a publié un *Cadre d'action pour l'investissement* en 2006 et la CNUCED a publié le *Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable* en 2012.⁵² Bien que ces documents définissent différemment les meilleures pratiques, comme expliqué ci-dessous, l'idée qu'il existait un ensemble de normes internationales ou de meilleures pratiques pour les lois nationales sur l'investissement (qui n'existaient pas avant les années 1980) s'est largement répandue. Certaines lois, comme la loi sur l'investissement de 1999 d'El Salvador, ont même commencé à préciser qu'elles avaient été rédigées conformément aux « meilleures pratiques ».⁵³

La multiplication des traités bilatéraux d'investissement a également contribué à généraliser cette nouvelle conception des lois sur l'investissement. Au cours de ces années, les traités bilatéraux d'investissement ont parfois été considérés comme une source de bonnes pratiques et de normes internationales, et les lois nationales sur l'investissement ont été de plus en plus souvent comparées aux traités ou interprétées à la lumière de leur relation avec ces derniers. Certaines directives ont même encouragé les États à harmoniser leurs traités et leurs lois sur l'investissement, repensant ainsi les lois sur l'investissement comme un mécanisme permettant d'intégrer les normes conventionnelles dans le droit interne. Par exemple, les Éléments fondamentaux mentionnés ci-dessus stipulent que « dans l'idéal, les lois sur l'investissement renforcent les traités [d'investissement] en réitérant leur substance sous la forme d'une législation nationale ».⁵⁴

Le fait de considérer les lois sur l'investissement comme des outils visant à renforcer les traités d'investissement a entraîné plusieurs changements dans les fonctions et le contenu de ces lois. Nous utilisons deux exemples pour donner une idée générale de ces changements. Premièrement, les procédures d'admission et d'approbation des nouveaux investissements étrangers ont souvent été modifiées de manière significative : dans les années 1980 et 1990, de nombreux pays ont assoupli les prescriptions ou supprimé purement et simplement les procédures d'approbation. Par exemple, la loi sur l'investissement de 1988 de la République centrafricaine a supprimé le dispositif institutionnel d'approbation des investissements mis en place par les lois antérieures et autorise toute personne à investir sans autorisation.⁵⁵ Certaines lois vont encore plus loin, interdisant au gouvernement d'imposer des prescriptions en matière de performance, ou décrétant que si les autorités compétentes n'ont pas enregistré un investissement dans un délai de 30 jours, l'enregistrement est automatiquement accordé ;

⁵² Banque mondiale. (1992). *Cadre juridique pour le traitement des investissements étrangers. Volume II : Lignes directrices* ; Voss, *supra* note 42 ; Organisation de coopération et de développement économiques. (2023). *Cadre d'action pour l'investissement*. https://www.oecd.org/fr/publications/cadre-d-action-pour-l-investissement_9789264025899-fr.html ; Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. (2012). *Cadre de politique de l'investissement pour un développement durable*.

⁵³ Préambule, décret n° 732 de l'Assemblée législative de la République d'El Salvador, 14 octobre 1999.

⁵⁴ Voss, *supra* note 42, p. 64.

⁵⁵ Articles 8 à 10, République centrafricaine, Code des investissements (loi n° 88.004 du 9 mai 1988 portant Code des investissements en République centrafricaine). Voir également Knieper, *supra* note 11, p. 94.



les risques liés à de telles dispositions sont examinés à la section 4. En outre, les lois nationales antérieures régissaient souvent la convertibilité des devises et les transferts de fonds, mais dans les années 1980, les dispositions relatives à la libre circulation des fonds sont devenues plus courantes dans les lois nationales, reflétant le contenu des traités d'investissement. À l'instar de nombreuses lois rédigées au cours de cette période, la loi camerounaise de 1990 garantit aux investisseurs la libre circulation des fonds à l'intérieur et à l'extérieur du pays.⁵⁶

Deuxièmement, alors que les lois antérieures sur l'investissement comportaient généralement des dispositions applicables en matière d'expropriation, faisant souvent référence à d'autres lois nationales ou à la Constitution, dans les années 1980 et 1990, certaines lois nationales ont commencé à inclure des normes de protection issues de traités ou d'autres protections juridiques réservées aux investissements étrangers. Par exemple, la disposition relative à l'expropriation dans la loi égyptienne de 1989 a été rédigée de manière à se conformer « à la Constitution égyptienne ainsi qu'aux 15 traités bilatéraux d'investissement conclus à ce jour par l'Égypte et qui contiennent généralement des dispositions détaillées à cet égard ».⁵⁷ Certaines orientations internationales, telles que les Éléments fondamentaux mentionnés ci-dessus, suggéraient d'introduire dans les lois nationales des « principes de traitement courants dans la pratique des traités », notamment le traitement juste et équitable et la protection et la sécurité intégrales.⁵⁸ À l'instar des directives de la Banque mondiale, les Éléments fondamentaux recommandaient également d'inclure le consentement à l'arbitrage international.⁵⁹ Les lois qui prévoient à la fois un traitement juste et équitable et le consentement à l'arbitrage créent des risques similaires d'interprétation extensive par les tribunaux que certains traités d'investissement, comme l'explique la section suivante.

La réécriture des lois sur l'investissement en s'inspirant des traités d'investissement ou d'autres normes internationales a conduit ces lois à se dissocier du système juridique national au sens large. Un observateur du régime spécial du Vietnam en matière d'investissement étranger l'a qualifié d'« enclave juridique » et a fait valoir que même si une enclave juridique peut être utile à court terme pour attirer les investissements étrangers, à long terme, un climat d'investissement sain et un cadre juridique stable sont préférables à une stratégie d'enclave.⁶⁰ Il s'agit là d'un point important auquel nous reviendrons à la section 4, afin d'examiner les fonctions que devraient remplir les lois sur l'investissement et celles qui seraient mieux remplies par le renforcement du cadre juridique plus large. Les organisations internationales ont reconnu que les lois sur l'investissement étaient devenues des enclaves isolées et ont recommandé qu'elles « ne détournent pas l'attention des efforts visant à développer le cadre juridique général ».⁶¹ Les Éléments fondamentaux considéraient les lois sur l'investissement comme temporaires ; selon cette conception, les lois devraient faciliter l'intégration temporaire

⁵⁶ Article 81(1), Cameroun, Ordonnance-loi n° 90/7 de novembre 1990. Voir Kofele-Kale, N. (1991). Investment codes as instruments of economic policy: A Cameroon case study. *The International Lawyer* 25(4), 821-858.

⁵⁷ Marchais, B. P. (1989). The new investment law of the Arab Republic of Egypt. *ICSID Review*, 4(2), 297-309, p. 305. Article 8, Égypte, loi n° 230 de 1989.

⁵⁸ Voss, *supra* note 42, p. 97.

⁵⁹ Voss, *supra* note 42, p. 148.

⁶⁰ Thuyet, P. V. (1999). Vietnam's legal framework for foreign investment. *The International Lawyer*, 33, 765-799.

⁶¹ Voss, *supra* note 42, p. 67-68.



des normes internationales dans les systèmes juridiques nationaux.⁶² Bien que les lois sur l'investissement aient été réformées ou abrogées dans certains pays, elles n'ont généralement pas été temporaires. Dans certains pays, elles continuent d'exister séparément du cadre juridique plus large, et même de prévaloir sur celui-ci ; par exemple, la loi jordanienne de 2014 sur l'investissement stipule qu'elle prévaut sur les autres législations.⁶³

La tendance à réécrire les lois sur l'investissement afin d'y intégrer les normes internationales était répandue, mais jamais universelle ; il est important de noter qu'elle se manifestait principalement dans la structure et le contenu des lois sur l'investissement des pays **en développement**. Lorsque les pays développés ont rédigé ou révisé leurs lois sur l'investissement au cours de ces années, ils restaient davantage guidés par des priorités nationales et adoptaient des lois relatives au filtrage, comme évoqué à la section 2.2.1.1. Les conseils prodigués par les organisations internationales ont également varié au fil du temps et d'un pays à l'autre. Le Cadre d'action pour l'investissement de l'OCDE, par exemple, ne considère pas les lois sur l'investissement comme strictement nécessaires, mais note que, dans certaines circonstances, celles-ci peuvent renforcer la transparence :

Beaucoup de pays, y compris parmi les membres de l'OCDE, ne possèdent pas de loi spécifique sur l'investissement. Ce type de loi ne constitue ni une garantie, ni une condition préalable de la qualité du cadre de l'investissement. La politique d'investissement peut être énoncée dans d'autres textes législatifs (par exemple la Constitution, les lois encadrant la conduite des entreprises ou les lois sectorielles). Bien qu'une loi sur l'investissement puisse ajouter de la transparence au régime applicable aux investissements, elle peut aussi être une source d'incertitude si elle présente des incohérences avec d'autres lois.⁶⁴

La Banque mondiale et la CNUCED fournissent également une assistance technique en matière de loi nationale sur l'investissement, mais elles ont généralement eu tendance à recommander l'adoption de telles lois lorsque les pays n'en disposaient pas encore.⁶⁵ Les approches de ces trois organisations sont distinctes les unes des autres et ont également évolué au fil du temps.⁶⁶ Dans les grandes lignes, la Banque mondiale a recommandé des dispositions alignées sur les traités d'investissement, tandis que la CNUCED a préconisé des dispositions davantage axées sur la promotion du développement, et l'OCDE n'a pas toujours considéré les lois sur l'investissement comme nécessaires, recommandant plutôt un cadre non discriminatoire de droit général et, uniquement en cas de nécessité, un mécanisme de filtrage pour des raisons essentielles de sécurité. Du fait de cette diversité des orientations

⁶² Voss, *supra* note 42, p. 67-68.

⁶³ Article 44, Jordanie, loi sur l'investissement, n° 30 de l'année 2014. Voir également Dimitropoulos, *supra* note 1.

⁶⁴ Organisation de coopération et de développement économiques. (2015). *Cadre d'action pour l'investissement*. https://www.oecd.org/content/dam/oecd/fr/publications/reports/2015/09/policy-framework-for-investment-2015-edition_g1g3e67f/9789264235441-fr.pdf, p. 25.

⁶⁵ Bien qu'il existe des exceptions, notamment dans la pratique récente de la CNUCED ; par exemple, l'Examen de la politique d'investissement de la CNUCED pour la Côte d'Ivoire a recommandé l'abrogation de la loi sur l'investissement existante, car le cadre juridique et réglementaire global du pays était clair et bien développé.

⁶⁶ Berge, T. G., & Fauchald, O. K. (2023). International organizations, technical assistance, and domestic investment laws. *World Trade Review*, 22(1), 147-172.



internationales, mais aussi pour d'autres raisons, les fonctions et le contenu des lois sur l'investissement varient considérablement aujourd'hui.

La section suivante aborde sept fonctions des lois contemporaines sur l'investissement ; il est intéressant de noter que, si certaines de ces fonctions n'étaient pas courantes dans les lois antérieures, leur absence a parfois frappé les observateurs. Par exemple, après avoir étudié la loi tanzanienne sur l'investissement de 1990, un observateur a noté qu'elle « impose très peu d'obligations aux investisseurs » alors qu'« il existe des obligations [...] qui auraient très bien pu y être incluses », par exemple « celles relatives à la protection de l'environnement, à la protection des consommateurs, aux droits et intérêts des travailleurs » et à d'autres questions.⁶⁷

⁶⁷ Maina Peter, C. (1991). Promotion and protection of foreign investments in Tanzania: A new investment code. *ICSID Review*, 6(1), 42–64, p. 61.



3.0 Le présent : les fonctions et contenu des lois contemporaines sur l'investissement

MESSAGES CLÉS

- Il est plus utile de s'interroger sur la/les fonction(s) remplie(s) par une loi sur l'investissement plutôt que de la classer comme normative ou facilitatrice.
- Nous identifions sept fonctions courantes dans les lois contemporaines sur l'investissement ; si certaines lois visent à remplir une seule fonction, d'autres en remplissent plusieurs.
- Outre leurs fonctions prévues, le contenu et la structure des lois nationales sur l'investissement sont façonnés par le contexte dans lequel elles sont adoptées et par les objectifs politiques qu'elles sont censées atteindre.
- Nous examinons quatre lois récentes sur l'investissement, adoptées en Chine, au Myanmar, en Australie et en Afrique du Sud, et montrons comment les fonctions remplies par chacune d'entre elles ont été façonnées par le contexte dans lequel elle a été adoptée et par les objectifs politiques qu'elle est censée atteindre.
- Nous passons en revue 70 lois sur l'investissement afin d'évaluer la fréquence de certaines fonctions dans ces textes et de commencer à cartographier les variations dans la manière dont les lois abordent ces fonctions.

Dans la présente section, nous proposons un aperçu des fonctions et du contenu des lois nationales sur l'investissement actuellement en vigueur à travers le monde. Comme l'a montré la section précédente, ces lois ont été adoptées pour des raisons diverses, à des époques différentes et dans des pays différents. Cette diversité rend difficile toute analyse globale.

Nous commencerons, à la section 3.1, par une distinction couramment utilisée dans la plupart des travaux universitaires existants consacrés aux lois sur l'investissement. Selon cette approche, il est possible de distinguer les lois sur l'investissement qui visent à **réglementer et contrôler** l'investissement étranger de celles qui visent à **faciliter et promouvoir** l'investissement étranger. Si cette distinction met en évidence certaines des différences entre les lois sur l'investissement, elle néglige le fait que différentes lois régissent différents types de questions qui se posent à différentes étapes du processus d'investissement.

Dans la section 3.2, nous suggérons qu'un point de départ plus utile consiste à reconnaître que les différentes lois sur l'investissement ont des **fonctions** sous-jacentes distinctes. Grâce à un examen des lois sur l'investissement existantes, nous identifions sept fonctions principales de ces lois, tout en reconnaissant que certaines d'entre elles remplissent plusieurs de ces fonctions à la fois. Dans la section 3.3, nous examinons, à titre d'exemple, les lois sur l'investissement de l'Afrique du Sud, de l'Australie, de la Chine et du Myanmar. Ces exemples montrent que la ou les fonctions ainsi que le contenu de la loi sur l'investissement d'un pays reflètent souvent le contexte historique et politique dans lequel elle a été adoptée. Dans cette



optique et compte tenu de ce contexte, la section 3.4 présente un aperçu des dispositions que l'on retrouve couramment dans les lois sur l'investissement actuelles.

3.1 Au-delà de la distinction entre contrôle et facilitation

Au cours des dernières décennies, de nombreux chercheurs ont classé les lois sur l'investissement selon qu'elles visaient soit à réglementer et à contrôler les investissements, soit à les faciliter et à les promouvoir. En 1992, Antonio PARRA a fait valoir que ces deux objectifs distincts donnaient lieu à deux types de lois différents, en observant que les lois des pays développés étaient axées sur le contrôle, tandis que celles des pays en développement étaient axées sur la promotion.⁶⁸ Dans un ouvrage publié quelques années plus tôt, Richard Buxbaum et Stefan Riesenfeld ont fait valoir que la réglementation et la facilitation devaient être considérées comme les deux extrémités d'un spectre et que, bien qu'aucune loi nationale ne se situât entièrement d'un côté ou de l'autre, ce sont les États développés importateurs de capitaux qui avaient tendance à se situer aux extrémités de ce spectre : « Il est possible de placer un pays comme le Canada, avec sa Loi sur l'examen de l'investissement étranger, à une extrémité du spectre, et un pays comme Singapour, avec sa législation sur les incitations fiscales, à l'autre extrémité ».⁶⁹ Dans des travaux plus récents, Markus BURGSTALLER et Michael WAIBEL adoptent un point de vue similaire, soutenant que les investissements « reflètent généralement un compromis entre le contrôle et la facilitation de l'investissement étranger ».⁷⁰

Il est utile de distinguer les objectifs de contrôle et ceux de facilitation pour comprendre certaines des différences entre les lois sur l'investissement. Jeswald Salacuse, par exemple, décrit une modification apportée en 2003 à la loi turque sur l'investissement, qui est passée d'un système exigeant que les projets d'investissement étranger soient filtrés et approuvés avant leur admission à un nouveau système où seule la notification de l'investissement était requise, et non une autorisation préalable.⁷¹ Il s'agit d'une évolution vers un cadre régissant l'admission de nouveaux investissements étrangers davantage axé sur la facilitation.

Le recours au spectre « contrôle-facilitation » pour appréhender les lois sur l'investissement et leurs dispositions pose toutefois au moins trois problèmes. Premièrement, cette distinction risque de masquer le fait que différentes lois sur l'investissement régissent différentes questions qui se posent à différentes étapes du processus d'investissement. Par exemple, la loi australienne sur les acquisitions et les prises de contrôle étrangères régit l'entrée et l'admission de nouveaux investissements étrangers, tandis que la loi sud-africaine sur la protection des investissements traite de la protection des investissements déjà légalement établis en Afrique du Sud. Considérer la première loi comme liée au « contrôle » et la seconde comme liée à la « facilitation » revient à passer à côté d'un point plus important, à savoir que ces deux

⁶⁸ Il a évalué les lois de cinq pays développés, qui étaient tous principalement des importateurs d'investissements au moment de la rédaction des lois en question : l'Australie, le Canada, l'Espagne, le Japon et la Nouvelle-Zélande. Parra, A. R. (1992). Principles governing foreign investment, as reflected in national investment codes. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 7(2), 428–45, p. 434.

⁶⁹ Buxbaum et Riesenfeld, *supra* note 5, p. 345.

⁷⁰ Burgstaller et Waibel, *supra* note 5, p. 2.

⁷¹ Salacuse, J. (2017). *The three laws of international investment*. Oxford University Press, p. 107.



lois régissent des questions différentes qui se posent à des étapes totalement distinctes du processus d'investissement.

Deuxièmement, la distinction entre contrôle et facilitation masque les différences entre des lois sur l'investissement qui partagent des objectifs généraux similaires. Par exemple, la loi malaisienne sur la promotion des investissements traite exclusivement de l'octroi d'incitations à l'investissement. En revanche, comme indiqué plus haut, la loi sud-africaine sur la protection des investissements offre une protection juridique aux investissements étrangers légalement établis. La loi sud-coréenne sur la promotion des investissements étrangers se distingue encore en fournissant la base juridique pour l'établissement et le fonctionnement du célèbre médiateur sud-coréen chargé des investissements étrangers. Ces trois lois pourraient être qualifiées comme étant liées à la facilitation dans un certain sens. Cependant, les incitations fiscales, les garanties juridiques et les agences d'accompagnement des investisseurs constituent des stratégies différentes de facilitation de l'investissement, aux effets et implications potentiellement différents.

Troisièmement, la distinction entre contrôle et facilitation tend à simplifier à l'excès la manière dont les lois sur l'investissement régissent une question donnée. Par exemple, la partie II de la loi kenyane sur la promotion des investissements établit le cadre juridique qui régit la délivrance des certificats d'investissement aux investisseurs nationaux et étrangers. Pour déterminer s'il y a lieu de délivrer un certificat, l'Autorité kenyane chargée des investissements doit prendre en considération toute une série de critères de développement national précisés à l'article 4, paragraphe 2, de la loi. Conformément à l'article 12 de la loi, l'octroi d'un certificat d'investissement donne alors droit à l'investisseur aux licences nécessaires pour exercer ses activités dans des secteurs réglementés par d'autres lois. Ce cadre pourrait être considéré comme étant lié au contrôle dans la mesure où il intègre des critères de développement national au fonctionnement d'un mécanisme de filtrage. Mais il relève également de la facilitation dans la mesure où il fournit un cadre commun permettant aux investisseurs, nationaux comme étrangers, d'acquérir les licences nécessaires à l'exercice de leurs activités dans des secteurs qui seraient autrement fermés aux nouveaux investissements. Plutôt que de chercher à situer le cadre de délivrance des certificats d'investissement quelque part sur un spectre imaginaire allant des lois de contrôle aux lois de facilitation, il est plus utile de noter que cette partie de la loi traite de l'admission des investissements étrangers, avant de passer à une analyse plus détaillée de la manière dont la loi régit l'**admission** des investissements dans les secteurs réglementés.

Compte tenu de ces problèmes liés au spectre « contrôle-facilitation », nous proposons une autre manière d'organiser notre analyse des lois sur l'investissement.

3.2 Les sept fonctions principales des lois sur l'investissement

Pour examiner les lois sur l'investissement, il est plus utile de partir du constat que ces différentes lois remplissent des fonctions distinctes. Nous identifions sept fonctions principales que les lois sur l'investissement remplissent. Certaines de ces lois visent à remplir seulement



l'une de ces fonctions, tandis que d'autres en remplissent plusieurs. Ces sept fonctions sont les suivantes :

- **Régir l'admission et l'approbation de nouveaux investissements étrangers.** Il s'agit là d'une fonction essentielle de nombreuses lois sur l'investissement, qui trouve son origine dans les premières lois sur l'investissement adoptées par les pays en développement, décrites à la section 2.2. La plupart des lois sur l'investissement en vigueur aujourd'hui dans les pays en développement remplissent cette fonction d'une manière ou d'une autre.⁷² C'est également la fonction principale, et généralement la seule, des lois sur le filtrage des investissements des pays développés décrites à la section 2.2.1.1. Si cette fonction est commune à la plupart des lois sur l'investissement, il existe une grande diversité dans la manière dont celles-ci régissent l'admission de nouveaux investissements. Pour remplir cette fonction, les lois sur l'investissement établissent généralement une agence chargée des investissements ou une autre agence gouvernementale, ou leur confèrent des pouvoirs.⁷³ Le cadre régissant l'admission et les autorisations connexes des nouveaux investissements étrangers constitue souvent la partie la plus complexe d'une loi sur l'investissement.
- **Octroyer et gérer les incitations à l'investissement.** Il s'agit là également d'une fonction courante, quoique problématique, de nombreuses lois sur l'investissement, en particulier dans les pays en développement. Si l'octroi d'incitations à l'investissement n'est pas inconnu dans les pays développés,⁷⁴ ces derniers n'en traitent pratiquement jamais dans leur loi sur l'investissement.⁷⁵ Tout comme la fonction consistant à régir l'admission et l'approbation des nouveaux investissements, cette fonction est généralement institutionnalisée par la création d'une agence chargée des investissements ou par l'octroi de pouvoirs à celle-ci.
- **Faciliter les investissements.** La facilitation des investissements, au sens strict et spécifique du terme⁷⁶, désigne la fonction transversale des lois sur l'investissement consistant à lever les obstacles concrets à l'investissement, indépendamment du fond

⁷² Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. (2016). *Investment laws: A widespread tool for the promotion and regulation of foreign investment*. https://unctad.org/system/files/official-document/webdiaepcb2016d5_en.pdf, p. 5.

⁷³ De même, Dimitropoulos, *supra* note 1, p. 98.

⁷⁴ Jensen, N. M., & Malesky, E. (2018). *Incentives to pander: How politicians use corporate welfare for political gain*. Cambridge University Press.

⁷⁵ Voir les articles 9, 26 et 27 de la loi sud-coréenne sur la promotion des investissements étrangers pour une exception.

⁷⁶ L'objectif consistant à encourager et à faciliter l'investissement, compris dans un sens différent et plus large, peut également être considéré comme un objectif de haut niveau de nombreuses lois sur l'investissement. Pour les raisons exposées à la section 3.1, nous ne considérons pas cette large conception de la facilitation comme utile sur le plan analytique.



des lois et des politiques⁷⁷. À l'instar des deux fonctions précédentes, cette fonction est souvent liée à la création d'une agence chargée des investissements et à l'octroi de pouvoirs à celle-ci. Par exemple, la loi de Kiribati prévoit la création d'un « service intégré d'assistance à la clientèle » destiné à faciliter l'investissement en partageant des renseignements avec les investisseurs et en les aidant dans le cadre des procédures réglementaires.⁷⁸

- **Garantir la protection juridique des investissements.** Il s'agit là d'une fonction des lois sur l'investissement en vigueur dans de nombreux pays en développement, qui s'est généralisée au cours des dernières décennies, comme indiqué à la section 2.3. Contrairement aux lois sur l'investissement des pays en développement, celles des pays développés offrent rarement des garanties juridiques aux investisseurs (étrangers).⁷⁹ Aucune loi sur l'investissement d'un pays développé n'offre l'ensemble des protections que l'on trouve habituellement dans les traités d'investissement.
- **Instaurer et/ou préciser un système de gestion des différends investisseurs-État.** Cette situation découle d'un grand nombre de lois sur l'investissement en vigueur dans les pays en développement. Les dispositions relatives au règlement des différends en matière d'investissement varient considérablement d'une loi à l'autre. Certaines lois sur l'investissement prévoient la création d'institutions nationales chargées de prévenir et de résoudre les plaintes des investisseurs à un stade précoce, tandis que d'autres stipulent que les différends en matière d'investissement relèvent du droit national et de la compétence ordinaire des tribunaux nationaux.⁸⁰ Une minorité non négligeable des lois sur l'investissement des pays en développement prévoit le consentement préalable à l'arbitrage investisseur-État.
- **Préciser les obligations et responsabilités des investisseurs.** Les lois sur l'investissement ne constituent qu'une petite partie du cadre juridique national d'un pays. Il serait impossible de regrouper l'ensemble des obligations et des responsabilités

⁷⁷ Cela est conforme à la définition de la facilitation de l'investissement qui sous-tendrait l'Initiative conjointe de l'OMC ; voir : Organisation mondiale du commerce. (2023). *Facilitation de l'investissement pour le développement à l'OMC*. https://www.wto.org/english/tratop_e/invfac_public_e/factsheet_ifd.pdf, p. 1. Nous notons toutefois que les discussions autour de l'initiative conjointe ont envisagé l'inclusion de nombreuses questions qui ne se rapportent pas à la fonction de facilitation de l'investissement telle que nous la comprenons. Il s'agit notamment des exigences visant à mettre en place des procédures de recours et de réexamen des actes administratifs affectant les investissements (ce qui, dans le cadre du présent rapport, se rapporte à la fonction consistant à instaurer ou à préciser un système de gestion des différends entre investisseurs et États), des dispositions garantissant la libre circulation des capitaux (ce qui, dans le cadre du présent rapport, se rapporte à la fonction consistant à garantir la protection juridique des investissements étrangers), ainsi que des dispositions précisant les normes de conduite responsable des entreprises (ce qui, dans le cadre du présent rapport, se rapporte à la fonction consistant à préciser les obligations et les responsabilités des investisseurs). Pour une analyse de l'éventail des questions qui ont été abordées dans le contexte de l'Initiative conjointe de l'OMC, voir : Bernasconi-Osterwalder, N., Campos, S. L., & van der Ven, C. (2020). *Projet de cadre multilatéral pour la facilitation de l'investissement : analyse de sa relation avec le commerce international et les accords d'investissement*. Institut international du développement durable. <https://www.iisd.org/system/files/2021-02/multilateral-framework-investment-facilitation-fr.pdf>

⁷⁸ Article 7 de la loi de Kiribati sur l'investissement étranger de 2018.

⁷⁹ L'article 3, paragraphe 2, de la loi sud-coréenne sur la promotion des investissements étrangers, par exemple, accorde aux investisseurs étrangers le droit au traitement national, mais celui-ci est soumis à toute discrimination prévue par d'autres lois.

⁸⁰ Articles 28(1) et (2) de la loi de 2005 sur les investissements étrangers des Îles Salomon.



d'un investisseur dans un seul instrument juridique, notamment parce que l'étendue de ces obligations dépend du type d'investissement réalisé par l'investisseur, et aucun pays ne cherche à le faire. Les obligations des investisseurs se retrouvent plutôt dans toute une série de lois et de réglementations (codes de la construction, loi sur la protection des consommateurs, droit des sociétés, droit du travail, droit de l'environnement et droit fiscal, entre autres), ainsi que dans les contrats auxquels un investisseur est partie. Néanmoins, une minorité significative de lois sur l'investissement impose bel et bien des obligations aux investissements étrangers. Celles-ci vont de prescriptions relatives à la présentation régulière de rapports sur un investissement, comme par exemple dans la loi chinoise sur l'investissement étranger⁸¹, à des obligations formulées de manière plus générale concernant la préservation de l'environnement, telles que celles prévues par la loi zimbabwéenne sur la protection et le développement des investissements.⁸²

- **Suivre et superviser les investissements étrangers.** Dans de nombreux pays en développement, les lois sur l'investissement assument également une fonction de suivi et de supervision. Dans les législations qui remplissent cette fonction, celle-ci est généralement confiée à une agence chargée des investissements. Par exemple, le Code des investissements du Bénin (2020) confère à la Commission de contrôle des investissements la responsabilité de « vérifier la conformité des investissements, le respect des engagements de l'investisseur et d'attester la fin de la période d'installation de l'investisseur ».⁸³

Cette liste des fonctions possibles des lois sur l'investissement n'est pas exhaustive. Par exemple, la CNUCED (2016) identifie une fonction plus large de promotion des investissements qui inclut la promotion d'un pays en tant que destination d'investissement. Cette fonction est parfois confiée aux agences chargées des investissements par le biais des lois sur l'investissement. Bien qu'elle se distingue des fonctions de gestion des incitations et de facilitation de l'investissement, elle partage avec ces dernières le fait d'être orientée vers l'objectif politique consistant à encourager et à attirer les investissements⁸⁴. Néanmoins, les sept fonctions que nous avons choisi de mettre en avant servent à illustrer un point essentiel : les lois sur l'investissement régissent de nombreux types de questions qui se posent à différentes étapes du processus d'investissement.

⁸¹ Article 34 de la loi sur les investissements étrangers. Pour plus de détails, <https://www.china-briefing.com/news/chinas-foreign-investment-information-reporting-system-how-does-it-work/>

⁸² Article 21.

⁸³ Article 9.

⁸⁴ Yackee, J. (2015) Do investment promotion agencies promote bilateral investment treaties? Dans A. Bjorklund (dir.), *Yearbook on international investment law and policy 2013-2014* (pp. 529–552). Oxford University Press, p. 532, décrivant les activités de promotion des investissements généralement réalisées par les agences de promotion des investissements :

Elles s'emploient à renforcer l'image du pays ; elles facilitent l'investissement et sont au service des investisseurs, par exemple en leur fournissant des renseignements et en répondant à leurs questions ; elles s'efforcent de susciter des investissements par le biais de diverses activités de marketing (démarchage direct, publicités, présentations ciblées auprès d'investisseurs potentiels) ; et elles peuvent mener des actions de plaidoyer politique.



La distinction entre les différentes fonctions des lois sur l'investissement ne constitue que la première étape de l'analyse. Pour chacune de ces fonctions se posent également des questions transversales concernant la manière dont la loi sur l'investissement s'intègre dans le système global de lois et d'institutions d'un pays. Parmi les questions clés, l'on peut citer :

- Le champ d'application de la loi sur l'investissement, notamment quels « investisseurs » et « investissements » sont couverts et s'il existe des limites à son application sectorielle ou géographique (par exemple, comme c'est le cas avec les zones économiques spéciales). Le champ d'application approprié d'une loi sur l'investissement dépend de la fonction qu'elle remplit.
- La manière dont la loi sur l'investissement s'articule avec les autres éléments du système juridique d'un État.
- La structure institutionnelle que la loi établit et/ou utilise pour sa propre application et mise en œuvre.

Nous reviendrons à ces questions à la section 4.

3.3 Les contextes plus larges dans lesquels les États adoptent les lois sur l'investissement

Outre la distinction entre les différentes fonctions remplies par les lois sur l'investissement, il importe également de prendre en compte les contextes historiques et institutionnels divergents dans lesquels ces lois sont adoptées. Dans la présente section, nous examinons l'influence du contexte sur l'élaboration de quatre lois sur l'investissement. Le principal enseignement qui ressort de ces études de cas est la diversité des circonstances et des objectifs politiques qui façonnent le contenu et la structure des lois sur l'investissement. Ces facteurs contextuels contribuent à expliquer pourquoi les lois sur l'investissement de différents pays remplissent des fonctions différentes ; ils aident également à comprendre pourquoi des lois qui remplissent des fonctions communes peuvent différer considérablement dans la manière dont elles s'acquittent de ces mêmes fonctions. Ces observations ont des implications pour les États qui envisagent de rédiger une nouvelle loi sur l'investissement ou de modifier leur loi existante, ce que nous examinons à la section 4.

3.3.1 La loi chinoise sur l'investissement : la loi sur l'investissement comme outil de réforme économique nationale

En mars 2019, la Chine a promulgué une nouvelle loi sur les investissements étrangers. Le contenu et le mode de fonctionnement prévu de cette loi ont été précisés dans le règlement d'application de la loi sur les investissements étrangers, publié en décembre 2019.

La loi sur les investissements étrangers remplit plusieurs fonctions. Elle régit avant tout l'admission et l'approbation des nouveaux investissements étrangers. Elle le fait par l'adoption et la formalisation du principe du traitement national préalable à l'établissement, qui est soumis à une liste négative de domaines dans lesquels les investissements étrangers sont



restreints.⁸⁵ La loi prévoit également un examen transversal des investissements pour des raisons de sécurité nationale.⁸⁶ Cela représente un changement majeur dans la manière dont les nouveaux investissements étrangers en Chine sont régis ; auparavant, tous les nouveaux investissements en Chine devaient faire l'objet d'un examen et d'une approbation au cas par cas.⁸⁷ La loi sur les investissements étrangers remplit également plusieurs fonctions supplémentaires, au-delà de la réglementation de l'admission et de l'approbation des nouveaux investissements. Elle traite de la protection des investissements⁸⁸ et de la mise en place de nouveaux mécanismes tant pour le règlement des différends en matière d'investissement⁸⁹ que pour le suivi et la supervision des investissements étrangers.⁹⁰

Pour comprendre la structure et le fond de la loi sur les investissements étrangers, il est important de saisir le rôle que joue cette loi dans le cadre plus large des réformes économiques nationales menées en Chine. À partir de 2013, la Chine a mis à l'essai l'approche de la « liste négative » pour l'admission de nouveaux investissements dans un nombre croissant de zones de libre-échange⁹¹. Ces essais ont été jugés fructueux. Dans ce contexte, le rôle de la loi sur les investissements étrangers était de mettre en œuvre ce changement de politique à l'échelle nationale. Compte tenu de la taille de la Chine, un défi pratique permanent auquel est confronté le gouvernement central en matière de gouvernance des investissements consiste à contrôler l'action des gouvernements infranationaux.⁹² Cette préoccupation spécifique se reflète dans l'ensemble de la loi sur les investissements étrangers à travers des dispositions qui visent spécifiquement les gouvernements infranationaux et précisent que la loi sur les investissements étrangers leur est contraignante.⁹³ Elle se reflète également dans la conception du mécanisme de plainte, qui vise à faciliter la supervision centrale et la rectification de l'action des gouvernements infranationaux non conforme à la loi sur les investissements étrangers⁹⁴.

Des facteurs internationaux ont également contribué à façonner la loi chinoise sur les investissements étrangers. Les préoccupations des États-Unis concernant les transferts de technologie forcés dans le cadre de l'ancien régime d'investissement chinois sont devenues un point de friction majeur dans la guerre commerciale sino-étatsunienne sous la présidence

⁸⁵ Article 4.

⁸⁶ Article 35.

⁸⁷ Kong, Q. (2019). *New Foreign Investment Law is milestone in China's opening-up process*. CGTN. <https://news.cgtn.com/news/3d3d414e32597a4d33457a6333566d54/index.html>

⁸⁸ Chapitre III.

⁸⁹ Article 26, voir également « 外商投资企业投诉工作办法 » [Mesures relatives au traitement des plaintes des entreprises à capitaux étrangers] (République populaire de Chine), ministère du Commerce, 25 août 2020.

⁹⁰ Article 34.

⁹¹ Jie Huang. (2018). *Nationwide regulatory reform starting from China's free trade zones: The case of the negative list of non-confirming measures*, p. 89. <https://academic.oup.com/book/34982/chapter-abstract/298644598?redirectedFrom=fulltext>

⁹² Voir de manière générale Zhenyu Xiao. (2022). *The evolution of the settlement of investor-state disputes in China* (thèse de doctorat), Université de Nouvelle-Galles du Sud.

⁹³ Articles 23, 24 et 25.

⁹⁴ Zhenyu Xiao, *supra* note 92, p. 200.



Trump.⁹⁵ En 2018, tant les États-Unis que l'Union européenne ont introduit des recours contre la Chine auprès de l'OMC concernant des violations présumées par la Chine de ses obligations internationales en matière de protection des droits de propriété intellectuelle. La plupart des observateurs estiment que cette pression internationale a joué un rôle, ne serait-ce que mineur, dans l'élaboration des dispositions de la loi sur les investissements étrangers relatives à la protection des investissements.⁹⁶ Contrairement aux dispositions de protection des investissements que l'on trouve habituellement dans les traités d'investissement, plusieurs dispositions de la loi chinoise sur les investissements étrangers visent spécifiquement à interdire et à prévenir le transfert forcé de technologie.⁹⁷ Ces dispositions reflètent également les considérations nationales identifiées ci-dessus : l'article 22 interdit aux services administratifs de contourner l'interdiction sur le transfert forcé de technologie par des moyens administratifs, tels que le refus d'octroyer les autorisations nécessaires.

3.3.2 La loi sur l'investissement du Myanmar : la loi sur l'investissement comme indicateur d'un changement de régime, et le rôle des conseillers étrangers

La section 2 a montré que les nouvelles lois sur l'investissement sont souvent adoptées lors de changements majeurs du régime politique d'un État. L'on peut citer, à titre d'exemple, les lois sur l'investissement adoptées par de nombreux États africains dans les années 1960, peu après leur indépendance, ainsi que celles adoptées par les anciens États soviétiques suite à la dissolution de l'URSS en 1991.⁹⁸ Bien que la plupart des lois sur l'investissement issues de ces deux vagues de changements politiques aient par la suite été modifiées ou remplacées, les changements politiques et stratégiques de haut niveau constituent un facteur qui continue d'influencer l'élaboration des lois sur l'investissement en vigueur aujourd'hui.

Un autre exemple en est la loi sur l'investissement actuellement en vigueur au Myanmar, promulguée en 2016. À l'instar de la loi chinoise sur les investissements étrangers, cette loi remplit de multiples fonctions, notamment la réglementation de l'admission et de l'approbation des nouveaux investissements, la mise en place d'un système d'incitations à l'investissement, la garantie de la protection des investissements et l'instauration d'un nouveau mécanisme de règlement des différends en matière d'investissement. Deux facteurs contextuels ont joué un rôle majeur dans l'élaboration de cette loi. Le premier était la transition d'un gouvernement aligné sur l'armée vers un régime quasi-démocratique, qui a débuté en 2011.⁹⁹ En 2012, au début de ce processus de transition, le Myanmar a adopté une nouvelle loi sur les investissements étrangers. Par rapport à la loi de 1988 sur les investissements étrangers, la loi de 2012 et les règlements adoptés en vertu de celle-ci

⁹⁵ Zhang, S. (2022). Protection of foreign investment in China: The foreign investment law and the changing landscape. *European Business Organization Law Review*, 23, p. 1055. <https://link.springer.com/article/10.1007/s40804-022-00247-1>

⁹⁶ Zhou, W., Jiang, H., & Kong, Q. (2020). *Technology transfer under China's foreign investment regime: Does the WTO provide a solution?* *Journal of World Trade*, 54(3), p. 470. <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+World+Trade/54.3/TRAD2020021>

⁹⁷ Article 22.

⁹⁸ Voss, *supra* note 42, p. 67.

⁹⁹ À la suite d'un coup d'État en février 2021, le Myanmar est à nouveau sous régime militaire.



reflétaient l'attitude plus positive du nouveau gouvernement à l'égard des investissements étrangers, tant par des dispositions autorisant un pourcentage plus élevé de participation étrangère dans de nombreux secteurs que par l'augmentation des incitations offertes aux investisseurs.¹⁰⁰ L'objectif consistant à signaler une plus grande ouverture aux investissements étrangers a également joué un rôle important dans l'élaboration de la loi sur l'investissement de 2016. Le gouvernement du Myanmar est arrivé à la conclusion que le regroupement des différentes lois régissant les investissements étrangers et nationaux en une seule loi applicable tant aux investisseurs étrangers qu'aux investisseurs nationaux enverrait un signal positif aux investisseurs étrangers, leur indiquant qu'ils seraient probablement traités de manière équitable et non discriminatoire.¹⁰¹ L'objectif politique plus large consistant à attirer davantage d'investissements étrangers s'est également reflété dans le contenu de la nouvelle loi, tant dans le passage à une approche dite de « liste négative » conditionnelle (bien qu'appliquée de manière peu fiable) pour l'approbation des nouveaux investissements que dans le renforcement des dispositions relatives à la protection des investissements.

Un deuxième facteur connexe qui a influencé l'élaboration de la loi sur l'investissement de 2016 est la participation d'experts étrangers. Par exemple, l'idée selon laquelle l'adoption d'une loi unique sur l'investissement couvrant à la fois les investissements nationaux et étrangers enverrait un signal positif aux investisseurs étrangers provenait à l'origine des experts de la Société financière internationale (SFI) qui conseillaient le gouvernement du Myanmar.¹⁰² Elle a ensuite été renforcée par un rapport de l'OCDE publié en 2014. Les conseillers de la SFI ont par la suite joué un rôle important, bien que contesté, dans l'élaboration de la structure et du contenu de la loi sur l'investissement de 2016.¹⁰³ Cette dynamique n'est pas propre au Myanmar. Des experts étrangers ont joué un rôle majeur dans l'élaboration de la structure et du contenu des lois nationales sur l'investissement dans de nombreux autres pays en développement.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Tun, A. H. (2012). *Myanmar state media details new foreign investment law*. Reuters. <https://www.reuters.com/article/us-myanmar-investment-idUSBRE8A204F20121103> ; Morgan, Lewis & Bockius LLP. (2013). *Myanmar's Foreign Investment Law 2012: a short commentary*. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ca12c950-e5a7-4164-b9be-88d46acefd99>

¹⁰¹ Bonnitcha, J. (2017). *Investment laws of the ASEAN states: A comparative review*. IISD. <https://www.iisd.org/publications/report/investment-laws-asean-countries-comparative-review>

¹⁰² Bonnitcha, J. (2022). The impact of investment treaties on the Rule of Law in Myanmar. Dans N. J. Calamita & A. Berman (Ed.), *Investment treaties and the rule of law promise* (pp. 127–165), Cambridge University Press.

¹⁰³ Bonnitcha, J., & Phillips Williams, Z. (2023). The impact of investment treaties on domestic governance in developing countries, *Law & Policy* (à paraître).

¹⁰⁴ Berge, T. L. & St John, T. (2020). Asymmetric diffusion: World Bank 'best practice' and the spread of arbitration in national investment laws. *Review of International Political Economy*, 28(3), 584–610 ; Berge & Fauchald, *supra* note 66.



3.3.3 La loi australienne sur les acquisitions et les prises de contrôle étrangères : le filtrage des investissements comme mécanisme visant à garantir le soutien du public à l'ouverture aux investissements étrangers

L'actuelle loi australienne sur l'investissement, la loi sur les acquisitions et les prises de contrôle étrangères, a été promulguée en 1975. À l'instar de nombreuses lois sur l'investissement en vigueur dans les pays développés, sa seule fonction est de régir l'admission et l'approbation de nouveaux investissements en établissant un cadre pour le filtrage des investissements étrangers. Bien que la loi ait été modifiée à plusieurs reprises, les changements apportés au fil du temps n'ont pas entraîné l'ajout de fonctions supplémentaires.

Tout au long des années 1960 et au début des années 1970, l'Australie a connu un essor économique dans le secteur des ressources naturelles. Cela a entraîné une forte augmentation de la participation étrangère, en particulier dans l'industrie minière. Au milieu des années 1970, la mainmise croissante des étrangers sur les ressources naturelles australiennes est devenue un « sujet politique explosif »,¹⁰⁵ et le gouvernement a adopté une série de mesures administratives visant à restreindre les investissements étrangers entrants.¹⁰⁶ Dans ce contexte, l'adoption de la loi australienne sur l'investissement en 1975 et la création en 1976 du Comité d'examen des investissements étrangers chargé d'administrer cette loi ont marqué un glissement vers un cadre d'investissement **moins** restrictif que les dispositions qui l'avaient immédiatement précédé.¹⁰⁷

En instaurant un cadre permettant de filtrer les investissements étrangers à l'aune du critère de l'« intérêt national », la loi australienne sur l'investissement a contribué à apaiser les inquiétudes du public concernant les investissements étrangers non contrôlés. Cependant, le fonctionnement du mécanisme de filtrage reposant sur le principe selon lequel les investissements étrangers servent généralement l'intérêt national, la grande majorité des projets d'investissement sont finalement approuvés, bien que parfois sous certaines conditions.¹⁰⁸ L'exemple australien illustre l'importance du contexte politique et historique pour comprendre la justification d'une loi qui, hors contexte, pourrait être interprétée comme reflétant une attitude restrictive à l'égard des investissements étrangers.

Bien que cette [loi] ait été perçue par certains observateurs [...] comme restreignant l'accès des investisseurs étrangers au marché australien, l'on peut affirmer de manière convaincante qu'au fil des ans, elle a joué exactement le rôle inverse, en maintenant

¹⁰⁵ Galligan, B. (1987). The regulation of direct foreign investment in the Australian mining sector, *Australian Journal of Political Science*, 22(1), p. 37 <https://doi.org/10.1080/00323268708402012>

¹⁰⁶ Bell, H. F. (1976). Australian government policy in relation to foreign direct investment. *The Australian Quarterly*, 48(1), p. 47–49.

¹⁰⁷ Pour un compte rendu plus détaillé, voir Hundt, D. (2020). The changing role of the FIRB and the politics of Foreign Investment in Australia. *Australian Journal of Political Science*, 55(3), p. 330–331. <https://doi.org/10.1080/10361146.2020.1766415>

¹⁰⁸ Pour les données les plus récentes sur les autorisations d'investissement, voir Trésor du gouvernement australien. (2022). *Quarterly report on foreign investment 1 July–30 September 2022*. https://treasury.gov.au/sites/default/files/2022-12/p2022-344038_1_0.pdf



l'Australie ouverte aux investissements directs étrangers malgré les pressions politiques en faveur d'une plus grande restriction.¹⁰⁹

3.3.4 L'Afrique du Sud : la loi nationale sur l'investissement en tant que substitut partiel des traités d'investissement

La loi sud-africaine de 2015 sur la protection des investissements se distingue quelque peu des autres lois sur l'investissement en ce qu'elle ne régit pas l'admission ou l'approbation de nouveaux investissements étrangers.¹¹⁰ Ses fonctions se limitent à garantir certains niveaux de protection juridique aux investissements et, dans une moindre mesure, à mettre en place un système de médiation des différends en matière d'investissement qui complète le rôle des juridictions nationales.¹¹¹

La loi sur la protection des investissements a été adoptée à un moment où l'Afrique du Sud mettait fin à ses traités bilatéraux d'investissement traditionnels. En 2007, un groupe d'investisseurs italiens a introduit un recours par le mécanisme du RDIE contre l'application de la législation sud-africaine sur la discrimination positive au secteur de l'exploitation minière du granit. Bien que ce recours ait finalement été réglé à l'amiable, cette expérience a suscité de vives inquiétudes au sein de l'État sud-africain quant aux contraintes potentielles que les traités d'investissement pouvaient imposer aux politiques visant à réparer les injustices de l'apartheid. Un examen des traités d'investissement de l'Afrique du Sud mené par le ministère du Commerce et de l'Industrie sur trois années a soulevé de sérieuses préoccupations quant au contenu de ces traités et aux circonstances dans lesquelles ils avaient été adoptés.¹¹² En réponse, en 2012, l'Afrique du Sud a entamé un processus visant à mettre fin à ses anciens traités d'investissement existants.¹¹³ Dans ce contexte, le gouvernement sud-africain a cherché à la fois à rassurer les investisseurs étrangers sur le fait que leurs investissements restaient protégés juridiquement en vertu du droit sud-africain¹¹⁴ et à aligner ces protections sur la Constitution sud-africaine.¹¹⁵ Tant l'orientation que le contenu de la loi sur la protection des investissements reflètent sa fonction prévue, à savoir se substituer en partie à la protection qui avait été fournie par les traités d'investissement traditionnels.

¹⁰⁹ Drysdale, P. (2011). A new look at Chinese FDI in Australia. *China & World Economy*, 19(4), 56. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1749-124X.2011.01250.x>

¹¹⁰ L'article 7, qui traite de l'établissement de nouveaux investissements, n'est inclus que pour préciser que la loi sur la protection des investissements ne traite pas de cette question, qui est régie par d'autres lois.

¹¹¹ Voir l'article 13.

¹¹² Mossallam, M. (2015). *Process matters: South Africa's experience exiting its BITs* (Document de travail GEG 2015/97).

¹¹³ Investment Treaty News. (2012). *Nouvelles en bref*. <https://www.iisd.org/itn/en/2012/10/30/news-in-brief-9/>

¹¹⁴ Mossallam, *supra* note 112, p. 23.

¹¹⁵ Carim, X. (2013). *South Africa and bilateral investment treaties* [Exposé PowerPoint]. Exposé présenté lors de l'événement organisé par la SAIIA intitulé « How Should Foreign Investments Into South And Southern Africa Be Regulated And Protected? » Sandton, 6 septembre 2013. <https://www.saiia.org.za/wp-content/uploads/2015/05/2013-09-06-Pres-Xavier-Carim-SA-BITs-DTI.pdf> ; Forere, M. A. (2018). The new South African Protection of Investment Act: Striking a balance between attraction of FDI and redressing the apartheid legacies. Dans F. Morosini (dir.), *Reconceptualizing international investment law from the Global South*, p. 252.



3.4 Analyse de haut niveau des lois contemporaines sur l'investissement

Dans la présente section, nous proposons une analyse des lois nationales contemporaines sur l'investissement. Cette analyse s'appuie sur deux sources. La première est le « Navigateur des lois sur l'investissement » de la CNUCED, qui constitue la source d'information la plus complète sur les lois nationales sur l'investissement.¹¹⁶ La CNUCED recense 129 économies disposant d'une loi sur l'investissement,¹¹⁷ ainsi que 23 autres pays non inclus dans ce décompte initial mais dotés d'une loi sur le filtrage des investissements, qui s'inscrit également dans notre conception d'une loi sur l'investissement. Nos chercheurs ont ensuite procédé à l'examen d'une sélection de 70 de ces lois sur l'investissement, en se concentrant tout particulièrement sur leurs fonctions. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une sélection représentative, les lois sur le filtrage des investissements et celles pour lesquelles aucune traduction en anglais n'est disponible étant sous-représentées, cet examen donne une idée approximative de la fréquence des différentes dispositions dans les lois sur l'investissement. Nous nous sommes également appuyés sur la classification des lois sur l'investissement réalisé par la CNUCED, accessible via le Navigateur des lois sur l'investissement, comme source d'information complémentaire.

3.4.1 L'admission

Parmi les lois sur l'investissement que nous avons examinées, au moins 60 % portaient sur l'admission et l'établissement de nouveaux investissements. Les approches dites de « liste positive », en vertu desquelles les investissements étrangers ne sont autorisés que dans des secteurs énumérés, sont désormais rares ; notre analyse n'a pas permis d'identifier d'exemples évidents d'approches de ce type à l'heure actuelle.¹¹⁸ Nous avons toutefois recensé une petite minorité de pays qui maintiennent des variantes de l'approche de la liste positive. Citons par exemple la loi fédérale des Émirats arabes unis de 2018 relative aux investissements étrangers, en vertu de laquelle une participation étrangère majoritaire n'est possible que dans les secteurs figurant sur la liste positive¹¹⁹ (il convient également de replacer l'effet concret de cette loi dans le contexte du grand nombre de zones économiques spéciales aux Émirats arabes unis, qui sont généralement plus ouvertes aux investissements étrangers).¹²⁰

¹¹⁶ Il est inévitable de rencontrer des difficultés pour maintenir à jour les renseignements sur les lois nationales, qui font l'objet de modifications et de remplacements constants. Par exemple, en 2021, la Syrie a promulgué une nouvelle loi sur l'investissement, qui ne figure pas dans la base de données de la CNUCED. La base de données ne mentionne pas non plus la loi de 2008 du Turkménistan sur l'investissement étranger, qui a remplacé la loi de 1992 sur l'investissement du Turkménistan.

¹¹⁷ Le terme « économies » reflète le fait que ce décompte inclut le Kosovo, la Palestine et Taïwan.

¹¹⁸ En 2016, la CNUCED a recensé « neuf lois, principalement en Afrique », qui adoptent une approche par liste positive (CNUCED, *supra* note 72, p. 5). Nous n'avons pu identifier avec certitude aucune de ces lois, bien qu'il soit possible que de nombreux pays, tels que la Chine, aient depuis modifié leur approche.

¹¹⁹ Articles 6 et 10 de la loi fédérale par décret n° (19) de 2018 relative aux investissements directs étrangers, Émirats arabes unis.

¹²⁰ Nous remercions Georgios Dimitropoulos pour cette précision.



Les approches fondées sur une liste négative, selon lesquelles les investissements étrangers sont autorisés dans tous les secteurs à l'exception de ceux expressément désignés comme soumis à des restrictions ou interdits aux investissements étrangers, sont plus courantes et gagnent en popularité.¹²¹ Par exemple, le Vietnam a adopté une approche fondée sur une liste négative dans sa nouvelle loi sur l'investissement, adoptée en 2020.¹²²

Même parmi les États qui adoptent une approche fondée sur une liste négative, l'on observe des différences notables tant au niveau du contenu de la liste des secteurs « interdits » et « soumis à restriction » qu'au niveau des modalités de gestion des autorisations d'investissement. Par exemple, en vertu de la loi sur l'investissement du Myanmar, les investissements dans les secteurs ouverts aux investissements étrangers ne nécessitent pas l'autorisation de la Commission d'investissement du Myanmar. Toutefois, dans la pratique, l'autorisation de la Commission des investissements sous la forme d'un « aval » reste nécessaire pour exercer des activités dans le pays et constitue une condition formelle à l'octroi des baux et des incitations à l'investissement sur lesquels se fondent généralement les investissements.¹²³ En revanche, en vertu de la loi chinoise sur les investissements étrangers, l'autorisation des investissements, tant dans les secteurs restreints que dans les secteurs ouverts, n'est pas délivrée par une agence centralisée chargée des investissements, mais par les ministères compétents et les administrations locales.¹²⁴ Cette autorisation reste soumise aux conditions et restrictions qui s'appliquent aux investisseurs chinois sur la base du traitement national.

Il existe également des différences importantes entre les régimes d'entrée qui se contentent de vérifier le respect des prescriptions réglementaires, et ceux dans lesquels le pouvoir discrétionnaire quant à l'opportunité d'un investissement est confié à un décideur, comme c'est généralement le cas dans le cadre des régimes de filtrage des investissements. Un exemple du premier type est l'article 15 de la loi népalaise sur les investissements étrangers et le transfert de technologie (2019), qui semble exiger que les nouveaux investissements étrangers obtiennent l'autorisation préalable de l'organisme d'approbation des investissements étrangers. Toutefois, la loi impose à l'Organisme d'approbation des investissements étrangers d'approuver l'investissement dans un délai de sept (07) jours si tous les documents constituant la demande ont été remplis selon la forme requise. Les lois de filtrage des investissements des pays développés adoptent généralement une approche différente. La position par défaut requiert généralement des investisseurs étrangers potentiels qu'ils notifient leur intention de réaliser des investissements répondant à certains « critères déclencheurs ». Ces investissements doivent alors être approuvés, à moins que l'organisme de filtrage ne prenne activement des mesures pour les interdire dans un délai déterminé. La décision d'interdire ou d'imposer des conditions à l'investissement proposé implique généralement l'application de critères abstraits par le décideur, tels que la « sécurité nationale » ou « l'intérêt national ».¹²⁵

¹²¹ CNUCED, *supra* note 72.

¹²² Scoles, S., & Solomon, M. (2020). *Key outcomes for foreign investors in Vietnam's new law on investment*. White & Case. <https://www.whitecase.com/insight-alert/key-outcomes-foreign-investors-vietnams-new-law-investment>.

¹²³ Entretien n° 8, cité dans Bonnitcha, *supra* note 102.

¹²⁴ Articles 4, 6 et 7.

¹²⁵ Pour plus de détails, voir la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *supra* note 36 ; voir également Bonnitcha, *supra* note 40.



Comme indiqué, dans certains régimes d'autorisation des investissements, l'autorisation d'un projet d'investissement est réputée accordée à l'expiration d'un délai déterminé. Par exemple, en vertu de l'article 7 du Code des investissements du Burkina Faso, les nouveaux investissements nécessitent l'autorisation du ministre de l'Industrie, mais cette autorisation est réputée accordée si aucune réponse n'est donnée à la demande d'autorisation dans un délai de trois mois. Si ces délais visent à encourager l'évaluation rapide des demandes, la possibilité que des projets soient approuvés par défaut présente des risques particuliers pour les pays en développement, qui peuvent disposer de capacités administratives limitées pour examiner et évaluer les demandes. Ces délais sont particulièrement problématiques lorsque le processus d'autorisation d'investissement recoupe d'autres procédures réglementaires, comme par exemple la soumission et l'examen des études d'impact environnemental et social.

3.4.2 Les incitations

Au moins 80 % des lois sur l'investissement que nous avons examinées portaient sur des incitations fiscales à l'investissement. Bien que la classification de la CNUCED suggère que les dispositions relatives aux incitations soient un peu moins courantes,¹²⁶ l'on en trouve dans une nette majorité des lois sur l'investissement. Au cours des dernières décennies, le consensus en matière de politique économique s'est nettement détourné du bien-fondé de certaines catégories d'incitations fiscales. Les risques politiques associés aux incitations fiscales comprennent le risque d'épuiser les fonds publics pour soutenir des investissements qui auraient de toute façon été réalisés, ainsi que le risque que l'accent mis sur l'environnement fiscal détourne l'attention de réformes plus importantes de l'environnement économique et réglementaire, qui auraient des avantages plus généralisés. À ce titre, il s'agit d'un domaine potentiel de réforme.

Les régimes d'incitations mis en œuvre en vertu des lois nationales sur l'investissement présentent des variations importantes, par exemple, en ce qui concerne les secteurs éligibles à l'octroi d'incitations fiscales, la diversité et la valeur de ces incitations, ainsi que le contexte fiscal général dans lequel elles s'inscrivent. Les régimes d'incitations établis en vertu des lois sur l'investissement reflètent également toute une série de choix moins évidents en matière de conception du système. Par exemple, en vertu de la loi sur l'investissement du Bénin,

- les investisseurs nationaux et étrangers peuvent tous bénéficier d'incitations fiscales ;¹²⁷
- l'octroi d'incitations fiscales à un projet éligible semble relever d'une décision discrétionnaire, par opposition à une attribution automatique aux projets qui satisfont aux critères d'éligibilité ;¹²⁸ et
- la durée maximale des incitations fiscales dépend de l'importance de l'investissement en question.¹²⁹

¹²⁶ La classification de la CNUCED recense 80 lois sur l'investissement comportant des dispositions relatives aux incitations.

¹²⁷ Article 4.

¹²⁸ Article 32.

¹²⁹ Article 29.



Ce ne sont là que quelques-unes des caractéristiques que les États devraient prendre en considération lorsqu'ils évaluent l'opportunité d'intégrer ou de modifier un système d'incitations à l'investissement dans le cadre d'une loi nationale sur l'investissement.

3.4.3 La facilitation des investissements

Une minorité non négligeable des lois sur l'investissement que nous avons examinées traite de la facilitation des investissements, entendue au sens spécifique de la suppression des obstacles pratiques à l'investissement.¹³⁰ De telles dispositions sont plus courantes dans les lois des pays en développement et impliquent généralement l'octroi de pouvoirs à une agence chargée des investissements. Citons par exemple la loi nigériane de 1995 sur la Commission de promotion des investissements, qui confère toute une série de fonctions à la Commission nigériane de promotion des investissements, notamment celles de

(d) recueillir, rassembler, analyser et diffuser des renseignements sur les possibilités d'investissement et les sources de capitaux d'investissement, et de fournir, sur demande, des conseils quant à la disponibilité, au choix ou à l'adéquation des partenaires dans le cadre de projets de coentreprise ;

...

(j) aider les investisseurs entrants et existants en leur fournissant des services d'appui.

Dans de tels cas, la loi sur l'investissement elle-même fournit relativement peu d'informations sur la manière dont une agence exerce ces fonctions dans la pratique. Pour comprendre comment les agences chargées des investissements s'acquittent de leur fonction de facilitation de l'investissement, il convient d'examiner les règlements et les politiques adoptés en vertu de la loi sur l'investissement, ainsi que de se pencher sur les pratiques quotidiennes de l'agence concernée.

Les lois sur l'investissement visent également à faciliter les investissements par la mise en place de guichets uniques pour les autorisations et les permis relatifs aux investissements étrangers. Ces guichets uniques traitent de questions qui vont au-delà des autorisations liées à l'admission de nouveaux investissements ; ils visent généralement à simplifier le processus d'obtention des autorisations et des permis délivrés par d'autres ministères ou agences concernant le développement et l'exploitation des investissements, ce qui peut inclure les autorisations d'utilisation des sols, les permis de construire, les visas, etc. Les avantages et les problèmes liés à la création et au fonctionnement de ces guichets uniques ont été examinés en détail dans la littérature spécialisée sur la facilitation de l'investissement.¹³¹

Selon la classification de la CNUCED, 20 % des lois sur l'investissement prévoient la création d'un guichet unique. La loi sur l'investissement de l'Éthiopie, par exemple, stipule que la Commission éthiopienne des investissements « fournira des services de guichet unique aux

¹³⁰ La classification de la CNUCED recense 13 lois qui remplissent cette fonction, bien que leur conception de la facilitation de l'investissement ne corresponde pas exactement à la nôtre.

¹³¹ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. (2017). *Menu d'action mondial pour la facilitation des investissements*. <https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/Action%20Menu%2001-12-2016%20FR.pdf>



investisseurs auxquels elle a délivré des permis d'investissement en vertu de la présente loi ; elle coordonnera les agences concernées et harmonisera leurs activités quotidiennes ». ¹³² De même, l'article 26 de la loi indonésienne relative à l'investissement prévoit la création d'un « service intégré à guichet unique » chargé « d'aider les investisseurs à bénéficier de services pratiques, de facilités fiscales et d'informations sur l'investissement ». En Indonésie, il n'existe pas de prescription générale d'autorisation pour les investissements dans les secteurs désignés comme ouverts aux investissements étrangers en vertu de la nouvelle liste des investissements, ¹³³ mais toute une série de licences sera généralement requise, en fonction du secteur concerné. En vertu des règlements présidentiels adoptés au titre de l'article 26, le Conseil indonésien de coordination des investissements gère un portail de « soumission unique en ligne » destiné à centraliser et à faciliter le processus d'obtention d'un grand nombre de ces licences. ¹³⁴

3.4.4 Garantir la protection juridique des investissements

Environ 70 % des lois sur l'investissement que nous avons examinées garantissent une protection juridique aux investisseurs. Les protections les plus courantes étaient les garanties d'indemnisation en cas d'expropriation et les garanties (souvent assorties de conditions) de libre transfert des fonds liés aux investissements. Cela correspond globalement à la classification de la CNUCED. La CNUCED recense cent-trois (103) lois sur l'investissement (sur 152) comportant des dispositions relatives au libre transfert de fonds. Il s'agit de la disposition de protection des investissements la plus courante dans les lois nationales sur l'investissement, et d'une disposition dont la structure interne présente un degré de similitude relativement élevé : la plupart établissent le principe fondamental selon lequel les fonds liés à un investissement peuvent être transférés hors du pays en monnaie librement convertible, mais subordonnent ce droit à des conditions et/ou à des exceptions. ¹³⁵ Les dispositions relatives à l'indemnisation en cas d'expropriation sont également courantes, puisqu'on les retrouve dans un peu plus de 60 % de l'ensemble des lois sur l'investissement. Il existe toutefois des différences importantes dans le libellé de ces dispositions. Certaines intègrent dans le droit national la norme d'indemnisation « rapide, adéquate et effective », que les pays occidentaux considèrent depuis longtemps comme la norme de droit international coutumier en matière d'indemnisation. D'autres adoptent des normes différentes, peut-être en raison d'efforts visant à assurer la cohérence avec les normes juridiques nationales en matière d'indemnisation. ¹³⁶

Un nombre plus restreint de textes (un peu moins de la moitié des lois sur l'investissement que nous avons examinées) garantissait le traitement national aux investisseurs **étrangers**. Là encore, l'on observe des différences très marquées entre ces lois, tant en ce qui concerne

¹³² Article 24.

¹³³ Règlement présidentiel n° 10 de 2021. Pour un commentaire, voir Dawborn, D., Tang, V., Arwiko, T. & Ayuantrie, R. (2021). *Indonesia's new investment list increases FDI opportunities for foreign investors*. Hiswara Bunjamin & Tandjung. <https://www.hbtlaw.com/insights/2021-03/indonesias-new-investment-list-increases-fdi-opportunities-foreign-investors>

¹³⁴ <https://oss.go.id/en>

¹³⁵ CNUCED, *supra* note 72, p. 8.

¹³⁶ CNUCED, *supra* note 72, p. 7. La loi sud-africaine sur la protection des investissements, par exemple, se contente de renvoyer à la norme constitutionnelle sud-africaine en matière d'expropriation et d'indemnisation.



la portée de la garantie de traitement national que les exceptions auxquelles elle est soumise. L'article 8 de la loi albanaise sur les investissements étrangers, par exemple, dispose que « l'investisseur étranger jouit des mêmes droits et obligations que l'investisseur albanais, sauf dans les cas prévus par la loi ». Cela confirme la position par défaut dans la plupart des pays, selon laquelle les lois d'application générale, telles que le droit de l'environnement, le droit des sociétés, le droit du travail, le droit des contrats, etc., s'appliquent de manière égale aux investisseurs nationaux et étrangers opérant dans le pays, sauf dans la mesure où ces lois en disposent expressément autrement. L'article 2 de la loi péruvienne sur l'investissement va plus loin, en prévoyant le traitement national sous réserve uniquement des exceptions prévues par la Constitution et par la loi sur l'investissement elle-même. L'article 8 de la loi sud-africaine sur l'investissement comprend une garantie générale de traitement national, sous réserve d'une série d'exceptions spécifiques, notamment en matière de marchés publics, de subventions et de mesures d'action positive prises pour remédier à la discrimination et aux désavantages historiques.

Il est encore rare que les lois nationales sur l'investissement prévoient l'ensemble des garanties d'investissement que l'on trouve habituellement dans les traités d'investissement. Par exemple, selon les chiffres de la CNUCED, seules 13 lois sur l'investissement contiennent des dispositions relatives au traitement juste et équitable, soit un peu moins de 10 % des lois. L'article 12 du Code des investissements du Burkina Faso (2018) en est un exemple. Le fait que de telles dispositions soient relativement rares reflète le fait que d'autres parties du cadre juridique national traitent généralement des questions d'équité procédurale et de responsabilité de l'État de manière beaucoup plus précise qu'une simple promesse générale de traitement juste et équitable. Les dispositions relatives à la nation la plus favorisée ne figurent pratiquement jamais dans les lois nationales sur l'investissement, ce qui reflète le fait que ces lois sont des instruments unilatéraux plutôt que bilatéraux.

D'autres dispositions potentiellement problématiques semblent plus courantes dans les lois sur l'investissement que dans les traités d'investissement. Par exemple, bon nombre des lois sur l'investissement adoptées par les anciens États soviétiques nouvellement indépendants contiennent des clauses de stabilisation assorties de réserves qui protègent les investisseurs contre les modifications ultérieures de la législation en matière d'investissement. De telles clauses suscitent des inquiétudes particulières lorsqu'elles sont associées au consentement au RDIE, car elles peuvent empêcher des changements juridiques nécessaires au fil du temps, par exemple, des modifications des cadres réglementaires ou de la tarification du carbone indispensables pour relever le défi du changement climatique. Même dans ce domaine, cependant, le libellé des lois sur l'investissement présente des variations et des nuances. L'article 10 de la loi azerbaïdjanaise sur l'investissement étranger (1992) protège les investissements étrangers contre les modifications législatives pendant 10 ans à compter de la date de l'investissement, mais exclut les modifications législatives visant la protection de l'environnement. La loi mongole sur l'investissement (2013) autorise la stabilisation, mais uniquement en matière fiscale ; elle établit un système spécial pour la gérer par l'octroi de certificats de stabilisation.¹³⁷

¹³⁷ Chapitre V.



3.4.5 Le règlement des différends

Près de 70 % des lois sur l'investissement que nous avons examinées traitaient expressément du règlement des différends en matière d'investissement. Cependant, elles le faisaient de diverses manières. Premièrement, les lois sur l'investissement peuvent créer de nouvelles institutions nationales destinées à prévenir ou à résoudre les différends en matière d'investissement, comme c'est le cas des lois de la Chine et du Myanmar, évoquées plus haut.¹³⁸ Deuxièmement, les lois nationales sur l'investissement peuvent clarifier la relation entre les tribunaux nationaux et les procédures juridictionnelles internationales, notamment le RDIE. Elles peuvent le faire de diverses manières :

- En affirmant la primauté des juridictions nationales. Le Code des investissements de Djibouti (1984) en est un exemple.¹³⁹
- En reconnaissant la validité du RDIE en principe, sous réserve d'un accord spécifique entre l'entité publique concernée et l'investisseur, prévoyant le consentement des deux parties. La loi turque sur les investissements étrangers (2003) en est un exemple.¹⁴⁰
- En accordant le consentement préalable au RDIE au nom de l'État. Par exemple, l'article 18(2) de la loi du Kirghizistan a été interprété comme accordant le consentement implicite de l'État au RDIE dans tout différend entre un investisseur étranger et un organisme public. Selon le décompte de la CNUCED, 55 lois sur l'investissement, soit une minorité significative, entrent dans cette dernière catégorie, bien que des ambiguïtés dans leur rédaction laissent planer une réelle incertitude quant à savoir si un tribunal RDIE les interpréterait comme accordant un consentement.

3.4.6 Les obligations des investisseurs

Les lois sur l'investissement ne constituent qu'une partie du cadre juridique national régissant les investissements dans un État. Quel que soit le contenu de la loi sur l'investissement d'un État, les investisseurs restent généralement soumis aux lois d'application générale relatives à leurs activités : droit des sociétés, droit du travail, droit de l'environnement, lois régissant la propriété foncière et le régime foncier, lois régissant le stockage et l'utilisation des données, pour n'en citer que quelques-unes. Pour éviter toute ambiguïté, certaines lois sur l'investissement précisent que tel est bien le cas. Par exemple, l'article 6 de la loi chinoise sur l'investissement étranger stipule : « Les investisseurs étrangers et les entreprises à capitaux étrangers exerçant des activités d'investissement sur le territoire chinois doivent respecter les lois et réglementations chinoises, et ne doivent pas porter atteinte à la sécurité de la Chine ni nuire à l'intérêt public ».

¹³⁸ Pour une analyse plus approfondie de la conception et du fonctionnement des agences de prévention et de gestion des différends en matière d'investissement, voir : Bonnitche, J., & Williams, Z. (2022). *Investment dispute prevention and management agencies: Toward a more informed policy discussion*. IISD. <https://www.iisd.org/publications/investment-dispute-prevention-and-management-agencies>. Il est toutefois important de noter que ces agences ne sont pas toujours créées en vertu des lois nationales sur l'investissement.

¹³⁹ Article 43.

¹⁴⁰ Article 3(e).



D'autres lois sur l'investissement mettent en avant des domaines spécifiques du droit national auxquels les investisseurs doivent se conformer. Par exemple, l'article 18(e) de la loi angolaise sur l'investissement privé (2018) impose aux investisseurs de respecter les obligations environnementales nationales.¹⁴¹

Au-delà de la simple réaffirmation de l'obligation pour les investisseurs de se conformer à la législation nationale applicable, les obligations les plus courantes semblent être celles relatives à la tenue des registres et à la communication de renseignements. L'article 13 de la loi fédérale des Émirats arabes unis relative aux investissements directs étrangers (2018), par exemple, impose aux investisseurs étrangers l'obligation de tenir une comptabilité régulière et de rendre compte au Comité de l'investissement direct étranger. Une disposition d'un autre type figure dans la loi égyptienne sur l'investissement, qui confirme la possibilité pour les investisseurs de choisir, à leur discrétion, d'affecter un pourcentage de leurs bénéfices au développement social et autorise le ministre compétent à établir une liste reconnaissant les investisseurs qui agissent ainsi.¹⁴² Un petit nombre de lois sur l'investissement imposent aux investisseurs des obligations générales qui vont au-delà de ce qui est prévu ailleurs dans le cadre juridique national. L'article 21 de la loi sur la protection et le développement des investissements du Zimbabwe,¹⁴³ par exemple, impose à tous les investisseurs l'obligation de veiller à ce que « les produits fabriqués, les travaux réalisés et les services fournis par eux soient conformes aux normes nationales et internationales ».¹⁴⁴

3.4.7 Le suivi et la supervision des investissements

Une dernière fonction remplie par certaines lois sur l'investissement, qui a jusqu'à présent fait l'objet de relativement peu d'attention, est celle du suivi et de la supervision des investissements. Cela s'explique en partie par le fait que cette fonction ne semble pas être la principale fonction de nombreuses lois sur l'investissement. Cependant, cela peut également s'expliquer par le fait que cette fonction est plus difficile à cerner à partir d'une analyse textuelle des dispositions juridiques ; le fonctionnement de tout système de suivi dépend autant des pratiques administratives que des pouvoirs conférés par la loi. Dans la classification de sa base de données en ligne, la CNUCED ne cherche pas à identifier les dispositions des lois sur l'investissement remplissant cette fonction et, dans le cadre des recherches menées en interne à l'Institut international du développement durable (IISD), nous avons eu du

¹⁴¹ La classification des lois sur l'investissement établie par la CNUCED recense les obligations des investisseurs relatives à toute une série de domaines spécifiques qui, à y regarder de plus près, n'imposent aux investisseurs étrangers aucune obligation allant au-delà du respect du droit national. Nous considérons les obligations des investisseurs comme un domaine de recherche futur permettant de distinguer les différents types d'obligations ; une fois ces recherches conclues, il sera alors possible de communiquer des chiffres plus significatifs, par exemple concernant le nombre de lois imposant aux investisseurs des obligations qui ne figurent nulle part ailleurs dans le droit national.

¹⁴² Article 15, Loi sur l'investissement en Égypte (2017) ; voir également le règlement d'application de la loi sur l'investissement n° 72, chap. II, art. 2 et 3 <https://www.gafi.gov.eg/English/StartaBusiness/Laws-and-Regulations/PublishingImages/Pages/BusinessLaws/law%20no.72.pdf>

¹⁴³ Article 21.

¹⁴⁴ Emphase ajoutée.



mal à définir une méthode permettant d'identifier de manière fiable les dispositions liées à cette fonction.

Cela dit, les dispositions de certaines lois sur l'investissement laissent entendre que la loi exerce certaines fonctions de suivi et de supervision. Par exemple, la loi sur l'investissement du Myanmar précise que les compétences de la Commission d'investissement du Myanmar comprennent notamment les éléments suivants :¹⁴⁵

vérifier si l'investisseur et son investissement respectent la présente loi ainsi que ses règles, règlements, notifications, ordonnances, directives et procédures, ainsi que les dispositions contenues dans les contrats, et, dans le cas contraire, veiller à ce que l'investisseur s'y conforme et prendre des mesures à l'encontre de l'investisseur et de ses investissements qui ne respectent pas ces dispositions, conformément à la législation.

De manière plus générale, les lois sur l'investissement qui imposent aux investisseurs l'obligation de rendre compte à une agence chargée des investissements (ou à un organisme similaire) prévoient potentiellement que cette agence joue un rôle dans la supervision et la vérification du respect de la législation nationale. Dans les pays où les capacités administratives sont faibles, les agences chargées des investissements peuvent jouer un rôle disproportionné dans la réglementation économique, car elles interagissent directement avec les investisseurs étrangers. Il s'agit là d'un domaine important qui mérite des recherches plus approfondies.

¹⁴⁵ Article 25(k).



4.0 Le futur : quels enseignements pouvons-nous tirer aux fins de la conception et de la mise en œuvre des lois sur l'investissement ?

MESSAGES CLÉS

- De nombreux gouvernements partagent le même objectif général : promouvoir le développement durable. Les gouvernements peuvent adapter les fonctions et le contenu de leur législation en matière d'investissement afin qu'elle contribue à la réalisation de cet objectif.
- Il n'existe pas de modèle unique pour les lois sur l'investissement : leur fonction, leur structure et leur contenu varient.
- Les lois sur l'investissement peuvent être repensées pour répondre à de nouveaux défis et opportunités et pour refléter les priorités actuelles de la gouvernance nationale et internationale des investissements.
- Toute refonte des lois sur l'investissement doit commencer par une clarification de leurs fonctions prévues et de la manière dont la loi doit remplir chacune de ces fonctions, en tenant compte des éléments suivants :
 - Certaines fonctions actuellement exercées par les lois nationales sur l'investissement pourraient être mieux gérées par d'autres instruments ou outils.
 - De nouvelles fonctions peuvent être attribuées aux lois sur l'investissement afin de jeter les bases ou de combler les lacunes sur des questions émergentes.
- Une loi sur l'investissement n'est pas nécessairement indispensable dans toutes les circonstances. Dans certains contextes, les investissements peuvent être mieux régis par une combinaison de lois d'application générale et de lois sectorielles plutôt que par une loi sur l'investissement.

Comme indiqué au début du présent document, diverses circonstances peuvent amener un gouvernement à réexaminer sa législation en matière d'investissement. Il peut s'agir, entre autres, d'une réévaluation des incitations fiscales prévues par la loi, de l'expérience d'un différend coûteux en matière d'investissement, des recommandations d'une organisation internationale, de l'élaboration de nouveaux cadres régionaux ou internationaux en matière d'investissement, de la nécessité de refléter de nouveaux objectifs de politique d'investissement, ou encore de préoccupations liées à la sécurité nationale. Quelle que soit la motivation, cela peut constituer une occasion de mener une réflexion plus large sur les objectifs, les fonctions et le contenu de la loi sur l'investissement.



Plusieurs pays ont révisé leur législation en matière d'investissement au cours des dix dernières années, tandis que d'autres ont entamé un processus de révision ou l'envisagent.¹⁴⁶ Bien que ces réformes varient et reflètent les contextes très différents dans lesquels elles s'inscrivent, la présente section met en évidence les enjeux et considérations sous-jacents communs auxquels les décideurs politiques sont confrontés lorsqu'ils entreprennent la révision d'une loi sur l'investissement.

Avant d'envisager la réforme ou l'adoption d'une loi sur l'investissement, les décideurs politiques devraient, dans un premier temps, clarifier l'objectif ultime que cette loi vise à atteindre. Pour la plupart des États, cet objectif consistera à promouvoir le développement durable. Les États devraient veiller à ce que cet objectif ultime soit explicitement reconnu dans la loi, à la fois comme un outil facilitant l'interprétation et la mise en œuvre de la loi, et comme un signal adressé aux investisseurs et aux autres parties prenantes.¹⁴⁷ Afin de contribuer à la réalisation de leur objectif ultime de promotion du développement durable, les décideurs politiques peuvent définir des objectifs intermédiaires sous forme de priorités politiques. Ces objectifs spécifiques pourraient inclure la promotion des investissements dans des secteurs prioritaires, veiller à ce que les investissements soient réglementés de manière appropriée et faciliter la coordination au sein du gouvernement.

La traduction de leurs objectifs en pratique constitue une étape clé pour les décideurs politiques. Comment les décideurs politiques devraient-ils concevoir et rédiger une loi sur l'investissement afin d'atteindre leurs objectifs ? Nous recommandons aux décideurs politiques de se concentrer sur les fonctions pour relever ce défi. Les décideurs politiques devraient identifier les fonctions que la loi est censée remplir, puis réfléchir à la manière dont ces fonctions s'articulent avec des objectifs politiques spécifiques ainsi qu'avec l'objectif global de promotion du développement durable.

Une fois que les fonctions visées par la loi ont été définies, l'étape suivante consiste à s'assurer que l'approche générale et le contenu spécifique de la loi soient conçus pour remplir ces fonctions. L'approche et le contenu doivent être examinés avec soin afin de garantir que la loi sur l'investissement soit adaptée à son objectif et contribue véritablement au développement durable. À cette fin, la présente section aborde les considérations relatives à chacune des sept fonctions des lois sur l'investissement identifiées dans la section précédente.

Ce processus par étape est pertinent pour les pays qui élaborent une nouvelle loi sur l'investissement, ceux qui réforment ou révisent leur législation existante, ainsi que ceux qui

¹⁴⁶ Depuis 2015, environ 121 mesures de politique d'investissement ont été adoptées chaque année à l'échelle mondiale. Malgré les différentes approches, les tendances récentes montrent que tant les pays en développement que les pays développés s'emploient activement à réviser leurs lois sur l'investissement. Voir Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. (2022). *Rapport sur l'investissement dans le monde : les réformes de la fiscalité internationale et l'investissement durable*, p. 56. <https://unctad.org/publication/world-investment-report-2022>. Voir également Olaoye, K., & Sornarajah, M. (2023). Domestic investment laws, international economic law, and economic development. *World Trade Review*, 22(1), 109–132.

¹⁴⁷ Selon la CNUCED, en 2016, seules 13 des 111 lois faisaient explicitement référence au concept de « développement durable » dans leur préambule. Voir Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. (2016). *Investissement laws, a widespread tool for the promotion and regulation of foreign investment*. Investment Policy Monitor, p. 4. <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/155/investmentlaws-a-widespread-tool-for-the-promotion-and-regulation-of-foreign-investment>



ne procèdent pas actuellement à une révision de leur législation. Veiller à ce qu'une loi sur l'investissement contribue au développement durable et remplisse les fonctions auxquelles elle est destinée est une tâche permanente ; pour les pays qui ne procèdent pas actuellement à une révision de leur législation, les questions et les orientations ci-dessous peuvent inciter les décideurs politiques à porter un regard neuf sur leur loi sur l'investissement, voire à engager une révision ou une réforme.

4.1 Les raisons de repenser les lois sur l'investissement

L'évolution des lois sur l'investissement décrite aux sections 2 et 3 montre que de nombreux pays ont réformé leur législation au fil du temps. La présente section expose trois raisons pour lesquelles les pays pourraient souhaiter les repenser à nouveau aujourd'hui, en particulier les pays en développement, qui ont traditionnellement été les principaux moteurs de l'innovation dans le domaine des lois sur l'investissement et qui sont également exposés à des risques accrus découlant de lois obsolètes, puisqu'ils se trouvent en première ligne face à de multiples crises mondiales complexes.

Premièrement, les lois sur l'investissement devraient être réformées à la lumière des défis et des opportunités du XXI^e siècle. Les lois sur l'investissement ont souvent vu le jour en période de bouleversements, notamment pour favoriser une plus grande cohérence, combler les lacunes des cadres juridiques existants ou relever des défis politiques urgents liés au développement.

Les lois sur l'investissement peuvent être considérées comme un outil permettant aux États de relever les grands défis actuels, tels que le changement climatique, les inégalités entre les sexes et les questions de santé publique. Pour que l'investissement contribue à relever ces défis, il incombe aux États de veiller à ce que leurs lois en la matière soutiennent leurs ambitions, tout en reconnaissant que ces lois ne constituent pas une panacée, mais seulement l'un des éléments d'une réponse politique plus large à ces défis. Les lois sur l'investissement peuvent également être considérées comme un outil aidant les États à mettre en œuvre de nouvelles normes ou politiques dans des domaines tels que les entreprises et les droits humains, le financement climatique et l'impôt minimum mondial. Les évolutions mondiales dans ces domaines peuvent amener les États à actualiser leurs lois sur l'investissement ou, à tout le moins, à les réévaluer.

Deuxièmement, les lois sur l'investissement devraient être réformées afin de s'adapter à leurs contextes nationaux plus larges et dynamiques. Comme le montre la section 3.3 à travers les exemples de l'Afrique du Sud, de l'Australie, de la Chine et du Myanmar, les États adoptent ou réforment leurs lois sur l'investissement dans des contextes variés, pour des raisons diverses, et cette diversité de circonstances et d'objectifs politiques façonne les lois qui en résultent. Différentes fonctions sont pertinentes selon les contextes nationaux ou à différents moments. Les lois sur l'investissement constituent un outil de politique intérieure et devraient s'adapter au contexte national plus large, y compris aux objectifs politiques spécifiques du pays.

Enfin, les lois sur l'investissement devraient être réformées afin de réduire les risques juridiques. Des lois mal conçues peuvent engendrer des risques juridiques importants, en



particulier si leurs fonctions incluent la protection des investissements et le règlement des différends. Les risques associés à ces fonctions peuvent refléter ceux posés par les traités d'investissement traditionnels, surtout si la loi prévoit un consentement préalable au RDIE. D'autres risques s'apparentent à ceux que l'on retrouve dans les contrats investisseur-État déséquilibrés, tels que les clauses de stabilisation trop larges ou les incitations fiscales contre-productives. Si ces risques ne sont pas réduits, cela peut entraîner des différends coûteux en matière d'investissement, une perte de recettes fiscales et une restriction excessive de la marge de manœuvre dont dispose l'État pour régler dans l'intérêt public.

4.2 Questions d'orientation pour repenser les lois sur l'investissement

Les décideurs politiques qui réévaluent leurs lois sur l'investissement peuvent trouver utile le cadre décisionnel suivant. Ce cadre ne recommande pas de conception ou de contenu juridique spécifique, et ne présuppose pas non plus qu'une loi sur l'investissement soit nécessaire ou appropriée en toutes circonstances. Il consiste plutôt en une série de questions que les décideurs politiques sont invités à examiner et à analyser en interne ; son objectif est d'encourager les décideurs à se poser les bonnes questions, dont les réponses dépendront du contexte national et de leurs objectifs politiques.

4.2.1 Les fonctions attribuées à la loi sur l'investissement existante sont-elles toujours pertinentes ?

Si un pays dispose déjà d'une loi sur l'investissement, toute démarche de révision devrait commencer par une évaluation des fonctions prévues et réelles de cette loi. Pour répondre à cette première question, les gouvernements pourraient se poser les sous-questions suivantes :

- **Quelles sont les fonctions prévues de la loi sur l'investissement ?** Il est essentiel de bien cerner ces fonctions prévues pour déterminer si : a) la loi remplit ces fonctions et b) si ces fonctions restent pertinentes aujourd'hui.
- **Quelles sont les réelles fonctions de la loi sur l'investissement ?** Quel rôle joue-t-elle dans la pratique, et pas seulement sur le papier ? La loi sur l'investissement remplit-elle des fonctions non prévues ?
 - La loi peut remplir des fonctions non prévues qui méritent d'être officialisées car elles sont utiles et importantes, ou bien remplir des fonctions indésirables et non prévues. Par exemple, une agence chargée des investissements peut jouer un rôle important dans la pratique, mais ses pouvoirs ne sont pas officialisés ou suffisamment clairs dans la loi sur l'investissement en vigueur.
- **Les fonctions réelles prévues de la loi sont-elles toujours nécessaires dans les contextes nationaux et internationaux actuels ?**
 - Une fonction a pu être essentielle et légitime dans un contexte passé, mais n'est plus pertinente aujourd'hui. Par exemple, les réformes de la législation fiscale ou le processus de négociation des contrats entre investisseurs et États peuvent



signifier que l'octroi d'incitations fiscales basées sur les bénéfices par le biais d'une loi sur l'investissement n'est plus nécessaire pour atteindre les objectifs liés à l'attraction des investissements.

- **La loi sur l'investissement remplit-elle chacune des fonctions jugées nécessaires ?** Pour les fonctions jugées nécessaires mais qui ne sont pas couvertes par la loi actuelle, pourquoi en est-il ainsi ? Le problème réside-t-il dans la manière dont la loi traite cette fonction, ou cette fonction serait-elle mieux traitée dans une autre loi ?
 - Par exemple, les décideurs politiques peuvent juger que la fonction de gestion des différends entre investisseurs et États reste nécessaire, mais décider, par exemple, que si la seule disposition relative aux différends dans la loi actuelle est le consentement préalable de l'État au RDIE, il pourrait être nécessaire de reconsidérer la manière dont la loi remplit cette fonction.
 - De même, un système régissant l'admission de nouveaux investissements étrangers pourrait rester nécessaire, mais le processus et les critères de sélection des investissements potentiels pourraient devoir être révisés.

4.2.2 Une loi sur l'investissement est-elle l'instrument approprié pour remplir les fonctions souhaitées ?

Une loi sur l'investissement ne devrait être chargée que des fonctions nécessaires qu'elle est bien placée pour remplir. Il n'existe pas de « meilleure pratique » en la matière ; la nécessité d'une fonction dépend du contexte national. Même si une ou plusieurs fonctions sont jugées nécessaires, si d'autres éléments du cadre juridique et réglementaire les remplissent bien, une loi sur l'investissement n'est pas forcément nécessaire. Par exemple, Singapour ne dispose pas de loi sur l'investissement, pas plus que le Brésil, Maurice, le Botswana ou Hong Kong, autant de pays qui ont attiré et retenu d'importants investissements étrangers.

Pour déterminer si une loi sur l'investissement est l'instrument approprié pour remplir les fonctions souhaitées, les décideurs politiques pourraient se poser les questions suivantes :

- **Certaines des fonctions attribuées à la loi sur l'investissement pourraient-elles être mieux remplies par un autre instrument ?**
 - Les lois sur l'investissement sont mieux adaptées à certaines fonctions, par exemple la réglementation de l'admission et de l'autorisation des nouveaux investissements étrangers, qu'à d'autres.
 - Certaines fonctions, par exemple l'imposition d'obligations aux investisseurs (étrangers), sont importantes mais peuvent ne pas convenir à une loi sur l'investissement, à moins que l'on ne tienne compte de la manière dont ces obligations interagissent avec le cadre juridique national plus large et de la manière dont elles doivent être mises en œuvre.
 - Certaines fonctions peuvent être traitées de manière appropriée par une loi sur l'investissement, mais peuvent également comporter des risques ; c'est le cas



notamment des fonctions relatives aux incitations fiscales et au règlement des différends.

- **La loi sur l'investissement pourrait-elle combler temporairement des lacunes dans la capacité réglementaire pour certaines fonctions ?**
 - La conception appropriée d'une loi sur l'investissement et les fonctions qu'elle englobe dépendent également de la capacité réglementaire.
 - Il pourrait être justifié, d'un point de vue politique, que les autorités en charge de l'investissement assument des fonctions réglementaires plus étendues dans un contexte de faible capacité, lorsque d'autres organismes publics ont une capacité pratique limitée pour contrôler et faire respecter les autres lois applicables à l'investissement. Dans ces contextes, les autorités en charge de l'investissement contrôlent souvent l'un des rares leviers réglementaires efficaces : la capacité d'octroyer et de retirer des autorisations et/ou des incitations en vertu de la loi sur l'investissement.
 - Cependant, ces enjeux soulèvent des questions complexes en matière de conception réglementaire, et il n'existe pratiquement aucune étude empirique sur laquelle fonder des recommandations de « bonnes pratiques ». Dans ce contexte, les opportunités d'apprentissage entre pairs et les réseaux politiques transnationaux pourraient s'avérer utiles.

4.2.3 Quelle approche convient-il d'adopter pour remplir ces fonctions ?

La plupart des questions relatives au contenu d'une loi sur l'investissement ne devraient être examinées qu'après que les objectifs de l'État ont été clarifiés et que les questions concernant les fonctions de cette loi ont trouvé une réponse. Par exemple, il n'est guère pertinent de discuter de la manière de définir des termes clés tels que « investisseur » ou « investissement » dans une loi sur l'investissement sans clarifier la ou les fonctions de cette loi, car ces définitions devront être adaptées aux fonctions prévues par la loi. La définition appropriée des termes « investisseur » et « investissement » dans une loi servant principalement de mécanisme de sélection des investissements peut différer des définitions appropriées dans une loi qui offre des protections juridiques après l'établissement ou accorde des incitations. Certaines questions sont toutefois pertinentes quelles que soient les fonctions de la loi :

- **Quel est le champ d'application de la loi ?** Une question importante consiste à savoir si la loi doit s'appliquer à tous les investissements ou uniquement aux investissements **étrangers**. Il n'est pas possible de répondre à cette question sans avoir préalablement clarifié la ou les fonctions de la loi. Certaines fonctions sont susceptibles de concerner tous les investissements (par exemple, les incitations), tandis que d'autres peuvent refléter des préoccupations spécifiques aux investissements **étrangers** (par exemple, le filtrage et l'admission). Pour les lois sur l'investissement ayant plusieurs fonctions, il peut être approprié de définir des champs d'application, des seuils et même des définitions clés différents, à appliquer aux différentes parties de la loi qui remplissent des fonctions distinctes.



- **Comment la loi interagira-t-elle avec les lois et réglementations nationales d'application générale ?** Par exemple, en cas d'incohérence, la loi sur l'investissement prévaudra-t-elle sur les autres lois pertinentes en matière d'investissement ?
- **Quelle est la meilleure structure institutionnelle pour l'administration ou l'application de la loi sur l'investissement ?** Par exemple, une loi sur l'investissement conçue pour filtrer les investissements entrants pourrait nécessiter une agence administrative structurée différemment de celle chargée de gérer les griefs des investisseurs. Lorsque la loi combine diverses fonctions de ce type, il peut être nécessaire de confier la supervision administrative à différentes agences.

4.3 Considérations spécifiques relatives à chacune des fonctions

La présente section aborde les questions et les éléments à prendre en considération concernant chacune des sept fonctions. La liste des questions pour chaque fonction n'est pas exhaustive, mais constitue plutôt un point de départ pour les décideurs politiques ; comme indiqué plus haut, les réponses à bon nombre de ces questions dépendent du contexte.

4.3.1 Considérations relatives à l'élaboration et à la mise en œuvre des lois sur l'investissement régissant l'admission ou l'établissement de nouveaux investissements

Lorsqu'une loi sur l'investissement cherche à remplir cette fonction, il convient de prendre en considération, au minimum, les éléments suivants.

- Existe-t-il des prescriptions quant à la forme ou à la structure de propriété d'un investissement ?
 - Par exemple, des obligations imposant aux investisseurs étrangers potentiels de créer une coentreprise avec une société locale, ou exigeant qu'une entité soit enregistrée dans le pays, ou encore imposant un seuil minimal de participation nationale.
 - Existe-t-il des exigences en matière de capital minimum ?
- La loi établit-elle une distinction entre les secteurs qui sont, en principe, ouverts aux investissements étrangers et ceux qui ne le sont pas ?
 - Si oui, quels sont les critères permettant de déterminer si un investisseur ou un investissement est considéré comme « national » ou « étranger » ?
 - La loi adopte-t-elle une approche de liste positive énumérant tous les secteurs ouverts aux investissements étrangers (ce qui signifie que les secteurs qui ne figurent pas sur la liste ne sont pas ouverts aux investissements étrangers), ou une approche de liste négative, énumérant tous les secteurs dans lesquels les investissements étrangers ne sont pas autorisés (ce qui signifie que les secteurs qui ne figurent pas sur la liste sont ouverts) ?



- La tendance récente en matière de lois sur l'investissement dans les pays en développement s'oriente vers l'adoption d'approches fondées sur des listes négatives.
- L'un des avantages potentiels d'une liste négative réside dans le regroupement, au sein d'un instrument unique faisant autorité, des interdictions et restrictions relatives à l'investissement étranger qui étaient auparavant dispersées dans de multiples lois et règlements. Cela peut renforcer la transparence et la clarté de l'environnement d'investissement pour les investisseurs potentiels. Un défi concomitant consiste à s'assurer que la liste négative reflète fidèlement toutes les limitations et conditions pertinentes applicables à l'investissement étranger dans des secteurs particuliers.
- Pour les pays adoptant une liste négative, il est important de mettre en place des processus de révision périodique afin d'examiner si des secteurs doivent être ajoutés à la liste ou en être retirés (ces processus n'ont pas besoin d'être mentionnés dans le texte de la loi sur l'investissement elle-même).
- Les investissements étrangers dans des secteurs qui sont, en principe, ouverts à l'investissement doivent-ils malgré tout être enregistrés auprès de l'agence chargée des investissements ou approuvés par celle-ci ?
- La loi prévoit-elle une évaluation ou un examen discrétionnaire des projets d'investissement dans des secteurs qui sont, en principe, ouverts aux investissements étrangers, par exemple par le biais d'un mécanisme de filtrage ?
 - Si tel est le cas, quelle est l'architecture institutionnelle du processus d'évaluation/de filtrage ?
 - Par exemple, quelle institution examine les investissements potentiels ?
 - Comment cette institution est-elle constituée ?
 - Quels sont les seuils/critères qui déterminent si l'investissement doit être évalué/filtré ?
 - Par exemple, seuls les investissements étrangers sont-ils soumis à une évaluation/un filtrage et, si tel est le cas, comment la « nature étrangère » est-elle déterminée ?
 - Seuls les investissements dépassant une certaine valeur sont-ils soumis à une évaluation/un filtrage ?
 - Seuls les investissements dans des secteurs spécifiques sont-ils soumis à une évaluation/un filtrage ?
 - Quels sont les critères sur la base desquels les investissements potentiels seront évalués ?
 - Des critères liés à « l'intérêt national » ou à la « sécurité nationale » ?



- Quelle est la relation entre la loi sur l'investissement et les autres lois et processus réglementaires ?
 - L'autorisation d'investissement donne-t-elle aux investisseurs le droit d'obtenir des licences ou des permis, et, le cas échéant, lesquels ? À défaut, l'autorisation d'investissement est-elle subordonnée à l'octroi d'une autorisation ou d'un permis dans le cadre d'autres procédures réglementaires, par exemple la soumission et l'approbation d'une étude d'impact environnemental et social de l'investisseur ?
 - D'autres éléments réglementaires sont-ils intégrés au processus de filtrage des investissements ? Citons par exemple les procédures relevant du droit de la concurrence, telles que les prescriptions en matière d'autorisation des fusions.

4.3.2 Considérations relatives à l'élaboration et à la mise en œuvre des lois sur l'investissement régissant l'octroi d'incitations fiscales

Cette fonction soulève des préoccupations à au moins trois niveaux.

Premièrement, le principe même des incitations fiscales à l'investissement, en particulier celles liées aux bénéfices, en tant que stratégie visant à accroître l'investissement durable, est aujourd'hui remis en question.¹⁴⁸ Il est de plus en plus admis que les incitations fiscales sont des instruments à utiliser avec parcimonie et prudence. En effet, au cours des vingt dernières années, de nombreuses études ont démontré l'inefficacité des incitations fiscales pour attirer les investissements étrangers et ont mis en évidence leur coût pour les finances publiques.¹⁴⁹ Le consensus international qui prévaut, et reflété dans les recommandations des institutions internationales, consiste à encourager les réformes et à abandonner les incitations fiscales afin de mobiliser plus efficacement les recettes nationales.

Deuxièmement, il est recommandé de regrouper les incitations fiscales dans le code général des impôts afin d'améliorer la transparence, la cohérence et une gestion efficace. Le regroupement de toutes les incitations fiscales dans la législation fiscale, plutôt que dans les lois sur l'investissement et les règlements d'application, dans la législation régissant des secteurs spécifiques ou des accords ponctuels conclus avec des entreprises, peut renforcer la transparence, réduire les redondances potentielles et dissiper toute confusion quant à l'autorité chargée de leur gestion.¹⁵⁰ Le ministère des Finances est souvent le mieux placé pour accorder des incitations fiscales et en contrôler les coûts. D'autres ministères peuvent être plus enclins à offrir des incitations fiscales, car ils ne sont pas chargés de la perception des impôts ni nécessairement conscients des besoins budgétaires de l'État.

¹⁴⁸ Andersen, M. R., Kett, B. R., & von Uexkull, E. (2018). Corporate tax incentives and FDI in developing countries. Dans Banque mondiale (éd.), *2017/2018 global investment competitiveness report: Foreign investor perspectives and policy implications* (73–100). Banque mondiale.

¹⁴⁹ Klemm, A. & Parys, S. (2012). Empirical evidence on the effects of tax incentives. *International Tax and Public Finance*, 19, 393–423.

¹⁵⁰ Voir Organisation de coopération et de développement économiques. (s.d.). *Principles to enhance the transparency and governance of tax incentives for investment in developing countries*. <https://www.oecd.org/ctp/tax-global/transparency-and-governance-principles.pdf>



Enfin, il est essentiel d'évaluer l'impact des processus mondiaux de réforme fiscale en cours, tels que le projet de l'impôt minimum mondial de l'OCDE, sur l'efficacité des incitations fiscales accordées aux investisseurs.¹⁵¹ Il se peut que les pays doivent adapter leur politique fiscale nationale en réponse à l'impôt minimum mondial, car certaines mesures fiscales nationales destinées à attirer ou à retenir les investissements étrangers risquent de perdre de leur efficacité en raison de cet impôt minimum mondial.¹⁵² Il est important d'examiner les conséquences de ces processus mondiaux de réforme fiscale en cours sur les législations nationales, en particulier si des incitations fiscales sont incluses dans une loi sur l'investissement.¹⁵³

Lorsqu'une loi sur l'investissement comprend des dispositions relatives aux incitations fiscales, les éléments suivants, au minimum, doivent être précisés :

- La justification économique générale. Les objectifs politiques et la justification économique de l'octroi d'incitations doivent être clairement énoncés et mesurables.
- La forme (fiscale ou non fiscale) et la portée des incitations. Le champ d'application peut inclure, par exemple :
 - Les secteurs éligibles et les performances sociales et environnementales requises.
 - La durée et les périodes de suppression progressive (le cas échéant) des incitations.
- Les définitions applicables, y compris les types d'investisseurs et d'investissements éligibles aux incitations.
- Des critères d'éligibilité objectifs, clairs et transparents pour chaque catégorie d'incitations, tels que le montant de l'investissement, le chiffre d'affaires annuel, la localisation du siège social, le nombre d'emplois créés, etc.
- Les procédures d'évaluation, d'octroi, de révocation et de révision des incitations.
- Les conditions spécifiques imposées aux bénéficiaires en contrepartie des incitations accordées, ainsi que les mécanismes de suivi et de contrôle de leur respect (et de sanction en cas de non-respect).
- L'architecture institutionnelle :
 - Qui décide et approuve l'octroi des incitations ?
 - Comment les risques de corruption et de captation des agences sont-ils pris en compte ?

¹⁵¹ Christians, A., Lassourd, T., Mataba, K., Ogbemor, E., Readhead, A., Shay, S., & Pougá Tinhaga, Z. (2023). *Comprendre et s'adapter à l'impôt minimum mondial : un guide pour les pays en développement*. Institut international du développement durable & International Senior Lawyers Project. <https://www.iisd.org/publications/guide/developing-countries-adapt-to-global-minimum-tax> ; Liotti, B. F., Waruguru Ndubai, J., Wamuyu, R., Lazarov, I., & Owens, J. (2022). The treatment of tax incentives under Pillar Two. *Transnational Corporations*, 29(2), 25–46 ; Heitmüller, F. & Mosquera, I. (2021). Special economic zones facing the challenges of international taxation: BEPS Action 5, EU Code of Conduct, and the future, *Journal of International Economic Law*, 24(2), 473–490.

¹⁵² Pour un cadre simple permettant de comprendre et de s'adapter à l'impôt minimum mondial, voir Christians et al., *supra* note 152.

¹⁵³ CNUCED, *supra* note 147, p. 142–153.



- Les interactions entre la loi sur l'investissement et les autres lois et réglementations, ainsi qu'avec le code général des impôts et les incitations qui y sont prévues.
 - Par exemple, le code des impôts prévaut-il sur le code de l'investissement en cas d'incohérence ?

4.3.3 Considérations relatives à l'élaboration et à la mise en œuvre des lois sur l'investissement régissant la facilitation de l'investissement

Cette fonction soulève un large éventail de considérations politiques et d'implications pratiques qui varient en fonction des types de mesures de facilitation de l'investissement prévues par la loi. C'est pourquoi la question de la facilitation de l'investissement peut soulever des enjeux politiques majeurs.¹⁵⁴

Avant de concevoir des mesures de facilitation de l'investissement, il est utile, dans un premier temps, de déterminer ce que les investisseurs existants et les investisseurs potentiels perçoivent comme des obstacles. Grâce à ces renseignements, les décideurs politiques peuvent concevoir des mesures de facilitation de l'investissement qui seront utiles aux investisseurs. Sans ces renseignements, les décideurs politiques risquent d'engager le gouvernement dans des mesures coûteuses à maintenir mais dont les avantages seront limités, car elles ne répondent pas aux perceptions des investisseurs.

Une fois que les décideurs politiques ont identifié les mesures de facilitation de l'investissement qu'ils souhaitent mettre en place, deux autres questions se posent : 1) Quels sont les coûts récurrents associés à cette mesure ? et 2) Cette mesure de facilitation de l'investissement nécessite-t-elle une base législative ?

Pour répondre à ces questions, il faut examiner chaque mesure de facilitation de l'investissement individuellement, plutôt que de considérer la « facilitation de l'investissement » dans son ensemble. Le terme « facilitation de l'investissement » est une notion large qui regroupe de nombreux concepts et approches différents. Même dans le cadre de la définition retenue dans le présent document (mesures visant à lever les obstacles pratiques à l'investissement), il existe plusieurs types de mesures de facilitation de l'investissement qui ont des implications différentes.

Il convient également de prendre en compte la charge administrative et le coût liés à un engagement en faveur de mesures de facilitation de l'investissement dans une loi sur l'investissement. Certaines mesures sont relativement simples et peu coûteuses, par exemple s'engager à publier les lois et politiques pertinentes afin de promouvoir la transparence et de faciliter la mise en conformité. D'autres mesures peuvent entraîner des coûts administratifs

¹⁵⁴ Pour connaître l'approche de l'OMC en matière de facilitation de l'investissement, voir Jose, R. (2023). *L'Initiative conjointe de l'OMC sur la facilitation de l'investissement pour le développement : évolution de la situation depuis 2022 et feuille de route en vue de la CM13*. IISD. <https://www.iisd.org/publications/report/joint-initiative-investment-facilitation-cm13>. Pour une analyse des zones économiques spéciales, voir Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. (2019). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2019 — Chapitre 4 : Zones économiques spéciales*. https://unctad.org/system/files/official-document/WIR2019_CH4.pdf



plus élevés et permanents, par exemple la mise en place de guichets uniques ou la tenue de consultations publiques pour toutes les nouvelles lois et politiques. Cette dernière mesure soulève également des questions politiques complexes, par exemple : comment les consultations seront-elles protégées contre toute influence indue de la part des intérêts industriels ? Il est important de veiller à explorer ces considérations avant d'intégrer des mesures de facilitation de l'investissement dans une loi sur l'investissement.

S'agissant des guichets uniques en particulier, les éléments suivants devraient être précisés :

- Quelle sera l'étendue des services fournis par le guichet unique ?
 - S'agira-t-il seulement d'une source unique de renseignements regroupés ? Ou recevra-t-il et traitera-t-il également les demandes d'autorisations et de permis d'investissement concernés ?
 - Ses services seront-ils réservés aux nouveaux investisseurs pendant leur phase d'établissement uniquement ? Ou fournira-t-il également des services d'accompagnement tout au long de la durée de vie d'un investissement et, par conséquent, assumera-t-il les fonctions de suivi et de supervision (voir ci-dessous la section 4.3.6) ?
- Comment le guichet unique sera-t-il doté en personnel ?
 - Des fonctionnaires seront-ils détachés par les principaux ministères et départements afin de garantir, par exemple, que les demandes de permis environnementaux, etc., soient évaluées et délivrées par des personnes disposant des connaissances techniques appropriées ?
 - Ou le guichet unique sera-t-il doté d'experts en service à la clientèle dont le rôle sera de servir d'interface entre les investisseurs et les spécialistes techniques chargés d'examiner et de délivrer les permis ?
- Qui peut bénéficier des services du guichet unique ?
 - Les investisseurs étrangers uniquement ?
 - Les investisseurs nationaux et étrangers, dont les investissements atteignent un certain seuil ?
 - Les investisseurs dans des secteurs clés ? Par exemple, certains pays mettent en place des guichets uniques pour servir les investisseurs dans des zones économiques spéciales.
- Le guichet unique sera-t-il virtuel, physique, ou les deux ?
 - Comment les questions d'expertise seront-elles gérées ? Par exemple, certains pays veillent à ce que les autorisations environnementales soient évaluées/délivrées par des personnes disposant des connaissances techniques appropriées.



4.3.4 Considérations relatives à l'élaboration et à la mise en œuvre des lois sur l'investissement offrant une protection juridique aux investisseurs

Cette fonction comporte des risques importants et soulève des questions quant à la manière dont les dispositions de protection prévues par la loi sur les investissements s'articulent avec les traités et contrats d'investissement conclus par le pays. Tout mécanisme de règlement des différends applicable aux dispositions de protection d'une loi sur les investissements nécessite une attention particulière et une grande précision (nous y reviendrons plus loin).

Lorsque l'on examine les dispositions relatives à la protection, la première étape consiste à définir leur objectif ou leur avantage supplémentaire (le cas échéant) : les décideurs politiques qui envisagent d'inclure de telles protections dans leur loi sur l'investissement devraient identifier ce que ces protections apporteront aux investisseurs qui n'est pas déjà prévu dans la législation nationale. Par exemple, les Constitutions de nombreux pays prévoient la protection des droits de propriété privée ; quelle valeur ajoutée apporte donc une protection contre l'expropriation dans une loi sur l'investissement ? De même, bon nombre des plus grands investisseurs d'un pays sont peut-être couverts par des contrats d'investissement, qui peuvent contenir des protections calibrées en fonction du projet spécifique et des avantages qu'il apporte au pays.

Il n'est pas recommandé de « copier-coller » les protections prévues par un traité d'investissement dans une loi sur l'investissement. Ces protections ne sont pas courantes dans les législations nationales ; il convient de rappeler ici que les lois sur l'investissement des pays développés offrent rarement des garanties juridiques aux investisseurs étrangers. L'inclusion de protections issues de traités peut créer un risque de litiges ou d'arbitrages coûteux, en particulier si elle s'accompagne d'un accès au RDIE.

Lorsqu'une loi sur l'investissement prévoit une fonction de protection, il convient de prendre en considération, au minimum, les éléments suivants :

- Quelles protections doivent être accordées ?
- Comment le champ d'application de ces protections sera-t-il défini ? Par exemple,
 - Quels investisseurs et quels investissements seront couverts par la protection ?
 - Les investisseurs nationaux ont-ils également droit à cette protection ?
- Existe-t-il des exceptions pertinentes à chaque mesure de protection ?
 - Par exemple, si le droit des investisseurs de rapatrier le produit de leurs investissements doit être protégé, dans quelles circonstances l'État peut-il empêcher un transfert ?
- Les investisseurs ou leurs investissements peuvent-ils être exclus de la protection, par exemple s'ils enfreignent les lois nationales ou se livrent à des actes de corruption ?
- Quelle est la relation entre les protections prévues par la loi sur l'investissement et les autres lois nationales ? Par exemple, les dispositions de la loi sur l'investissement



prévalent-elles sur les législations incompatibles ? Ou sont-elles soumises aux limitations prévues par d'autres lois nationales ?

- Quelle est la relation entre les protections prévues par la loi sur l'investissement et les traités d'investissement du pays ?
 - Lorsqu'un investisseur donné bénéficie de protections prévues par un traité d'investissement qui sont plus généreuses que celles prévues par la loi sur l'investissement, quelles protections sont censées prévaloir ?
 - Il convient de noter qu'il est peu probable que la loi sur l'investissement puisse modifier unilatéralement les dispositions d'un traité d'investissement de manière juridiquement valable, mais elle pourrait préciser que ses dispositions seront supplantées par celles, plus généreuses, du traité, afin de réduire les chevauchements.
- Quelle est la relation entre les protections prévues par la loi sur l'investissement et les contrats d'investissement individuels ?
 - Par exemple, les protections prévues par la loi sur l'investissement sont-elles destinées à prévaloir sur toute disposition de protection incompatible conclue antérieurement dans un contrat investisseur-État ? Si tel est le cas, cela expose-t-il le gouvernement à d'éventuels litiges et/ou à une responsabilité au titre des contrats existants ?
- Quelles voies de recours sont à la disposition des investisseurs en cas de violation des dispositions relatives à la protection des investissements ?
 - Par exemple, une indemnisation est-elle prévue et, dans l'affirmative, comment est-elle calculée ?
 - Si des recours de droit public sont disponibles, lesquels ?
 - La loi sur l'investissement prévoira-t-elle des recours spécifiques ou se contentera-t-elle de renvoyer à ceux prévus par le droit interne général ?

4.3.5 Considérations relatives à l'élaboration et à la mise en œuvre des lois sur l'investissement imposant des obligations aux investisseurs étrangers

Cette fonction soulève des questions pratiques complexes. Au-delà de la réaffirmation du principe général selon lequel les investisseurs doivent respecter toutes leurs obligations découlant du droit interne et des contrats, l'on peut s'interroger sur la valeur ajoutée qu'il y a à mettre en avant certaines catégories d'obligations dans une loi sur l'investissement (en matière d'environnement, de travail, de reddition de comptes, etc.).

La première étape consiste à s'interroger sur l'intérêt supplémentaire que présentent les obligations en matière d'investissement dans une loi sur l'investissement. Contrairement à d'autres instruments, tels que les traités ou les contrats d'investissement, cette fonction pourrait s'avérer redondante dans le cadre d'une loi sur l'investissement. Les traités d'investissement peuvent servir à élever les obligations juridiques nationales au rang de droit



international et à leur conférer un caractère exécutoire de plein droit dans la logique du traité, en les liant au mécanisme du RDIE, le cas échéant. Les contrats d'investissement peuvent servir à traduire les obligations générales des investisseurs prévues par la loi en engagements spécifiques, adaptés et mesurables, ce qui est particulièrement pertinent pour les prescriptions relatives à la teneur en éléments locaux dans certains secteurs.

Lorsqu'une loi sur l'investissement traite des obligations des investisseurs, les éléments suivants devraient, au minimum, être précisés :

- Dans la mesure où la loi va au-delà de la simple affirmation de l'obligation de se conformer aux contrats nationaux et pertinents, les obligations spécifiques concernent-elles uniquement les procédures de déclaration ou également des obligations de fond ?
- Quelles sont les prescriptions spécifiques découlant de ces obligations, au-delà de celles déjà prévues par d'autres lois nationales ?
 - Par exemple, identifier (à un niveau général) les catégories d'obligations dont le non-respect entraîne des sanctions spécifiques ; ainsi, le sous-paiement des travailleurs entraîne une sanction, mais le retard dans la remise d'un rapport annuel n'en entraîne pas.
- Quels types de violation entraîneront la perte de privilèges, et comment chaque type de violation est-il défini ?
 - Par exemple, la violation doit-elle être « grave » ? Persistante ou répétée ? Délibérée/intentionnelle/malveillante ?
 - Qu'est-ce qui distingue une violation de fond d'une violation administrative (par exemple, y a-t-il une référence aux sanctions prévues par le droit interne dès lors qu'une violation entraîne une sanction supérieure à un certain montant) ?
- Quelles sont les sanctions spécifiques si l'investisseur enfreint ces obligations ?
 - Les sanctions concernent-elles uniquement la perte des privilèges accordés par la loi sur l'investissement ? Par exemple, les sanctions pourraient-elles signifier la révocation de l'accès aux dispositions de la loi sur l'investissement relatives à la facilitation de l'investissement, aux incitations à l'investissement ou au règlement spécialisé des différends ?
- Existe-t-il des sanctions spécifiques si l'investisseur enfreint le droit interne ou viole des contrats conclus avec l'État, ainsi qu'avec les communautés ou les employés locaux ?
- Quelle est la procédure permettant de déterminer quand les droits ou privilèges conférés en vertu de la loi sur l'investissement seront révoqués ?
 - Par exemple, la révocation aura-t-elle lieu si l'investisseur a été condamné ou reconnu coupable d'une infraction par un tribunal ? Ou la question de la conformité peut-elle être résolue par une décision administrative de l'agence chargée des investissements ?



- Quelle est la procédure permettant de contester une révocation de privilèges et d'obtenir leur rétablissement, le cas échéant ?

4.3.6 Considérations relatives à l'élaboration et à la mise en œuvre des lois sur l'investissement établissant un système de suivi et de supervision de l'investissement étranger

Comme indiqué plus haut, les pays dont les capacités administratives sont limitées peuvent confier aux agences chargées des investissements un rôle accru dans le contrôle du respect des lois nationales et leur application, puisque ces agences entretiennent des relations plus étroites et plus directes avec les investisseurs étrangers. Dans de tels cas, la loi sur l'investissement pourrait constituer un instrument approprié pour définir les paramètres juridiques permettant à l'agence chargée des investissements d'exercer cette fonction. Toutefois, comme souligné ci-dessus, cela soulève des questions complexes en matière de conception réglementaire, pour par exemple éviter ou gérer les conflits de mandats au sein de l'agence chargée des investissements.

Lorsqu'une loi sur l'investissement prévoit qu'une agence chargée des investissements exerce cette fonction, les éléments suivants, au minimum, devraient être précisés :

- Quelle est la portée de la fonction de suivi et de supervision de l'autorité chargée des investissements ?
 - Cette fonction porte-t-elle uniquement sur le suivi des opérations d'investissement étranger, ou également sur les investissements nationaux ? Existe-t-il un montant minimal déterminant quels investissements font l'objet d'un suivi ?
 - Cette fonction concerne-t-elle uniquement le respect de la loi sur l'investissement et des conditions liées aux autorisations/permis délivrés en vertu de cette loi ?
 - Couvre-t-elle les contrats entre investisseurs et États ?
 - Couvre-t-elle les contrats entre les investisseurs et des tiers ? Dans certaines circonstances, il peut être justifié que l'agence chargée des investissements supervise les contrats entre les investisseurs et certaines catégories de tiers, par exemple les communautés locales, les titulaires de droits fonciers légitimes, les travailleurs et les petites et moyennes entreprises locales, qui seraient fortement affectés par une rupture de contrat de la part de l'investisseur mais qui ne disposent pas des ressources nécessaires pour contrôler le respect des obligations et demander des comptes à l'investisseur.
- De quels pouvoirs et ressources l'autorité chargée des investissements a-t-elle besoin pour exercer efficacement ses fonctions de suivi et de supervision ?
 - L'autorité chargée des investissements est-elle chargée de veiller au respect d'autres lois par les investisseurs ?



- Si oui, de quelles lois s'agit-il ? Par exemple, les lois relatives au travail, à la fiscalité et à l'environnement.
- Si oui, de quelles dispositions s'agit-il ? Par exemple, des dispositions de fond et des dispositions procédurales/administratives ?
- L'autorité chargée des investissements a-t-elle besoin de nouveaux pouvoirs réglementaires, par exemple la possibilité d'effectuer des inspections inopinées sur les sites des projets, des pouvoirs de perquisition, la possibilité d'exiger des entretiens, des rapports et la fourniture de documents ?
- Comment l'autorité chargée des investissements devrait-elle coordonner son action avec celle des enquêteurs d'autres organismes, par exemple la police, l'autorité environnementale ou les inspecteurs du travail ?
- La loi sur l'investissement devrait-elle imposer des obligations supplémentaires aux investisseurs afin de faciliter cette fonction de suivi et de supervision et d'alléger la charge administrative pesant sur l'autorité chargée des investissements ?
 - Les investisseurs d'une certaine taille ou titulaires de certains permis devraient-ils être tenus de rendre compte périodiquement de leur conformité aux conditions de leur permis ou, de manière générale, aux lois nationales applicables ?
- De quels types de pouvoirs d'exécution l'autorité chargée des investissements devrait-elle disposer pour sanctionner les infractions qu'elle identifie au cours de ses activités de suivi et de supervision ?
 - L'autorité chargée des investissements peut-elle infliger des amendes ou des sanctions immédiates en cas d'infraction ? Peut-elle révoquer ou suspendre les avantages accordés en vertu de la loi sur l'investissement ? Peut-elle engager des poursuites pénales ou civiles en cas d'infraction ?
- Quels sont les risques liés à l'attribution de fonctions réglementaires à une autorité chargée des investissements qui pourrait également avoir pour mandat de promouvoir et de retenir les investissements étrangers ?
 - Existe-t-il des moyens de séparer les fonctions de promotion des investissements de celles de suivi et de supervision au sein de l'autorité chargée des investissements ?
 - La structure de gouvernance de l'autorité chargée des investissements garantit-elle que les fonctions de suivi et de supervision ne soient pas supplantées par le mandat de promotion des investissements de cette autorité ? Le fait de reconnaître clairement que l'objectif ultime de la loi sur l'investissement est de promouvoir le développement durable, et non de maximiser les investissements, pourrait constituer une première étape importante à cet égard.



4.3.7 Considérations relatives à l'élaboration et à la mise en œuvre des lois sur l'investissement établissant un système de gestion des différends relatifs à l'investissement

Il convient d'aborder cette fonction avec prudence en raison des risques juridiques et financiers qu'elle peut comporter. Comme indiqué ci-dessus à la section 3, une loi sur l'investissement peut adopter plusieurs approches possibles en matière de différends. Ces approches s'inscrivent dans un spectre : à une extrémité, le consentement préalable à l'arbitrage international en matière d'investissement, une approche très risquée qu'il convient d'éviter. À l'autre extrémité, la réaffirmation de la compétence exclusive des tribunaux nationaux pour tous les différends liés à l'investissement. Une option intermédiaire consiste à reconnaître le pouvoir des entités étatiques de consentir à l'arbitrage international en matière d'investissement au cas par cas, dans le cadre de contrats individuels ou pour des différends particuliers à mesure qu'ils surviennent. Ces choix touchent à des questions profondes de souveraineté de l'État et au rôle du pouvoir judiciaire national et méritent donc d'être examinés avec soin.

Une fois qu'un État a tranché ces questions de fond concernant la ou les instances appropriées pour le règlement des différends investisseur-État, toute une série d'autres questions se posent. À notre avis, il n'est jamais souhaitable qu'un État accorde, dans une loi sur l'investissement, un consentement général et préalable à l'arbitrage investisseur-État. Les questions qui suivent portent donc sur d'autres options :

- Si les tribunaux nationaux doivent avoir la compétence exclusive sur les différends en matière d'investissement, ont-ils besoin de capacités, de soutien ou de ressources supplémentaires pour s'acquitter de cette fonction de manière efficace et rapide ?
 - Faut-il mettre en place des formations et des mesures de renforcement des capacités pour les juges sur les questions de droit des investissements, ou un soutien administratif spécifique pour les différends en matière d'investissement ?
 - Faut-il fixer des délais ou des objectifs pour le traitement et le règlement des différends en matière d'investissement par les juridictions nationales ?
 - Faut-il prévoir la médiation et d'autres formes de règlement extrajudiciaire des différends ?
- Si une loi sur l'investissement devait reconnaître en principe la validité du RDIE, sous réserve d'un accord spécifique entre l'entité publique concernée et l'investisseur prévoyant le consentement des deux parties, cette loi devrait-elle également établir un cadre régissant la procédure par laquelle les entités publiques peuvent donner leur consentement ? Si tel est le cas,
 - Existe-t-il des seuils d'investissement, des secteurs prioritaires ou d'autres critères fondés sur la nature et l'identité de l'investisseur et de l'investissement qui déterminent quand le recours à l'arbitrage est approprié ?
 - Quelle(s) institution(s) et/ou quel(s) responsable(s) est(sont) habilité(s) à donner son(leur) consentement à l'arbitrage au nom de l'État ?



- À quel règlement de procédure arbitrale l'État acceptera-t-il de se soumettre ?
- L'investisseur sera-t-il tenu d'épuiser les voies de recours internes avant que l'État ne donne son consentement à l'arbitrage ?
- Quelles dispositions arbitrales doivent être mises en place ? Par exemple, l'arbitrage doit-il être administré par un centre d'arbitrage international basé dans le pays ou la région ?
- Une autre publication de l'IISD a examiné en détail la conception et le fonctionnement des agences nationales de prévention et de gestion des différends (APGD).¹⁵⁵ Les questions soulevées dans ce rapport sont tout aussi pertinentes pour déterminer si une loi sur l'investissement devrait créer une telle institution et, le cas échéant, comment celle-ci devrait être conçue :
 - Quel problème politique l'APGD est-elle censée résoudre ? L'objectif est-il d'attirer et de retenir les investissements étrangers, de gérer les risques juridiques pour l'État, ou autre chose ?
 - Comment l'APGD interagira-t-elle avec les autres agences gouvernementales ? De quels pouvoirs l'APGD disposera-t-elle, et quels mécanismes de redevabilité et de contrôle seront mis en place pour prévenir la captation et la corruption au sein de l'APGD ?
 - Quels types de différends en matière d'investissement une APGD est-elle habilitée à tenter de résoudre ? Existe-t-il des types de différends qu'une APGD ne devrait pas tenter de résoudre ?
 - Dans la mesure où il est approprié qu'une APGD tente de résoudre un différend, quel cadre juridique ou stratégique l'agence devrait-elle appliquer pour analyser le différend et évaluer les options de règlement ?
 - Quels mécanismes de suivi et d'évaluation devraient être mis en place pour évaluer l'efficacité de l'APGD et garantir un apprentissage continu ?
 - Quels critères d'évaluation devraient être adoptés pour garantir que l'APGD ne se concentre pas excessivement sur la rétention et la promotion des investissements au détriment d'autres intérêts ou priorités politiques ?

¹⁵⁵ Bonnitcha & Williams, *supra* note 138.

©2023 International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable

Siège

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

Tel: +1 (204) 958-7700

Website: www.iisd.org

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



iisd.org