

République Algérienne Démocratique et Populaire
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique
Université des Frères Mentouri Constantine
Faculté de droit

THESE DE DOCTORAT EN SCIENCES

Spécialité Droit Public

Option : Droit de l'Entreprise

Présentée et soutenue

Par :

ZOUITEN ABDERREZAK

L'INVESTISSEMENT EN DROIT ALGERIEN

JURY :

Mr. HOSNA Abdelhamid Professeur – Université des Frères Mentouri
Constantine, Président

Mr. KERDOUN Azzouz Professeur – Université des Frères Mentouri
Constantine, Vice-Président du Comité des droits économiques, sociaux et
culturels des Nations-Unies, Rapporteur

Mr. LAGGOUNE Walid Professeur - Université Alger 1, Assesseur

Mr. KACHER Abdelkader Professeur - Université Mouloud Mammeri Tizi-
Ouzou, Assesseur

Mr. BOUDRA Belgacem Professeur - Université des Frères Mentouri
Constantine, Assesseur

2014-2015

Je souhaiterais adresser tous mes remerciements aux personnes qui m'ont apporté leur aide et qui ont contribué à l'élaboration de cette thèse. Toute ma gratitude à mon directeur de thèse, le Pr A. Kerdoun, pour ses conseils avisés.

A ma femme

A mes enfants

*Les opinions
exprimées dans cette thèse sont
propres à leur auteur et n'engagent
aucunement l'Université des Frères
Mentouri Constantine.*

LISTE DES PRINCIPAUX ACRONYMES

- ABI : accord bilatéral sur l'investissement
- A.F.D.I : annuaire français de droit international
- AMGI : agence multilatérale de garantie des investissements
- ANDI : agence nationale de développement de l'investissement
- API : accord de protection des investissements
- APSI : agence de promotion et de soutien aux investissements
- CIRDI : centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
- CNI : conseil national de l'investissement
- COSOB : commission de surveillance des opérations de bourse
- DPCI : droit et pratique du commerce international
- CPE : conseil des participations de l'Etat
- EPA : établissement public administratif
- EPE : entreprise publique économique
- EPIC : établissement public industriel ou commercial
- ESG (critères) : environnementaux, sociaux et de gouvernance
- EURL : entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
- FCE : forum des chefs d'entreprise
- FNI : fonds national d'investissement
- G.A.J.A : grands arrêts de la jurisprudence administrative
- IBS : impôt sur le bénéfice des sociétés
- ISR : investissement socialement responsable
- JDI : journal de droit international
- JORA : journal officiel de la république algérienne
- O.C.D.E : organisation pour la coopération et le développement économique
- OMC : organisation mondiale du commerce
- PME : petite et moyenne entreprise

RASJEP : revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques

RDAI : revue de droit des affaires internationales

RD : recherche-développement

R.J.E.P.I.C : revue juridique, et politique, indépendance et coopération

SARL : société à responsabilité limitée

SEM : société d'économie mixte

SGP : société de gestion des participations de l'Etat

STN : sociétés transnationales

TAP : taxe sur l'activité professionnelle

TVA : taxe sur la valeur ajoutée

TBI : traité bilatéral sur l'investissement

SOMMAIRE

INTRODUCTION

CHAPITRE PRELIMINAIRE

PREMIERE PARTIE : Aspects conceptuels de la notion d'investissement

CHAPITRE I : Des approches différenciées de la notion d'investissement

SECTION I : L'approche économique de la notion d'investissement

SECTION II : L'approche du droit international multilatéral

CHAPITRE -II : La notion d'investissement au regard du droit algérien

SECTION I- : La notion d'investissement dans les conventions bilatérales de protection et de promotion des investissements conclues par l'Algérie

SECTION II : La notion d'investissement dans la législation interne d'incitation

DEUXIEME PARTIE: Le déploiement de la notion d'investissement en droit algérien : le régime universel de l'ordonnance de 2001

CHAPITRE I : Le régime général de l'ordonnance de 2001

SECTION I : La procédure administrative de traitement de l'investissement

SECTION II : Le corps de procédures de déclaration, de demande et de décision d'octroi d'avantages

CHAPITRE II : Le régime dérogatoire

SECTION I : Les zones à développer et l'importance économique et écologique du projet

SECTION II : Le régime de la convention d'investissement

CONCLUSION

INTRODUCTION

Les investissements directs qu'ils soient étrangers ou domestiques constituent pour les pays en voie de développement les leviers de leur développement économique et social. Pour des raisons relatives à l'histoire, les pays en question appartiennent à un espace économique faible et dominé. De ce fait, les investissements directs, surtout étrangers, y ont un caractère essentiel. S'ils ne peuvent favoriser à eux seuls le développement économique de ces pays¹, ils n'en constituent pas moins des vecteurs d'un apport multiforme de financement, de technologies, d'amélioration des capacités d'innovation, de formation, de compétences en matière de gestion et d'accès plus rapide aux circuits commerciaux. Les investissements directs étrangers peuvent représenter une part relativement importante dans les flux extérieurs alimentant les économies des pays en voie de développement.

L'opportunité de l'investissement direct étranger dans les pays en voie de développement se mesure par sa «... *conformité aux exigences internes du développement et du rôle qui lui est assigné par les autorités du pays d'accueil.* »²

¹ L'importance des investissements directs étrangers (I.D.E) dans le processus de développement semble exagérée pour certains experts en économie, à l'image d'A. Lamiri, PDG de l'institut international de management (INSIM), qui estime qu' « ...*aucun pays ne s'est développé avec les IDE, bien que leur rôle puisse être important.* » Entretien accordé au quotidien national El- Watan du 25/01/2009.

² Horchani, F. « *L'investissement inter-arabe : Recherche sur la contribution des Conventions multilatérales arabes à la formation d'un droit régional des investissements.* » Thèse Doctorat d'Etat en Droit. Faculté de droit et de sciences politiques. Université de droit d'économie et de gestion de Tunis. 1988. P, 10.

Les pays d'accueil apprécient cette conformité en mettant en place des législations et réglementations sur l'investissement qui peuvent être de deux sortes : incitatives ou dissuasives. Les législations et réglementations d'incitation, sont celles, d'après les Professeurs Carreau et Juillard,¹ qui rompent le principe de l'égalité de traitement entre investisseur national et investissement international. Cette rupture devra profiter à l'investisseur étranger au détriment de l'investisseur local et est essentiellement dictée par le souci d'attirer les capitaux des pays développés. A l'inverse, certaines législations ou réglementations sont qualifiées de dissuasion, en ce qu'elles consacrent une sorte d'équilibre entre les préoccupations du développement économique et l'exigence de souveraineté. Partant de là, elles établissent un traitement qui, à tout le moins, sera favorable à l'investisseur national. Cette inégalité pourra se manifester, entre autres contraintes, par l'obligation d'association entre capital national et capital international².

L'Algérie n'est pas restée en marge de ce mouvement universel et a connu dans son histoire économique ces deux grandes tendances en matière d'encadrement des investissements.

Le droit algérien des investissements a connu depuis l'indépendance à nos jours, différentes tentatives de définition d'un cadre juridique à l'effet de délimiter tant l'étendue que les modalités de l'intervention du capital privé, national ou étranger, dans l'économie algérienne. Ces options d'encadrement traduisaient toutes les choix retenus, à chaque période considérée, par les pouvoirs publics, car, à l'instar de beaucoup de pays, la politique algérienne de l'investissement a été « *variable et évolutive* »³. Elle a été d'abord restrictive et dissuasive vis-à-vis de

¹ D. Carreau, P. Juillard, « *Droit international économique* », 4^{ème} édition. L.G.D.J. DELTA. 1998. P, 474 et s.

² Mahfoud Bouhacene propose, dans son ouvrage « *Droit international de la coopération industrielle* », préfacé par J. Touscoz, O.P.U. Alger, 1982, une typologie nouvelle des réglementations de l'investissement direct. Sur la base de l'appréciation qu'il a faite de la typologie du Pr Juillard. Il a estimé que les pays en voie de développement, en édictant une réglementation sur les investissements, poursuivent toujours un but d'incitation. Dès lors, il propose une distinction qui oppose les réglementations à caractère incitatif accentué et celles dont le caractère incitatif est atténué. Voir pp. 38-48.

³ Ali Bencheneb : « *La Loi algérienne du 5 octobre 1993 relative à la promotion de l'investissement* ». Revue tunisienne de droit. 1995.p, 37. Centre d'études, de recherches et de publications. Tunis.

l'investissement privé, non seulement étranger, mais également national, dans les premières législations sur l'investissement qui s'inséraient dans une démarche de construction d'une économie nationale et indépendante, dans lesquelles cette politique de l'investissement a été « *conçue dans un cadre strictement interne, volontariste à souhait et discriminatoire.*¹ » Elle a été ensuite incitative, à partir précisément de l'année 1990, qui a inaugurée une phase de réforme du droit économique algérien et singulièrement celui de l'investissement qui traduit son insertion dans une perspective de mise en place d'une économie de marché, en s'appuyant sur une normativité d'essence libérale. Nous précisons d'emblée que la présente étude va porter sur cette dernière phase, celle de l'ère libérale. Seulement, pour une meilleure compréhension du contexte du droit des investissements actuel, il nous paraît utile, de revenir, un peu plus tard, dans une évocation historique, sur l'élaboration de ce droit des investissements, dans la jeune histoire de l'Algérie. Avant cela, il nous paraît opportun de donner une définition liminaire de l'objet principal de notre étude - à savoir l'investissement - et ce, sans augurer de la difficulté de procéder à une telle définition, que nous retrouverons dans nos développements ultérieurs. L'investissement est perçu, d'une manière générale, par la science économique, comme une opération à travers laquelle «... *investir revient en effet pour celui qui s'y décide à renoncer à une consommation immédiate, pour accroître les recettes futures*²... » Il est donc assimilé à une opération réalisée par l'agent économique qui décide d'acheter des biens de production qui lui permettent la production d'autres biens et services durables. L'investissement direct étranger, quant à lui, aurait pour origine, en droit international, la notion de protection des biens de l'étranger³, dont le statut a évolué pour donner lieu à un véritable « maquis » normatif. Il y est défini comme

¹ A. Bencheneb, op.cit, p.37.

² Pierre Vernimmen. « *Finance d'entreprise* », Editions Dalloz.2005.p.38.

³ D. Carreau. P. Juillard, « *Droit international économique.* » Op, cit. p.381. Il y est précisé que le fondement de cette protection serait de nature éthique suggéré par « l'humanisme chrétien » qui recommandait au souverain de protéger les biens de l'étranger chrétien dès lors que ce dernier séjournerait hors de son pays.

« *l'investissement qu'une unité institutionnelle résidente d'une économie effectue dans le but d'acquérir un intérêt dans une unité résidente d'une autre économie et d'exercer, dans le cadre d'une relation à long terme, une influence significative sur sa gestion*¹. »

L'objet de cette étude consiste en une recherche sur l'investissement en droit algérien sous l'angle d'une double approche, conceptuelle et fonctionnelle. Celle-ci nous permettra de dresser un état des lieux aussi bien de la notion que de ses déploiements. Cette étude devra cependant être délimitée dans sa dimension temporelle, à une phase par laquelle l'Algérie avait signé son adhésion au contexte général du « *retour obligé de l'investissement direct étranger et d'une attitude favorable de quasi-consensus à son égard...* »² L'objet de cette étude peut être appréhendé dans une logique d'étapes. Elle sera de ce fait, circonscrite à la période dite libérale inaugurée par le décret législatif de 1993, mais dont le dispositif le plus achevé est celui qui a été porté par l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, modifiée et complétée³.

Le processus de transition d'un système économique centralisé à une économie de marché a été accompagné par un vaste mouvement d'adaptation du cadre juridique régissant les investissements en Algérie. Le lieu commun de cette mutation de l'outil normatif, depuis 1993, est sans conteste, son libéralisme. Il reste cependant, que l'affirmation de cette doctrine, si elle a été franche pour un certain temps, est actuellement contrariée par une série de mesures prises par l'exécutif algérien et qui, dans leur philosophie, inaugure une nouvelle perception du rôle de l'investissement étranger en Algérie. Est-ce à dire que cette nouvelle vision constitue pour autant, un déni de la voie libérale ?

¹ Définition de l'institut national des statistiques et des études économiques (I.N.S.E.E) Français.

² Horchani. F. « *Quelques réflexions sur la politique législative en matière d'investissements étrangers en Tunisie* ». Revue tunisienne de droit. 1991, p.300.

³ Les principales modifications de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement ont été opérées par l'ordonnance 06-08 du 15 juillet 2006 et par l'ordonnance n°09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009

La réforme introduite par la loi de finances complémentaire pour 2009 traduit, à l'évidence, un mouvement incontestable de repli, en matière d'incitation et partant, d'attractivité des investissements directs étrangers. Paradoxalement, l'investissement domestique se trouve conforté par cette réforme qui semble retenir un modèle de croissance économique assis sur l'investissement national qu'il soit public ou privé. Le désengagement progressif de l'Etat de certains secteurs économiques a permis l'émergence et le développement d'un secteur privé dont le rôle s'affirme de plus en plus¹. Mais à côté de ce secteur privé, le secteur public économique semble bénéficier d'une redéfinition de la stratégie industrielle de l'Etat avec pour toile de fond, une réhabilitation des entreprises publiques performantes et une pause dans le processus de privatisation de ces dernières, qui faut-il le rappeler, étaient, dans l'esprit des initiateurs de la réforme de 2001², éligibles dans leur majorité à un transfert vers le secteur privé.

L'intérêt d'une étude sur le droit des investissements tient à l'actualité sans cesse renouvelée de ce thème. Cette actualité donne lieu à une « densité normative » qui s'exprime par l'adaptation constante des normes qui le gouvernement, et ce, dans la double perspective d'assurer une plus grande protection des investissements initiés par les ressortissants des pays émetteurs - ceci est du ressort du droit international - , et par une plus grande attraction de ces investissements, par le truchement d'instruments de promotion initiés par les pays récepteurs d'investissements, dans le cadre de leur législation interne. La démarche des pays développés est double. D'une part, ils s'en remettent à des instruments bilatéraux,

¹ Le secteur privé économique participe à hauteur de 55% de la croissance globale de l'économie et représente environ 38% du PIB. Source : Perspectives économiques en Afrique 2005-2006. OCDE. Publications.

² Outre l'ordonnance n°01-03 du 20 août 2001 portant développement de l'investissement, une autre ordonnance fut publiée le même jour et dans le même numéro du journal officiel, celle relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques. J.O.R.A n° 47 du 22 août 2001. P.7. Cette dernière devait consacrer un désengagement quasi-total de l'Etat des secteurs marchands de l'économie.

voire multilatéraux pour favoriser la mobilité des capitaux¹, et d'autre part, ils insèrent la matière relative aux investissements sous l'angle de l'organisation publique de l'économie, sans recourir à des codifications spécifiques. A l'inverse, les pays en développement préfèrent plutôt la démarche de présenter un corpus de règles spécifique à l'encadrement et à la promotion des investissements, souvent contenu dans un code des investissements.

En matière de droit algérien, les études entreprises auparavant sur le thème des investissements sont nombreuses et traduisent l'intérêt ancien de cette matière dans la doctrine juridique algérienne. Nonobstant leurs qualités avérées², il nous semble que ces études ont été rendues obsolètes du fait de l'évolution constante du dispositif législatif et réglementaire relatif aux investissements. C'est à un effort constant d'actualisation des recherches que nous convie la mobilité du thème. Les récentes modifications intervenues récemment en Algérie, interpellent le chercheur et l'invitent à en prendre la mesure et à « revisiter » la matière. Aussi, nous nous proposons, modestement, d'apporter une pierre à l'édifice dans le cadre de cette étude.

Le développement de l'interventionnisme normatif de l'Etat en matière d'investissement semble avoir permis l'émergence d'une nouvelle discipline³ que réalise le droit des investissements.

¹ A l'image du code de la libération des mouvements de capitaux élaboré dans le cadre de l'OCDE adopté le 14 décembre 1960, à Paris, et entrée en vigueur le 30 septembre 1961.

² Il n'est pas dans nos prétentions de citer l'ensemble de ces études. Cependant, à titre non exhaustif et qu'elles soient généralistes ou portant sur des questions sectorielles touchant à la matière du droit des investissements, nous pouvons citer, à titre d'exemple : M. Haroun : « *Le régime des investissements en Algérie*, » Paris, Litec, 2000. Ali Bencheneb : « *La Loi algérienne du 5 octobre 1993 relative à la promotion de l'investissement*. » Revue tunisienne de droit.1995. Centre d'études, de recherches et de publications. Tunis. A. Bouyacoub, « *Les investissements étrangers en Algérie 1990-1996. Quelles perspectives ?* » Annuaire de l'Afrique du Nord, tome XXXV 1996. C.N.R.S. Editions, p. 492. M.A. Bekhechi, « *L'investissement et le droit: réflexions sur le nouveau code algérien des investissements* », D.P.C.I. 1994, T 20, n°1. A. Mahiou, « *Evolution du droit de l'arbitrage en Algérie* », Revue Mutations, n°44- 2003, p.12. R. Zouaimia, « *le régime des investissements étrangers en Algérie* », journal du droit international, Clunet, 1993, p.569 et Revue tunisienne de droit, 1991.

³ Le dictionnaire des sciences sociales de S. Mesure et P. Savidan nous donne la définition suivante de la discipline. C'est une « science ou matière, pouvant faire l'objet d'un enseignement spécifique. » Collection «

La complexité croissante de l'économie, et son corollaire l'interventionnisme de l'Etat ont été le siège d'une activité normative assez marquée. Cette dernière a débouché sur une diversification et une spécialisation des règles juridiques, qui, pour des raisons de commodité pédagogique, sans doute, a permis l'émergence d'une multitude de « *droits spéciaux qui apparaissent comme autant de subdivisions internes du droit.* »¹

Le droit des investissements s'intégrerait dans cette logique de ramification des règles de droit. Ce dernier, serait, pour certains, « *un droit nouveau, complexe et sujet à des mutations permanentes qui ont pour origine l'extension du domaine de l'Etat.* »²

Pour d'autres auteurs, et en paraphrasant F. Horchani³, le droit des investissements, réalise un mélange de disciplines juridiques (droit public-droit privé) et d'ordres juridiques (droit interne et international), et opère une interdisciplinarité entre le droit et l'économie. Cet essai de définition a le mérite de nous suggérer d'abord, une approche de l'objet de l'étude que nous nous proposons de mener. La notion d'investissement est avant toute chose, et par excellence une notion économique, que le droit s'est approprié en lui dédiant des instruments juridiques destinés à la régir. Les passerelles entre les deux spécialités seront nombreuses dans ce travail et traduisent cet esprit nouveau qui caractérise l'analyse substantielle des règles juridiques, car la discipline juridique « *englobe et se nourrit de toutes les autres.* »⁴ Ensuite, L'essai de définition dont il a été question plus haut, nous permet de fixer le cadre d'analyse de cette étude, qui se situera principalement dans une perspective de droit interne, c'est-à-dire le droit positif algérien, que dans celui du droit international qui est le siège d'un développement prodigieux de la

Grands dictionnaires ». P.U.F. 2006. De son côté, le lexique des sciences sociales, 7ème édition Dalloz, de M. Gravitz définit la discipline comme « un secteur particulier de la connaissance ».

¹ J. L. Aubert, Introduction au droit, 8ème édition, Armand Colin.2001.p.30.

² A. Abed, « *L'encadrement juridique des investissements à travers le code des incitations aux investissements* », thèse de Doctorat en Droit, Université de Droit, d'Economie... Tunis III, 1997. p, 16.

³ In, « *Quelques réflexions...* ».op-cit .p. 291-292.

⁴ L.C. Tanugi, « *Le droit sans l'Etat* » Quadrige P.U.F. 1992, cité par T. Khalfoune, « *Le domaine public en droit algérien : réalité et fiction.* » Collection Logiques juridiques Op.cit, p.44

discipline. Il reste que l'imbrication des deux ordres est assez évidente. Le premier cité se préoccuperait davantage de promouvoir les investissements étrangers par la mise en place d'instruments d'attractivité. Le second, étant surtout l'œuvre des pays développés, s'attacherait surtout à mettre en place des instruments de traitement et de protection des investissements de leurs ressortissants.

Sur un autre plan, et dans le strict cadre du droit interne, l'investissement en droit algérien, se présente sous la forme d'une articulation de textes de portée générale et d'autres de portée spécifique, consacrant par là même, une architecture à double niveau. Cette dernière, définit un droit commun des investissements, unificateur de genres entre d'une part investissement domestique et investissement étranger, et entre investissement public et investissement privé qui se décline dans un régime que nous appellerons universel, et d'autre part, d'un droit spécifique à des secteurs d'activité déterminés. Cette diversification des régimes de l'investissement fait suite à un mouvement de démonopolisation de l'activité économique que l'Algérie connaît depuis 1995.

Le principe directeur des réformes qui ont été conduites depuis la promulgation du premier code des investissements de 1993 jusqu'à ce jour, réside dans la volonté affichée de construction d'une économie de marché. Si les premiers cadres juridiques de l'investissement de la période libérale déclinaient une affirmation franche de cette option libérale, la récente réforme opérée par la loi de finances complémentaire pour 2009 inaugure une perception nouvelle en matière d'investissement étranger. Ce dernier fait, désormais, l'objet d'un encadrement plus strict. Faudrait-il pour autant conclure que cette dernière réforme opère un revirement en matière de libéralisme ?

Les IDE ont de tout temps représenté une part relativement faible de l'investissement total en Algérie, et la stratégie de repli que consacre la dernière évolution du cadre juridique s'explique tout simplement par l'idée, ancrée chez les décideurs, qu'ils ne représentent plus le principal levier de la croissance. Ce rôle échoit désormais à l'investissement domestique jugé indispensable à la pérennité de

la croissance économique. Toutefois, et au regard de l'importance des IDE dans l'amélioration des capacités d'innovation et pour le transfert technologique, une fonction spécifique lui a été définie dans le cadre de la nouvelle stratégie économique. De plus, et en considérant la nature versatile du droit des investissements qui obéit souvent à des logiques conjoncturelles, il ne serait pas exclu une reconsidération future de cet état de choses.

Le cap du libéralisme nous semble, maintenu dans le droit algérien de l'investissement, même si, ici et là, ce dernier nous renvoie l'image d'un rapport ambigu à la mondialisation. Il ne s'inscrit pas tout à fait dans sa dynamique, à l'instar du droit des pays de la région. Il n'est pas non plus tout à fait en dehors. Cette inadaptation à la mondialisation expliquerait en grande partie les contradictions et les réticences du droit algérien de l'investissement à se projeter totalement dans une perspective d'internationalisation des modèles et instruments juridiques imposée de plus en plus par le droit international de l'investissement. Le cadre légal mis en place semble être incompatible avec les exigences de l'ouverture économique telle que prônée par la mondialisation. En tout état de cause, l'intégration ou non à la mondialisation ne fait pas actuellement débat en Algérie. Ce dernier ne concernerait que les modalités et non pas la finalité en elle-même.

Aussi, le paradoxe du droit algérien de l'investissement, tiraillé entre la proclamation de principe d'un libéralisme et l'entretien d'un rapport ambiguë avec la mondialisation de l'économie qui a imposé une internationalisation du droit, se manifeste aussi bien au niveau de la notion d'investissement que le droit algérien consacre, ce à quoi nous nous attèlerons à mettre en évidence dans le cadre la première partie, qu'au niveau des régimes juridiques dans lesquels la notion se décline. Toutefois, le présent travail ne prétend pas être une monographie exhaustive de ces régimes. Au regard de leur pluralité et de leur étendue, nous limiterons notre étude à un seul de ces régimes dont nous estimons qu'il constitue un échantillon représentatif de cette diversité. Ce sera le régime que l'on qualifie d'universel, celui porté par l'ordonnance n°01 -03 du 20 août 2001 relative au

développement de l'investissement. Ceci fera l'objet d'une deuxième partie. Mais avant tout cela, il serait de bon ton, dans le cadre d'un chapitre préliminaire, de s'interroger sur le contexte du droit des investissements en Algérie ainsi que sur les attentes escomptées de l'investissement. Il reste entendu que celles-ci sont variables et différent d'un pays à l'autre. De même, l'investissement étranger ne produit pas les mêmes effets que l'investissement domestique. Toutefois, pour les pays en développement, deux grands thèmes accompagnent la question des investissements étrangers.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

I- : Le contexte du droit des investissements en Algérie

Dans son évolution, le droit des investissements en Algérie a connu une grande variation dans sa contextualité. La référence première, pré et post indépendance se rapportait à la construction du socialisme¹. L'économie algérienne dans cette optique, se devait d'être une économie centralisée basée sur un secteur public prédominant et un secteur privé marginalisé dans un premier temps, puis sérieusement encadré. En second lieu, la référence qui a marqué le droit des investissements a été celle de l'abandon du dogme de l'idéologie². Le nouveau contexte du droit des investissements, né, par suite des réformes engagées depuis 1988, a été marqué, nous semble-t-il, par un désengagement de l'idéologie ayant abouti au choix de l'économie de marché. Enfin, le contexte immédiat du droit des investissements, tel qu'il résulte de certains choix opérés récemment, conforte l'idée d'un pragmatisme qui s'inscrit dans une démarche de démondialisation, ou à tout le moins d'une mondialisation maîtrisée et de son corolaire : le protectionnisme.

A - Un contexte historique marqué du sceau de l'idéologie socialiste

¹ Congrès du F.L.N tenu à Tripoli (Libye) du 4 au 7 juin 1962. Ses résolutions avaient clairement énoncé que « ... la disparition à long terme du secteur privé est retenue... ». Il y a lieu de souligner que pour cette époque, l'expérience algérienne est tantôt qualifiée de socialiste par certains et tantôt comme un pays en transition vers le socialisme. Pour d'autres, le débat portait sur la nature du socialisme qui devait être scientifique ou spécifique à l'Algérie, en raison de ses racines arabo-musulmanes. Le socialisme algérien de l'époque était qualifié par d'autres auteurs, à l'image de Marc Ecrement, de social étatique. Social par son objectif constamment affirmé de justice sociale en faveur des démunis, et étatique dans sa fonction d'ordonnateur de la distribution sociale, d'entrepreneur du développement et le garant de l'indépendance économique, in, « *Indépendance politique et libération économique, un quart de siècle de développement de l'Algérie*. Enap/ O.p.u. Alger. 1983. p, 23, cité par T. Khalfoune « *Le domaine public en droit algérien : réalité et fiction* » Collection Logiques juridiques. L'harmattan. Paris. 2004. Ce livre fait suite à une thèse de Doctorat en droit public soutenue à l'université Jean Moulin- Lyon 3 sous le thème « *La domanialité publique à l'épreuve du droit algérien* » 2003. P, 151.

² L'idéologie est entendue comme étant « *un système d'idée qui exagère sa propre importance dans la construction et la transformation de la réalité, et d'un instrument de légitimation des institutions.* » in T. Khalfoune. Op.cit. note de bas de page, p, 44.

L'environnement du droit des investissements, a été, depuis l'indépendance jusqu'à la décennie 90, lourdement investi par l'idéologie socialiste. Cette dernière était ressentie comme une manifestation concrète de la souveraineté nationale. L'option de construction d'une économie socialiste a très vite été accompagnée d'une série de mesures, dès les premières heures de l'indépendance, allant de la mise sur pied de comités de gestion pour gérer les exploitations agricoles¹ et industrielles² soit, abandonnées par leurs propriétaires, soit nationalisées, à la croissance démesurée d'un secteur d'Etat omnipotent.

Les deux premières législations algériennes de l'investissement, issues des codes de 1963³ et de 1966⁴, ont constitué les premiers outils de l'Algérie indépendante dans l'entreprise d'élaboration et de conception d'une doctrine de l'investissement, tant public que privé, que ce dernier serait national ou étranger.

Même si ces outils ont été marqués par un certain nombre d'hésitations et d'incohérences, ils ont eu le mérite d'avoir constitué l'ébauche de cette doctrine algérienne de l'investissement.

Cette doctrine devait procéder à la délimitation du champ d'intervention du secteur public et du secteur privé dans l'économie algérienne. Esquissée dans le code de 1963, cette doctrine a été forgée et développée dans le code de 1966, qui a donné à l'Etat, une vocation générale à régenter et à contrôler toute l'activité économique.

A cet égard, trois secteurs d'activités économiques ont été dégagés par le législateur économique algérien :

- Les « secteurs vitaux » de l'économie dans lesquels, l'Etat détient un monopole. Ce sont tous les domaines d'activité économique que l'Etat a jugé

¹Cf. Ordonnance n°68-653 du 30 décembre 1968 portant autogestion agricole. J.O.R.A. 1969, p.110.

²Cf. Ordonnance n° 626020 du 24 août 1962 concernant la protection et la gestion des biens vacants. J.O.R.A n° 1962. N°12, p.138. Sur l'ensemble de la question de la formation du domaine public en Algérie, il est intéressant de se référer à l'ouvrage de Tahar Khalfoune, Le domaine public en droit algérien, op.cit.

³Loi n° 63-227 du 26 juillet 1963, portant code des investissements. J.O.R.A. n°53 du 2 août 1963, p. 774.

⁴Ordonnance n° 66-284 du 15 septembre 1966, portant code des investissements. J.O.R.A. 1966, P 901.

nécessaire de gérer par lui-même et dont il exclut, par voie de conséquence, l'initiative privée, qu'elle soit nationale ou étrangère. Dans ces secteurs, la liberté d'investissement pour l'entreprise privée n'y était pas reconnue.

Cette notion de « secteurs vitaux », n'a jamais fait l'objet d'une définition ou, à tout le moins, d'une énumération exhaustive et ce, malgré l'engagement express du législateur d'y procéder.

En l'absence d'une telle délimitation, il y avait lieu de penser qu'à contrario, les secteurs non-vitaux seraient ceux où aucun monopole exercé par une entreprise publique, n'ait été mis en place.

Toutefois, ces « secteurs vitaux » pouvaient être le lieu d'une collaboration entre l'Etat et les entreprises privées, nationales ou étrangères, dans le cadre exclusif de la société d'économie mixte.

- Les secteurs de l'industrie et du tourisme. Les activités relevant de ces secteurs ont été expressément ouverts à l'initiative privée et ce, par l'article 4 de l'ordonnance de 1966 portant code des investissements qui disposait : « *Les personnes physiques ou morales tant algériennes qu'étrangères.... peuvent créer ou développer des entreprises industrielles ou touristiques, augmentant l'équipement productif de la nation... »*

- En dernier lieu, le secteur du commerce intérieur et des services, auquel il faut joindre celui de la construction et des travaux publics, n'ont pas été expressément visés par les codes et spécialement celui de 1966. Il en a résulté que l'investissement privé tant national qu'étranger, demeurait possible et que les dispositions de ce dernier code sur le préalable de la demande d'agrément ne s'appliquaient pas en l'espèce.

Dans leur ensemble, les codes d'investissement de 1963 et 1966¹ avaient marginalisé le secteur privé et contingenté la présence des capitaux étrangers dans

¹ Sur cette phase précise, voir les articles de Belkacem. K et Amadio, A : « *Le code des investissements privés en Algérie* » R.J.E.P.I.C Juillet-Septembre 1972, n°3 et « *La pratique du code algérien des investissements privés* », D.P.C.I, juin 1976. Tome II.n°2.

le cadre d'une participation minoritaire dans le capital de sociétés d'économie mixte, constituées conjointement avec des entreprises publiques algériennes.

A l'inverse des deux précédentes législations sur l'investissement, où une seule et unique source normative régissait aussi bien les investissements initiés par les nationaux que par les étrangers, période que l'on peut qualifier de « confusion de genres » ou de législation générale¹, la phase inaugurée à partir de 1982 avait consacré l'abandon de cette démarche pour opter pour le principe d'une législation spécifique à chaque figure d'investissement- l'investissement privé national et l'investissement mixte-, période que l'on peut qualifier de « séparation des genres ».

La loi n°82-11 du 21 août 1982² relative à l'investissement économique privé national, a servi de cadre aux seuls investissements privés nationaux. Elle avait limité le montant des investissements tolérés et éligibles aux avantages du code au montant de trente (30) millions de Dinars Algériens, ce qui est relativement dérisoire pour un investissement. De plus, l'article 4 de ladite loi avait inséré ces investissements dans les objectifs fixés par la planification nationale. L'article 13 quant à lui, les soumettait à une procédure d'agrément préalable qui devait apprécier leur conformité aux conditions posées par la loi.

De son côté, la loi n° 82-13 du 28 août 1982³ a concerné la constitution et le fonctionnement des sociétés d'économie mixte. Cette loi avait repris à son compte, mais en les codifiant les principes dégagés par la pratique empirique de la période précédente. Le code des sociétés d'économie mixte issu de cette loi avait accentué le caractère rigoureux de l'encadrement du capital étranger en Algérie.

En effet, l'alinéa 1 de l'article 1 posait le principe qu'une ou plusieurs entreprises socialistes étaient habilitées à créer avec des entreprises étrangères, des sociétés d'économie mixte (S.E.M). Par cette disposition, le législateur algérien avait expressément et doublement exclu le secteur privé national de l'association

¹ A l'exception toutefois du secteur des hydrocarbures qui était régi par un texte spécial, faisant suite à sa nationalisation. Ordonnance n°71- 22 du 12 avril 1971. J.O.R.A. du 13 avril 1971, p.369.

² J.O.R.A, n°34 du 21 août 1982, p.1166.

³ J.O.R.A, n°35 du 28 août 1982, p.1189.

dans le cadre de l'entreprise conjointe. D'un côté avec le partenaire public et de l'autre avec le partenaire étranger. Cette exclusion a été justifiée par l'émergence d'une exigence nouvelle pour le secteur public économique, celle de l'acquisition d'une maîtrise technologique, dont le secteur privé national était jugé incapable d'y pourvoir, d'une part, et de restreindre le développement du secteur privé national, en empêchant sa collaboration avec le capital étranger, d'autre part. Par voie de conséquence, l'association mixte ne pouvait se réaliser qu'avec les entreprises étrangères, détentrices de savoir-faire technologique. Il n'est qu'à rappeler, que le mobile de transfert de technologie était devenu une obligation légale expresse pesant sur le partenaire étranger et ce conformément aux dispositions de l'article 6 de la loi de 1982.

Cette législation spécifique aux sociétés d'économie mixte était assise sur des dogmes hérités du droit socialiste, tel le sacro-saint principe de la majorité financière de la partie algérienne. L'article 22 de la loi de 1982 a été très explicite à ce sujet, en disposant que : « *La participation de la (ou des) entreprise (s) socialiste (s) ne peut en aucun cas être inférieure à 51%.* » De même, les textes réglementaires¹ pris pour l'application de cette loi, avaient intégré la société d'économie mixte dans un rapport de filialisation vis-à-vis de l'entreprise socialiste-mère. A ce titre, La S.E.M s'était vu intégrée, par l'article 6 dudit décret, dans le schéma national de planification et qu'à ce titre, elle se devait de réaliser les objectifs annuels et pluriannuels assignés à son activité.

Deux événements majeurs allaient remettre en question cette démarche dissuasive vis-à-vis de l'investissement privé tant national qu'étranger. L'un strictement interne, qui a conduit l'Algérie, à partir de la deuxième moitié des années 80, à connaître une situation de grande difficulté financière, héritée des effets croisés d'un poids contraignant et d'une mauvaise gestion de la dette, d'une

¹ Décret n° 83- 737 du 17 décembre 1983 portant prérogatives de l'entreprise socialiste en matière d'orientation et de contrôle sur l'activité et la gestion de la société d'économie mixte. J.O.R.A du 20 décembre 1983, p.3088.

part, et de la baisse sensible du prix du pétrole, d'autre part. La dépendance de la fluctuation du prix du pétrole pour une économie mono-exportatrice, comme celle de l'Algérie est une menace constante pour sa stabilité financière. Ceci est d'une importance toute particulière, et nous aurons l'occasion d'y revenir dans la suite de nos développements. Le second facteur est d'origine externe et tient au bouleversement qu'à connu le monde avec la disparition du bloc communiste.

B- : Un contexte proche marqué par une nouvelle orientation économique

Le contexte proche du droit des investissements se réfère à des éléments tenants aussi bien au plan international qu'au strict plan interne de l'Algérie. En règle générale, les éléments tirés de l'internationalisation de la matière expriment la mutation profonde du droit international des investissements qui a inévitablement retenti sur les droits internes des pays récepteurs d'investissement. A ce propos, nous observons avec Michalet .C.A¹ que : « *l'évolution des textes législatifs et réglementaires régissant les investissements directs étrangers et, plus concrètement, l'évolution du cadre juridique de l'activité locale des filiales des firmes multinationales sont indissociables de la dynamique de la mondialisation...* », ayant abouti à un « *grand changement d'attitude vis-à-vis des investissements étrangers qui s'est manifesté depuis le début des années quatre-vingt dans la quasi-totalité des pays* » Cette dynamique de la mondialisation repose sur le postulat du repli du pouvoir économique des Etats-nations et de la conception d'un Etat interventionniste dans l'économie, et s'inscrit dans une démarche de pur libéralisme économique.

a- Le contexte international

¹ Michalet .C.A, « *L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers et la dynamique de la mondialisation* », in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn. Litec. 2000, Volume 20, p. .433.

L'antagonisme capitalisme/ socialisme, produit d'un conflit idéologique ayant cessé d'exister des suites de la chute brutale de « l'empire » soviétique en 1991, la thèse de la fin des idéologies a entraîné la disparition des blocs, et dans son sillage, la disparition de tout système d'idées proposant une conception propre et absolue du monde. Dès lors, et comme il a été relevé par le Pr Mohamed Salah M..M, « ... *L'échec des expériences dirigistes et socialistes au Sud comme à l'Est, l'explosion du problème de la dette ne laissent pas d'autre alternative que s'intégrer à la mondialisation économique par une ouverture juridique.*¹ ». Comme le souligne le même auteur, « *c'est sur les décombres de l'ordre bipolaire que le libéralisme a pu se poser en paradigme unique* »². Cette consécration du modèle du marché veut dire en fait, la fin des autres idéologies, c'est-à-dire le triomphe d'une seule idéologie : celle du marché sur lequel est assise la mondialisation. Ce concept est le fruit de la conjonction de plusieurs facteurs qui ont fondé un moment particulier dans l'évolution de la pensée économique contemporaine qui repose sur l'affirmation d'une doctrine de libéralisme pur, héritière elle-même d'une pensée politique et sociale toute aussi dure, largement inspirée de la révolution néo- conservatrice thatchéro-reaganienne des années 80³. Le projet politique des néo- conservateurs porte un modèle de société visant à la réhabilitation de la morale et de la vertu

¹ Mohamed Salah M. M, « *La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux : Réflexion sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation* ». Revue Internationale de Droit Economique, T XV -3.2001/3, p. 279.

² Ibidem.

³ L'arrivée quasi-simultanée au pouvoir de M. Thatcher (4 mai 1979- 28 novembre 1990) au Royaume-Uni et de R. Reagan (20 janvier 1981- 20 janvier 1989) aux Etats-Unis d'Amérique, tous deux hostiles au socialisme et souhaitant réduire l'ingérence de l'État dans la société, a illustré le triomphe de cette révolution néo-libérale. Cette dernière a donné naissance à des courants de pensée tels le libertarianisme, néologisme inventé afin de distinguer les libertariens des libéraux des Etats-Unis, à gauche de l'échiquier politique. Ce courant ultra-libéral, conservateur, est né en 1971 aux Etats-Unis, avec la publication du livre de Robert Nozick, « *Anarchie, État et utopie* » 1974, réédition P.U.F 2008. Il place l'individu au dessus de tout et fonde sa doctrine sur l'inadmissibilité de l'intervention de l'Etat dans les affaires privées des individus et sur l'idée que tout Etat est nécessairement illégitime. Un courant plus modéré, le « minarchisme », prônant l'Etat minimal, estime par contre, que l'Etat est légitime lorsqu'il est minimum, se limitant à garantir l'ordre capitaliste de la société, c'est-à-dire, la protection de l'exercice des libertés naturelles que sont le droit à la sécurité et le droit de propriété.

qu'on prétend perdues, une société libérale où le sacré est réintroduit, et un modèle de relations internationales, assis sur une certaine idée de la force¹. L'ambition de ce projet ne visait rien moins que la transformation radicale de l'ordre international.

Le « *new world order* » proclamé par le président Bush à l'issue de la première guerre du golfe, en 1990, préfigurait cette vision nouvelle qui allait provoquer un bouleversement du monde dans lequel nous vivons. Les préoccupations économiques n'ont pas été étrangères à cette mutation et le lien entre le déclenchement de la guerre citée plus-haut et l'accès aux sources d'approvisionnement en pétrole, considérées comme « bien commun », est assez éloquent. A ce propos, le Pr R. Charvin², soulignait le fait que « ...c'est les intérêts particuliers de quelques Etats, qui sont qualifiés de bien commun pour tous. »

Qu'entend-on par ce concept de mondialisation ?

La mondialisation³ est définie comme « un processus d'intégration des systèmes productifs, commerciaux, financiers et d'information mondiaux. »⁴D'autres auteurs¹ y voient un phénomène multidimensionnel,

¹ F. Rigaux, dans « *D'un nouvel ordre économique à l'autre* » in, La mondialisation du droit, sous la direction d'E. Locquin et C. Kessedjian. Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux. Volume 19. Litec.2000, estime que le nouvel ordre mondial est « affecté d'une grande lacune du point de vue d'un « ordre juridique », à savoir l'absence de tout contrôle juridictionnel des décisions prises par les organes du pouvoir... »

² In « *La régulation juridique et mondialisation néolibérale : Droit mou, Droit flou et non-droit* » Actualité et droit international janvier 2002.p.3. www.ridi.org/adi.

³ Concept apparu sous l'influence de certains penseurs contemporains, à l'image de Francis Fukuyama, philosophe et économiste américain d'origine japonaise, il a exposé dans son œuvre « *La fin de l'histoire et le dernier homme* »- Flammarion-, 1992, une théorie selon laquelle, la progression de l'histoire humaine, envisagée comme un combat entre des idéologies, touche à sa fin avec le consensus sur la démocratie libérale. Fr. Hayek, philosophe et économiste autrichien 1899-1992, a été également derrière le succès qu'a connu ce concept. . « *Droit, Législation et Liberté* » Collection Quadrige, éditions P.U.F, 1995, constitue le véritable aboutissement de la pensée de Friedrich von Hayek et de son engagement à défendre la société libérale. Très proche des firmes multinationales qui finançaient ses travaux, il fut l'un des principaux défenseurs de l'Etat minimal qui doit succéder à l'Etat providence. La pensée économique et politique de Friedrich A. Hayek s'est imposée comme fondement idéologique de l'ordre libéral. Il pensait que « ...Le marché signifie seulement le plus efficace des systèmes économiques connus, n'excluant pas que l'histoire en révèle d'autres. Mais aucune constatation de ses imperfections ou de ses échecs ne doit valoir, contre la certitude absolue, déjà établie par l'histoire, qu'il est le meilleur. » Cité par Manin Bernard in : *Le libéralisme radical de Friedrich August Hayek*, in, Problèmes économiques. Novembre 1983. N°1, p.19, cité par T. Khalfoun, op.cit. p, 302.

⁴ Ph.Hugon : « *Economie politique internationale et mondialisation* ». Economica. 1997, p.6. Cité par Mohamed Salah M.M, précité, p.253.

caractérisé par la formation progressive d'un marché à l'échelle planétaire et axé sur la mobilité des biens et des services, des capitaux, des facteurs productifs et même des hommes.

En tout état de cause, la mondialisation de l'économie et son corolaire, la globalisation des échanges, a conduit les Etats à envisager leurs politiques économiques en fonction des stratégies des groupes industriels et financiers. Elle aurait fait perdre toute sa pertinence à la notion d'Etat national, puisque l'économie globale est assise sur le développement de pouvoirs économiques privés transnationaux, devenus les acteurs majeurs et incontournables des relations internationales, et ce, au détriment des Etats. Ceci donne tout son sens à l'idée que la globalisation a permis « ...le rejet des modèles liés au modèle étatique, en repoussant le plus possible les traces d'une singularité nationale au profit d'une standardisation des textes et des procédures... »² De même, la globalisation de l'économie ne serait plus compatible avec la conception de la souveraineté nationale qui servait de référence, dans les années soixante et soixante-dix, au modèle juridique d'un nombre assez important de pays, se réclamant du socialisme ou simplement d'une économie nationale indépendante, et qui étaient encore réticents à la libre implantation des firmes étrangères sur leurs territoires.

La mutation du droit international de l'investissement a permis l'avènement d'un « *droit ultra protecteur de l'investissement international, c'est-à-dire occidental qui ne se préoccupe pas de développement.* »³ Cette mutation s'est traduite par un grand changement d'attitude vis-à-vis des investissements étrangers qui s'est manifesté depuis les années quatre-vingt, faisant suite à la pression exercée par les firmes transnationales qui ont basé leur stratégie sur le changement de la

¹ C.A. Michalet in « *L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers et la dynamique de la mondialisation* » Souveraineté étatique et marchés internationaux. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn. Litec. Année 2000- Volume 20. P.435.

² C.A. Michalet in « *L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers et la dynamique de la mondialisation* » op.cit. p.435.

³ R. Charvin, in : « *La régulation juridique et mondialisation néolibérale* », op.cit. p.3.

politique économique des pays d'accueil, en mettant à profit la crise d'endettement de beaucoup de pays du sud.

La configuration actuelle de l'économie globale, qui succède, d'après la typologie établie par le Pr C. A. Michalet¹, à l'économie « inter-nationale », puis l'économie « multi-nationale », ce qui peut correspondre aux « trois âges de l'économie mondiale » a fait naître des conceptions et des outils juridiques répondant au mieux aux aspirations des investisseurs qu'ils soient industriels ou financiers, et c'est précisément l'influence de ces derniers, qui est au centre des transformations profondes que connaît le statut des investissements étrangers en droit international. La mutation dont il a été question plus haut, a fait passer les Etats, en matière d'accueil des investissements étrangers, d'une position de suspicion et de contrôle à une position d'attraction et de promotion, en consacrant par la même, le « *primat de l'attractivité*² » imposé par l'économie globale. Dans le même ordre d'idées, le cadre législatif des pays d'accueil de l'investissement se déclinait dans cette perspective qui a fait dire au Professeur A. Bencheneb que « *...les lois nationales présentent, depuis 1990, une texture qui ne ressemble en rien aux lois de la première génération. Les Etats les affichent comme des instruments promotionnels d'une politique d'ouverture à l'investissement*³. »

b - Le contexte interne

En plus de ces paramètres d'ordre international, certains facteurs relevant de l'ordre propre à l'Algérie, ont légitimé la mutation du droit interne de l'investissement.

¹ Ibidem.

² C.A. Michalet. Op-cit. p.444.

³ A. Bencheneb « *sur l'évolution de la notion d'investissement* » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20eme siècle* », précité, p. 187.

Certains pays, parmi lesquels nous comptons l'Algérie, ont été exposés au risque d'insolvabilité financière¹, et ont postulé, de ce fait, aux aides des institutions financières internationales, en l'occurrence la Banque Mondiale et le Fonds Monétaire International. Ces derniers recourent au principe de conditionnalité pour régir les aides qu'ils accordent aux pays qui les sollicitent. Les politiques d'ajustement structurel préconisées par ces institutions ont pour effet principal d'amarrer l'économie du pays demandeur à l'économie internationale « *en la soumettant aux contraintes et à la logique du marché mondial.*² » Ces politiques d'ajustement structurel emportent toujours des mesures de libéralisation de l'économie, parmi lesquelles, le désengagement de l'Etat de la sphère économique, par le transfert au secteur privé d'entreprises publiques, au moyen de la privatisation. C'est dans ce cadre-là, que l'Algérie s'était vue contrainte de négocier, en 1991, un accord avec le F.M.I, avec comme conditionnalité, le passage à l'économie de marché. Plus tard, le 27 mai 1993, elle signe avec le F.M.I, un autre accord de crédit stand-by. Elle obtient en 1994, du Club de Paris, un accord de rééchelonnement de sa dette publique. En 1995, l'Algérie concluait avec le F.M.I un deuxième accord dit de facilités élargies.

C'est dans ce double climat de récession économique interne, et de soumission aux thérapies des bailleurs de fonds internationaux, que l'Algérie avait résolument entamé la construction de sa transition vers l'économie de marché en abandonnant, par la même, les normes qui ont forgé son système économique et institutionnel, caractéristiques de la voie de développement qu'elle s'était choisie auparavant, c'est à dire, la voie socialiste.

A ce stade, il nous faudra tout de même préciser, que les réformes ont toujours été présentées comme de simples mesures de restructuration du secteur public

¹ Ceci est du en grande partie au mode de financement de la stratégie de développement de l'époque puisque l'endettement extérieur avait atteint 40% du volume des investissements, selon certaines études. Voir à ce sujet, A. Lelou, « *Le financement extérieur de l'investissement* », in: Monnaie, crédit et financement en Algérie (62-87) Alger. 1987, cité par A. Bouyacoub, *Les investissements étrangers en Algérie 1990-1996. Quelles perspectives?* Annuaire de l'Afrique du Nord, tome XXXV 1996. C.N.R.S. Editions, p. 492.

² Mohamed Salah M. M. « *La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux* ». Op.cit. p, 280.

économique afin d'instaurer une économie de type concurrentiel. A l'évidence, le personnel politique algérien, nourri d'une culture de primauté du secteur public et d'étatisme et, sans être totalement réfractaire à toute idée de libéralisme, restait tout de même farouchement attaché au mode de régulation publique de l'économie. Il y a là, assurément une explication possible à la difficulté de définition d'une doctrine cohérente en matière d'investissement étrangers.

L'œuvre de recomposition a été quelque fois indécise, hésitante durant une première phase allant de 1986 à 1993. Au-delà de cette dernière, l'adoption du décret législatif¹ n°93-12 du 5 octobre 1993, relatif à la promotion de l'investissement², avait intégré définitivement ce dernier dans une démarche d'économie de marché.

La promulgation de l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement³, a constitué une évolution normative qualitative en matière de législation sur les investissements en Algérie. A l'inverse du code des investissements de 1993, Les indicateurs macro-financiers ont connu une amélioration remarquable, à en croire la lecture officielle qui en a été faite. Les actions engagées sur le plan de la stabilisation et des réformes structurelles ont grandement bouleversé les conditions de fonctionnement de l'économie algérienne. Elles ont eu pour effet de remédier aux déséquilibres tant intérieurs qu'extérieurs, en vue de l'assainissement de la situation macro-économique et le rétablissement des équilibres fondamentaux. A titre d'exemple, pour l'exercice 2001, le ratio de la dette avait baissé à 22% du produit intérieur brut (P.I.B), alors qu'il était de 70% dans la période qui avait précédé le rééchelonnement. De même, Les réserves de changes qui étaient inférieures à deux (2) milliards de dollars US à la veille du

¹ Au moment de la promulgation de ce code, en 1993, l'Algérie vivait une transition institutionnelle, suite à la démission du Président de la République en 1992. Un Haut Comité d'Etat à été institué et a été dépositaire du pouvoir de légiférer par voie de décret législatif et ce, en vertu de la délibération n°92-02 du 14 avril 1992 relative aux décrets à caractère législatif. J.O.R.A n° 28 du 15 avril 1992.

² J.O.R.A. n°64 du 10 octobre 1993.

³ J.O.R.A. n°62 du 24 octobre 2001. p.4.

programme d'ajustement structurel, ont atteint à la fin 2001, les 18 milliards de dollars US.

Les principales raisons qui ont prévalu à la décision de réformer le cadre juridique des investissements tiennent pour l'essentiel, dans le fait de donner davantage de flexibilité à ce cadre, en offrant plus d'opportunités au partenariat par le biais de la prise de participation dans le capital des entreprises publiques, en mettant l'accent sur le développement des investissements directs étrangers.¹

Dans son ensemble, le code des investissements issu de l'ordonnance du 20 août 2001, portant développement des investissements, a permis la réalisation d'une vague, qui sans être exceptionnelle, a été jugée assez appréciable d'investissements en dehors du secteur des hydrocarbures, étant entendu que ce dernier secteur reste le plus attractif de l'investissement en Algérie. L'apport des investissements directs étrangers a été jugé relativement positif, moins dans son aspect quantitatif que qualitatif. Si les flux d'investissements étrangers réalisés dans la période couverte par le code de 2001 ont été assez modestes entre 2001 et 2008², leur contribution à la mise à niveau et partant, à la modernisation d'importants secteurs de l'économie algérienne est une donnée établie.

C- : Un contexte immédiat marqué du sceau du pragmatisme

Le nouveau contexte du droit des investissements en Algérie est le résultat croisé de deux facteurs, l'un externe, porté par la crise financière internationale, et l'autre interne, avec l'avènement du nationalisme économique qui, du point de vue de beaucoup d'observateurs de la vie économique nationale, « *peut être*

¹ Le développement des investissements renvoie à l'idée d'augmentation des flux financiers. Voir, à ce propos, la thèse d'A. Abed, « *L'encadrement juridique des investissements à travers le code des incitations aux investissements* » Université de Droit, d'Economie et de Gestion. Tunis III. 1997, p.9.

² Selon un bilan établi par l'agence nationale de développement des investissements (A.N.D.I), il est fait état, pour la période allant de 2001 à fin 2008, d'un montant global de 7,9 milliards de dollars d'investissement hors- hydrocarbures. Ce qui, somme toute est assez modeste comparativement au dernier secteur cité qui a connu pour la même période des investissements de l'ordre de 18 milliards de dollars.

appréhendé comme une réponse à un processus mal vécu d'ouverture et de libéralisation externe¹. »

La crise financière internationale, issue de la crise des subprimes², déclenchée aux Etats-Unis d'Amérique à la fin de 2006, s'est faite réellement ressentir à l'été 2007, et s'est aggravée en 2008 avec la mise en difficulté d'importantes banques américaines. Ces dernières, ont connu des fortunes diverses allant de la mise en faillite pour certaines, à l'image de Lehman Brothers, et le sauvetage pour certaines autres, telle Merrill Lynch, rachetée par Bank of America. Cette crise a eu des incidences sur tous les marchés financiers mondiaux. De même, elle a réussie à déclencher une panne de l'investissement des entreprises du fait du blocage du marché interbancaire. L'économie réelle de tous les pays est touchée d'une manière plus ou moins forte et se manifeste par un recul de la croissance économique et corrélativement, une hausse du chômage.

Devant l'ampleur des dérèglements de l'économie mondiale suite à l'effondrement des marchés boursiers et leurs incidences sur la vie des gens, les pouvoirs publics ont eu à prendre des mesures tantôt concertées³, tantôt unilatérales pour atténuer les effets de cette crise. Les réponses nationales à la crise financière

¹ « *Le nationalisme économique en Algérie : entre libéralisme puéril et étatisme stérile* ». Par Samir Bellal, in. Le Quotidien d'Oran. Opinion. Lundi 25 janvier 2010. P.9 et 11.

² L'encyclopédie du Web Wikipédia nous donne la définition suivante des subprimes : Le terme Subprime est employé plus particulièrement pour désigner une certaine forme de crédit hypothécaire (*mortgage*), apparue aux États-Unis. Ce crédit immobilier est gagé sur le logement de l'emprunteur (hypothèque), avec un taux d'emprunt variable au cours du temps. Au sens le plus large, un « subprime » est un crédit à risque, à taux plus élevé pour l'emprunteur, et donc avec un rendement plus important pour le prêteur afin de rémunérer le risque de non remboursement, cependant limité par la garantie hypothécaire prise sur le logement. Pour que le crédit reste intéressant pour l'emprunteur, des montages sophistiqués avec des taux variables et des produits financiers complexes pouvaient permettre de maintenir des taux bas en début de prêt.

³ La réponse commune de l'Union Européenne à la crise financière a commencé par la réunion extraordinaire des quinze chefs d'État et de gouvernement des pays membres de la zone euro avec le Président de la Commission européenne et le Président de la BCE, du 12 octobre 2008, à l'Élysée, qui a débouché sur l'adoption d'un cadre commun pour le sauvetage du secteur bancaire européen et la relance du crédit. Ce plan, décliné au niveau national, devait avoisiner un total de 1.700 milliards d'euros, un chiffre bien supérieur aux montants mis en œuvre par le plan Paulson aux États-Unis. Le plan européen s'inspirait des mesures décidées une semaine auparavant par la Grande Bretagne, pays pourtant non-membre de la zone euro et par ailleurs, farouche adversaire de l'intervention de l'État dans l'économie.

internationale de 2008 ont fait resurgir les réflexes du protectionnisme dans des pays qui comptaient jusque-là parmi les défenseurs les plus acharnés du libre-échange. Ces derniers, c'est-à-dire les pays développés, sont les premiers à se détourner de la mondialisation et son corollaire le libre-échange, dès que leurs intérêts se trouvent menacés. Bien avant la survenance de cette crise financière, un grand nombre de ces pays ont commencé à réglementer leurs législations dans le but évident de limiter les participations étrangères dans des entreprises relevant de certains secteurs jugés stratégiques.¹

Le constat de cette résurgence du protectionnisme dans les pays développés a été fait, en 2009, de la façon la plus solennelle, par le Premier Ministre britannique à l'occasion du forum économique de Davos (Suisse).² Il a donné lieu à de nombreuses remises en cause, même si celles-ci ont été initiées à titre provisoire, dans le cadre de principes quasi intangibles de libéralisme économique. En raison de l'incapacité de le faire auprès des marchés monétaires, la recapitalisation des banques en quasi-faillite s'est faite par les gouvernements des pays développés, et à leur tête, les Etats-Unis d'Amérique. Ceci a permis, étrangement, l'apparition d'un concept nouveau dans la lexicologie de ce dernier pays, qui jusque-là y était viscéralement opposé : il s'agit, en l'occurrence, de la « *nationalisation temporaire* » ou provisoire. En effet, par le biais du renflouement des banques mises en difficulté, les Etats sont intervenus massivement dans le sauvetage de ces établissements financiers en prenant des participations dans leur capital. Le concept de nationalisation, même si celle-ci demeure provisoire, n'est plus considéré aussi

¹ Cette tendance a été observée dans un rapport de l'O.C.D.E sur les « *Tendances et évolution récente de l'investissement direct étranger* » Annexe II. Juin 2006. De plus, Le Monde Diplomatique de mars 2009 a consacré un dossier au protectionnisme, dans lequel il est énuméré les mesures prises par les pays développés pour la protection de certains secteurs de l'activité économique de leurs pays respectifs.

² Mr G. Brown, lors d'une conférence de presse, rapportée par le quotidien français Le Figaro, reprenant une dépêche de l'agence de presse A.F.P, tenue en marge des travaux du forum économique de Davos, en date du 19 janvier 2009, a déclaré : « *Le monde est menacé par une spirale de démondialisation, qui est alimentée par une conjonction de désengagements et de solutions politiques nationales.* »

tabou que par le passé.¹ Le retour au protectionnisme est devenu inévitable, selon certains observateurs, qui estiment que *«loin d'être un facteur négatif, il pourrait permettre une reconstruction du marché intérieur sur des bases stables, avec une forte amélioration de la solvabilité tant des ménages que des entreprises»*.²

L'appel à la prise de mesures de protectionnisme viendrait également des opinions publiques des pays développés elles-mêmes. Celles des pays membres de l'OCDE ont fait pression sur leurs gouvernements respectifs pour qu'elles fassent obstacle à certaines tentatives étrangères de rachat d'entreprises, par des pays non-membres de l'OCDE, précisément des pays émergents (Chine, Inde etc....), par crainte de pertes d'emplois sur le long terme.³

A la faveur de ce mouvement de reflux de la mondialisation, le patriotisme économique ou protectionnisme, voire souverainisme, peu importe la sémantique, a eu à se manifester par une série de mesures économiques en Algérie, prises en dehors, mais surtout dans le cadre de la loi de finances complémentaires pour 2009⁴. Elles partent toutes du constat que les conséquences de la crise financière mondiale ont eu à se manifester en Algérie du fait de la chute de plus de 50% des cours du pétrole. Ceci a, d'une certaine façon, mis fin à la période de grâce de l'économie algérienne qui a cette caractéristique d'être une économie mono-exportatrice et de ce fait, dépendante de la variabilité des cours du pétrole sur le marché international. La baisse des exportations de l'ordre de 44,95 % pour l'année 2009⁵, ce qui en volume représente 43,68 milliards de dollars contre 79,29 milliards de dollars pour 2008, couplée avec un niveau élevé des importations de l'ordre de 39, 10 milliards

¹Dans l'éditorial de Franz Olivier Giesbert, in, *Le Point* du 22 janvier 2009, il y est écrit : *« Il est temps que la puissance publique prenne - provisoirement, bien sûr - le contrôle des banques défailtantes. Il paraît que ce n'est pas libéral. Mais être libéral ne consiste pas à être laxiste ni naïf ni stupide »*.

² J. Sapir : *« Le retour du protectionnisme et la fureur de ses ennemis »*. In, *Le Monde Diplomatique*. Op, cit. p.18, 19.

³ O.C.D.E Tendances et évolution récente..., op.cit. p, 18.

⁴ Le recours aux lois de finances, qu'elles soient pour l'année ou complémentaires, est devenu, en Algérie, un procédé habituel de modification des textes de lois.

⁵ Les informations statistiques et économiques sont publiées périodiquement par le Centre National de l'informatique et des statistiques (C.N.I.S), relevant des douanes algériennes. www.douane.gov.dz/cnis.

de dollars, ce à quoi il faut ajouter 11 milliards de dollars au titre des services¹, a poussé les pouvoirs publics à mettre en place une série de mesures, qui devaient permettre, à défaut d'assurer de nouvelles sources d'entrées, de continger les sorties de devises. Devant le risque de détérioration de la balance des paiements², avec pour toile de fond le douloureux scénario des conditionnalités du F.M.I, encore vivace dans les mémoires, les réformes qui ont été engagées, ont eu pour soubassement une nouvelle doctrine économique dont le but évident réside dans la correction de certains effets induits par l'« ultralibéralisme » de la période précédente. Par-delà le débat que suscitent ces choix³, les impératifs du pragmatisme économique ont commandé la reconsidération momentanée à notre sens, d'un certain nombre de déterminants de l'économie libérale afin d'assoir l'économie algérienne sur des paradigmes de crédibilité économique. Le débat est sorti, nous semble-t-il, du domaine de l'idéologie pour se situer sur le strict plan du réalisme économique. Les enjeux de la réforme qui a été conduite sont essentiels pour l'économie algérienne, qui jusqu'à cette date, réserve une grande partie de la demande globale tant publique que privée, à l'offre d'importation.

Aussi, il est apparu urgent de faire opérer à l'économie algérienne une transformation pour l'orienter vers une croissance ou la production nationale devra progressivement se substituer à l'offre externe. En un mot, le primat de la production devra se substituer à celui de l'importation. Dans cette optique, la

¹ Les importations de services par l'Algérie vont dépasser, selon les prévisions de la Banque d'Algérie les douze (12) milliards de dollars en 2011. L'évolution en valeur de l'importation des services par l'Algérie s'accompagne d'une sortie importante de devises qui dépasse le montant de la facture alimentaire du pays. Le recours excessif à l'expertise étrangère, d'une part et la réassurance à l'étranger des biens de certaines compagnies telles, la Sonatrach et la Sonelgaz, les navires et les aéronefs, expliquent l'explosion de la facture des services importés par le pays.

² D'après l'INSEE français, La balance des paiements est un état statistique qui retrace sous une forme comptable l'ensemble des flux d'actifs réels, financiers et monétaires entre les résidents d'une économie et les non-résidents au cours d'une période déterminée. Les flux économiques et financiers à l'origine de ces opérations sont répartis en distinguant le compte des transactions courantes (échanges de biens, de services, de revenus et de transferts courants), le compte de capital (transferts en capital) et le compte financier (investissements directs ou de portefeuille).

réforme en cours tend à orienter les I.D.E vers des activités d'exportation et de substitution à l'importation plutôt que de se cantonner dans des rôles de « *capteurs de bénéfices issus d'opérations de commerce extérieur.* »¹ C'est tout le sens à donner aux dispositions de la loi de finances complémentaire pour 2009 qui modifient ou complètent les dispositions de l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement.

Sans vouloir rentrer dans des détails que nous aborderons sans nul doute dans la suite de nos développements, la réforme issue de la loi de finances complémentaire pour 2009 est venue pour formaliser sur le plan du droit, certains indices, qui ont commencé à paraître depuis 2008² et qui traduisaient la volonté des pouvoirs publics de procéder à un encadrement plus strict des I.D.E. Les circulaires Ouyahia³, au nombre de quatre, prises respectivement les 20, 21 et 22 décembre 2008, et dont la presse en avait rapporté la teneur, sont venues pour mettre à exécution les orientations contenues dans le discours cité plus-haut. Sur l'investissement étranger, la circulaire du 20 décembre 2008, pose la règle de l'actionnariat national majoritaire en précisant qu'elle devra être respectée dans tous les secteurs d'activité, y compris le secteur des finances et toutes les branches du secteur de l'énergie. Les autres circulaires ont concerné la réduction des importations et la promotion de la production d'origine algérienne et enfin sur la régulation du commerce extérieur. Dans leur économie générale, les dispositions de la loi de finances complémentaire pour 2009, ont repris les mesures contenues dans les circulaires en question, en leur donnant cependant, une assise ou valeur juridique certaine, puisque les lois de finances ressortissent du domaine de la loi.⁴ En matière

¹ Nous empruntons cette expression au ministre des finances K. Djoudi : entretien accordé au quotidien el-watan du jeudi 13 août 2009. P, 4.

² Discours du Président de la République devant les présidents d'A.P.C, en date du 26 juillet 2008.

³ Premier ministre algérien de 2008 à 2012.

⁴ Nous faisons allusion dans ce point, à un débat qui a été engagé avec l'entrée en vigueur des circulaires « Ouyahia », sur leur légalité ou illégalité par référence au principe du parallélisme des formes en matière d'actes juridiques. L'adoption des mesures contenues dans ces circulaires par un texte de la valeur d'une loi (de finances) a clos le débat sur cette question.

d'investissement étranger, et en plus de la réintroduction du principe de la majorité de la participation algérienne dans le capital des co-entreprises, les mécanismes mis en œuvre par les nouvelles mesures s'articulent essentiellement sur l'encadrement fiscal qui traduit le choix de la préférence de la production plutôt que l'importation et en même temps, une fiscalisation à la fois des dividendes transférées à l'étranger pour inciter au réinvestissement des bénéficiaires et des cessions d'actions. Il est vrai que l'Algérie n'est pas perçue dans sa région, comme une destination privilégiée de réception de flux d'investissements étrangers. Les investisseurs étrangers ont jusqu'à une date récente toujours perçu l'Algérie comme un pays qui accueille plus facilement les activités d'importation que les activités productives. Le choix est donc vite fait pour eux en choisissant de s'établir en dehors d'Algérie et d'y exporter. Le recadrage opéré par cette dernière réforme continue jusqu'à cette date d'alimenter une controverse entre les tenants de l'option «libéraliste» et ceux, parmi les experts et observateurs nationaux qui approuvent les nouvelles orientations de l'économie nationale. Il reste cependant vrai que, le malaise économique en Algérie ne peut être exclusivement imputé aux investisseurs étrangers et que la démarche suivie jusque-là, en matière de choix économiques par les pouvoirs publics, porte une part non négligeable de responsabilité dans ce qu'il est juste de qualifier d'insuccès.

II - : Des attentes variables

Les investissements étrangers ne produisent pas les mêmes attentes que les investissements domestiques et les résultats escomptés sont toujours portés par des considérations diverses qui tiennent à des données spécifiques à chaque pays. Elles sont nombreuses et peuvent porter sur l'amélioration des capacités d'innovation, de formation, de compétences en matière de gestion et de substitution à l'endettement par l'exportation, de création d'emplois etc.

La variabilité dans les attentes des pays en développement vis-à-vis des objectifs réalisables par les investisseurs étrangers est définie par une série de facteurs qui sont propres à chaque pays considéré dans son individualité. Si certains de ces pays manquent cruellement de capitaux pour financer leur développement, ils assigneront à l'investissement étranger l'objectif primordial de drainer dans leurs économies respectives, une partie relativement importante de flux financiers extérieurs. La crise financière et économique actuelles, nous enseigne cependant, que de nombreux pays peuvent se mettre en mauvaise posture, par suite de leur « voracité » en matière d'absorption des investissements directs étrangers. L'exemple de la Roumanie¹ et tant d'autres, nous dit toute la difficulté de compter exclusivement sur les investissements directs étrangers pour financer sa croissance économique.

Les firmes des pays industrialisés demeurent la principale source d'IDE. En même temps, le groupe de pays auquel elles appartiennent, c'est-à-dire les pays industrialisés, attire la plus grande part de ces investissements, puisque réalisés à hauteur de 75% dans ces derniers².

Pour ceux par contre, qui bénéficieraient d'une surface financière appréciable leur permettant de financer sur leurs épargnes nationales les opérations de développement, les attentes se situeraient sur un autre plan et s'articuleraient principalement sur les apports technologiques des firmes étrangères et leur capacité à moderniser leurs économies.

¹ Selon le programme des Nations-Unies pour le développement (PNUD), la Roumanie, qui dépend fortement des investissements étrangers, a connu une réduction de près de moitié de l'investissement étranger direct, qui de 9 milliards d'euros en 2008 est passé vraisemblablement à 4 à 5 milliards d'euros en 2009. Ceci a entraîné une chute la production industrielle de 9,4 % en novembre 2008 et près de 9 000 entreprises ont déposé leur bilan au cours de l'année. L'épisode de la crise asiatique est également à inscrire dans ce registre. La Corée du sud a été une destination privilégiée des investissements étrangers et leur retrait, lorsque ce pays a commencé à être touché par les effets de la crise asiatique en 1997, a failli emporter avec lui toute l'économie sud-coréenne. L'aide internationale (FMI et Banque Mondiale et autres, ont permis une maîtrise de la situation.) Sur cette question, voir à titre d'indication : JP Estanislaos : Nature, cause et conséquences de la crise asiatique. Revue Politique Etrangère. Année 1998- Volume 63, pp.285-295. Disponible sur le lien : www.persee.fr

² Source CNUCED : (World Investment Report 2007)

A- : Les apports en capitaux

L'IDE est devenu une source importante de financement extérieur privé pour les pays en développement. À la différence des autres grands types de flux de capitaux privés extérieurs, tels les prêts bancaires étrangers et les investissements de portefeuille, l'IDE est motivé principalement par la perspective des profits à long terme que les investisseurs espèrent réaliser dans des productions qu'ils gèrent directement. L'IDE représente un investissement dans des installations de production, et il est bien plus important encore pour les pays en développement, car il permet d'augmenter les capitaux disponibles et la formation de capital.¹ Qu'en est-il de la situation spécifique de l'Algérie ?

Le rôle assigné à l'investissement étranger dans la stratégie de développement économique en Algérie semble être à géométrie variable et se définit en fonction de paramètres qui changent avec le changement des conjonctures économiques qu'à eu à connaître le pays. Le code des investissements issu du décret législatif de 1993, s'inscrivait dans un contexte de rareté des ressources financières né de l'effet croisé de la chute du prix du pétrole, principale source de revenus pour l'Algérie, et d'un poids assez contraignant de la dette extérieure qui se chiffrait alors, à 26 milliards de dollars en 1991. Dans ce cadre-là, la législation sur les investissements était résolument incitative vis-à-vis des investissements directs étrangers, auxquels elle s'adressait en priorité. Elle avait alors emprunté toute la panoplie des mesures de droit international comme de droit interne afin de renvoyer une image de législation attractive pour les investisseurs étrangers. Dans cette optique, et bien que la conjoncture économique qui a présidé à la réforme de la législation sur les investissements à la faveur de l'ordonnance du 20 août 2001, ait été favorable, le choix d'un approfondissement de l'attractivité a été maintenu et même accentué par

¹ Voir à ce propos : « *L'investissement direct étranger dans les pays en développement* », par Padma mal lampally et Karl P. Sauvart. *Finances & Développement* / Mars 1999. pp.34-37.

le recours à une nouvelle doctrine qui a servi de soubassement à cette réforme : le développement des investissements. C'est dire que les investissements directs étrangers comme source de financement extérieur privé, continuaient à compter parmi les attentes souhaitées.

La crise financière mondiale dont, nous continuons à ressentir les effets, a eu des incidences directes sur l'appréciation du rôle des investissements directs étrangers en Algérie, dans leur mission de financement extérieur de la croissance économique. Les modifications introduites par l'ordonnance n°09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances pour 2009, et notamment son article 58 qui complète l'article 4 de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, par l'ajout de l'article 4 bis, alinéa 6, posent (les modifications) le principe du recours au financement local des investissements étrangers. Cette disposition prévoit, qu'en dehors de la constitution du capital, les financements nécessaires à la réalisation des investissements étrangers se font par financement local, en admettant tout de même une exception possible, par l'utilisation de l'expression : sauf cas particulier. L'énoncé d'une telle règle est une conséquence de la persistance de l'excès de l'épargne dont l'affectation au financement des investissements étrangers peut être perçue comme un avantage comparatif, comme un élément nouveau « *justificatif de l'attractivité du marché algérien* »¹.

Est-ce à dire que l'Algérie a définitivement fait le choix de ne plus compter sur les IDE comme moyen de financement extérieur privé ? La lecture des dernières mesures peut autoriser à le penser. Toutefois, l'aisance financière actuelle de l'Algérie ne se fonde pas, à notre humble avis, sur des facteurs pérennes de performance économique. La persistance de la crise financière peut avoir des effets néfastes sur le niveau de rentrées en devises de l'Algérie, lorsque l'on sait que ces dernières proviennent quasiment de la vente d'hydrocarbures qui constituent une

¹ Le ministre des finances avait déclaré devant l'A.P.N que les liquidités bancaires se sont accrues ces dernières années, enregistrant une hausse de 42,2% durant l'année 2008, principalement au premier semestre, passant de 2001,18 milliards de dinars à fin décembre 2007 à 2845,95 milliards de dinars à fin décembre 2008, contre 74,48% en 2007 et 56,68% en 2006.

source d'énergie fossile et de ce fait non renouvelable. De plus, les tendances actuelles de la recherche en matière d'énergie favorisent les sources de substitution au pétrole, c'est-à-dire des énergies renouvelables qui vont progressivement réduire la demande mondiale en pétrole et par la même, ébrécher le statut relativement privilégié des pays producteurs de cette source d'énergie.

Aussi, et devant la rareté des ressources financières que l'on observe de par le monde, il nous paraît plus crédible de ne sacrifier aucun procédé dans la quête des sources de financement de la croissance économique du pays, qu'il soit autant du fait de l'investissement national tant public que privé que de l'investissement direct étranger. En définitive, la question des IDE nous semble mettre également en jeu une autre question relative au positionnement du pays dans la globalisation des échanges, car leur flux vers un pays déterminé peut renseigner sur le rapport qu'il entretient avec la mondialisation quand bien même elle serait décriée.

B- : Le thème du transfert de technologie

La technologie joue un rôle crucial dans le développement économique des nations dans lesquelles le processus de transfert de technologie bénéficie d'une attention particulière. La récurrence de ce thème dans les rapports pays industrialisés / pays en développement tient à sa considération par ces derniers, comme le moyen le plus indiqué d'accéder aux connaissances techniques acquises par les premiers. Le retard accumulé par les pays sous-développés dont l'Algérie fait partie, ne pouvait être rattrapé, dans leur esprit, que par l'accès à ces connaissances technologiques dont la mise au point est déjà achevée. L'objectif est de prendre des raccourcis éprouvés.

La revendication au transfert de technologie de la part des pays sous-développés est relativement récente en droit international. Elle a trouvé sa forme la plus élaborée dans la « charte des droits et devoirs économiques des Etats », objet de la résolution 3281(XXIX), adoptée le 12 décembre 1974 par l'assemblée

générale des nations-unies. Cette dernière s'intégrait dans l'aspiration à un nouvel ordre économique international, dont on a jugé, pour en signifier le dépassement, qu'il « *ne nourrit plus les imaginations et n'entretient plus les rêves*¹ ». L'article 13 de la résolution précitée, dans son intégralité, a été consacré à la technologie. Il avait énoncé que :

« 1. *Chaque Etat a le droit d'avoir part aux avantages du progrès et des innovations de la science et de la technique pour accélérer son développement économique et social.*

2. *Tous les Etats devraient promouvoir la coopération scientifique et technique internationale et le transfert des techniques, en tenant dûment compte de tous les intérêts légitimes, y compris notamment les droits et les devoirs des détenteurs, des fournisseurs et des bénéficiaires des techniques. En particulier, tous les Etats devraient faciliter : l'accès des pays en voie de développement aux réalisations de la science et de la technique modernes, le transfert des techniques et la création de techniques autochtones dans l'intérêt des pays en voie de développement, sous des formes et conformément à des procédures qui soient adaptées à leur économie et à leurs besoins... »*

De prime abord, nous jugeons utile de cerner d'un peu plus près cette notion de transfert de technologie, en recherchant une ou deux définitions possibles.

J. P. Maréchal², donne la définition suivante du système technologique. C'est, « *l'ensemble des processus et démarches scientifiques relatifs à la création, l'amélioration, la diffusion, le développement des procédés techniques et des*

¹ J. Touscoz. « *L'agence multilatérale de garantie des investissements* ». DPCI I 1987.p.311, cité par F. Horchani, in : « *L'investissement inter-arabe, Recherche sur la contribution des conventions multilatérales arabes à la formation d'un droit régional des investissements* », Thèse, Faculté de droit et de sciences politiques, Tunis, 1988, p.9. Le même auteur reconnaît tout de même que le thème du nouvel ordre économique, malgré son abandon, a eu des apports irréversibles. J. Touscoz, in « *Les opérations de garantie de l'agence multilatérale de garantie des investissements* », J.D.I, n°4 1987 p.903.

² « *La commercialisation internationale de la technologie : application à l'Amérique latine* », Thèse Doctorat économie appliquée, Paris Dauphine, 1976, cité par A. Kerdoun : « *Les transferts de technologie vers les P.V.D : Aspects juridiques et institutionnels*, » Thèse, université de Montpellier 1, 1981.

matériaux mis en œuvre dans toute activité de la production sociale, quel que soit son but. »

Pour R. Sandretto, ¹ « *la technologie, en accord avec son sens étymologique, recouvre un concept plus large que celui de technique ; par cette expression, nous désignerons un agencement cohérent (« un paquet ») contenant trois types d'éléments ou composantes :*

- *des éléments matériels (machines, matériaux...)* ;
- *des éléments informationnels (la connaissance de procédés, les savoir-faire individuels et collectifs)* ;
- *des éléments organisationnels (organisation de la production : postes de travail, rythmes, synchronisation et coordination des tâches ou des fonctions, ingénierie.)*

Au vu de ces définitions, il ressort que la technologie est la somme d'investissements aussi bien intellectuels que matériels consentis par son propriétaire, qui lui font acquérir une compétence industrielle ou un savoir-faire technique et qui constituerait un capital technologique. Ce dernier fait l'objet, de la part de son détenteur, d'une appropriation privative, protégée par le droit de la propriété industrielle, qui se fonde sur le principe central de garantir à l'entreprise ayant fait breveter son invention, un monopole sur l'exploitation des techniques qu'elle a mis au point et de garantir par la même, la protection de ce droit de propriété. La cession de ce droit de propriété ou de son droit d'usage se fera par le truchement des instruments traditionnels du commerce des techniques.

La propriété industrielle serait l'ensemble des droits accordés aux industriels et commerçants sur les différents éléments de leur patrimoine commercial. Elle présente ce caractère singulier d'avoir pour objet des biens incorporels. Les principaux droits de la propriété industrielle intéressent les brevets d'invention, les dessins et modèles, les marques de fabrique, de commerce ou de service, ainsi que

¹« *Le commerce international* », cursus. Armand Colin, 4eme édition, mise à jour, janvier 1995.

le nom commercial et l'enseigne. Tous ces éléments, à des degrés divers, touchent à des créations intellectuelles. Ils attribuent, de ce fait, à leur propriétaire un monopole qui peut être d'exploitation sur des créations industrielles (brevets, dessins, modèles etc.) ou d'utilisation (marques, appellations d'origine etc.) Considérés sous l'optique du droit commercial, ils constituent des droits de clientèle, car ils permettent à leur titulaire de se rallier une clientèle et de la conserver ; à ce titre, ils constituent des éléments du fonds de commerce.

Les échanges technologiques vont alors, s'opérer à travers les brevets et les marques de fabrique qui confèrent à leurs titulaires le droit de les céder au travers des contrats de cession de brevet ou de licence.

L'inadaptation de la propriété industrielle, et essentiellement le droit des brevets, aux exigences du transfert de technologie, a été relevée dans de nombreuses études.¹

A sa source, le brevet a surtout vocation à protéger l'inventeur des risques de l'exploitation par autrui de son invention, car le brevet est un titre de propriété qui confère à son titulaire un droit exclusif d'exploitation sur l'invention. La cession de ce droit de propriété du brevet ou de son droit d'usage, doit s'accompagner de la remise au concessionnaire ou au licencié, du texte du brevet, ce qui suppose également, la communication de la documentation et des spécifications techniques devant permettre une optimisation des résultats industriels escomptés par l'acquéreur. Or, cette communication de la documentation technique ne garantit en aucune manière, une réelle assimilation de ces connaissances par l'acquéreur du brevet, et n'aboutit souvent pas de sa part, à la maîtrise du processus industriel. Le brevet permet tout au plus, selon J. Jehl, « *une délocalisation de la technologie* » et non un transfert réel de celle-ci, puisqu'il se limiterait en fin de compte, « *à la mise à disposition d'un savoir technique* », qui ne serait profitable à l'acquéreur qu'à la

¹ A titre non exhaustif, nous pouvons citer : M. Bouhacène, *Droit international de la coopération industrielle*, ouvrage précité, p.148. J. Jehl: *Le commerce international de la technologie : approche juridique*, Thèse, Dijon, 1983. P. 517. A. Kerdoun, thèse précitée.

condition que ce dernier ait des connaissances préalables et suffisantes, qu'il fera fructifier par l'apport des connaissances nouvelles acquises par le biais du brevet ; ce qui n'est évidemment pas le cas de beaucoup de P.V.D, qui sont de faible niveau technologique. Brevet et transfert de technologie apparaissent comme des notions assez éloignées l'une de l'autre, sans pour autant être « *antithétiques* », pour reprendre l'expression de J. Jehl.

Le transfert de technologie implique une mobilité des connaissances, sous la forme de biens ou d'idées, d'informations ou de compétences en provenance de l'extérieur. Il peut se déployer dans des conditions de concurrence, comme c'est le cas dans les opérations de vente de biens d'équipements ou de contrats de cession de licences soit dans le cadre de rapports internes comme c'est le cas d'une société mère qui transfère une technique de production à l'une de ces filiales. Les Sociétés Transnationales (STN) fournissent à leurs filiales les technologies initiales et les aident à les développer par le biais d'implantation de centre de recherches-développement (RD). C'est dans cet ordre-là que l'investissement direct étranger peut être considéré comme un vecteur de transfert de technologie, bien que l'effectivité de ce dernier ait donné lieu à d'interminables débats. Certains pays, à l'image de l'Algérie, feront le choix de la préférence de ce thème dans leur coopération industrielle avec les firmes étrangères.



PREMIERE PARTIE

ASPECTS CONCEPTUELS DE LA NOTION
D'INVESTISSEMENT

La présente étude dont la préoccupation est l'investissement en droit algérien devra dans un premier temps, celui de cette première partie, se focaliser sur les aspects conceptuels de l'investissement. La conceptualisation de la notion d'investissement nous permettrait de déterminer les situations pratiques recouvertes par le concept. Avant toute chose, et devant l'usage par trop imprécis qui en est fait, il nous paraît utile d'apporter une précision terminologique relative au maniement de certains vocables. L'investissement devra-t-il être analysé en tant que concept ou bien en tant que notion ? Si le concept est une « *idée abstraite et générale, c'est-à-dire une construction de l'esprit qui signe un regroupement, une classe d'objets, en leur assignant un certain nombre de caractéristiques stables*¹ », la notion quant à elle, est une « *idée, une tentative de regroupement, mais une idée flottante ou fluctuante, non stabilisée, non régulée par une définition précise.* » A l'inverse de la notion, le concept se doit d'être minutieusement établi et ne pas varier avec le temps, afin de servir de fondement, d'idée explicative. Il serait en quelque sorte une notion mais rigoureusement définie. Les développements qui vont suivre vont révéler un objet de recherche, c'est-à-dire l'investissement qui, depuis ses origines économiques jusqu'à ses prolongements juridiques, traduit l'idée d'un flottement dans sa définition, lequel proviendrait de son extensibilité qui est jugée préjudiciable par la doctrine.

Au vu de ce qui précède, même s'il est d'usage de parler de l'investissement comme concept dans la science économique, la dilution de ce dernier dans des approches juridiques diverses a contribué à le rendre moins intelligible et lui ont fait perdre toute « *substance concrète pouvant être juridiquement appréhendée*². » Partant de là, et dans le cadre de cette recherche qui s'insère dans une analyse de type juridique, nous lui préférons le vocable de notion pour la suite de nos

¹ G. Adamczewski, « *Qu'est ce qu'un concept* » Ecole internationale des sciences du traitement de l'information (EISTI) Laboratoire d'analyse sémantique et systèmes intelligents (LASSI.) Juin 2004.

² M. Haroun « *Le régime des investissements en Algérie. A la lumière des conventions franco-algériennes* ». Litec. Paris. 2000. P.98.

développements. Ces précisions apportées, il conviendra de s'interroger sur l'identification de la notion d'investissement

L'identification de la notion d'investissement se base sur le regroupement d'un ensemble de données qui vont permettre de saisir la nature de cette notion et sa distinction de notions qui peuvent lui être voisines . Force est de constater cependant, que cette entreprise ne sera pas aisée, au regard du caractère polysémique de la notion d'investissement que certains sont allés à qualifier de « *boîte de pandore*¹ », pour incriminer d'une part cette notion de toutes les incertitudes et d'autre part, marquer l'idée d'intégrer dans cette notion les éléments que l'on voudra inclure².

Quelque peuvent être les difficultés, l'identification de la notion d'investissement présuppose un balayage théorique par lequel nous nous pencherons à faire ressortir les approches différenciées de la notion d'investissement (chapitre I). Ceci nous conduira d'abord aux origines de la notion dont l'essence économique est évidente. L'approche économique se caractérise par une certaine homogénéité dans la définition de l'investissement, qui sans être unique est tout de même assez unitaire. Ensuite, l'émergence puis la consécration, voire même la disparition pour certains auteurs³ de la notion sur le plan juridique, nous interpellera afin de révéler la multiplicité des approches juridiques. Cette diversité dans la perception juridique de la notion d'investissement tient pour

¹ Pour rappel, selon le mythe de la boîte de pandore dans la mythologie grecque, il a été remis à Pandore, le jour de son mariage, une jarre dans laquelle se trouvaient tous les maux de l'humanité. On lui interdit de l'ouvrir. Par curiosité, elle ne respecta pas cette condition et tous les maux s'évadèrent pour se répandre sur la Terre.

² « *Il est des sujets d'étude que n'importe quel chercheur hésite à aborder. La question de la définition de l'investissement international en fait incontestablement partie* », disait Jean-Marc Sorel, avant-propos à l'ouvrage d'Anne Gilles sur La définition de l'investissement international, Bruxelles, 2012, p.13, cité in « *La définition de l'investissement* » Sandrine Clavel et Yves Derains, journée d'étude du 27 mars 2013 Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement ? Dossier d'orientation. Convention - Faut-il réguler la mondialisation. MAE Paris.

³ Mr M. Haroun dans l'ouvrage précité arrive à la conclusion de la disparition d'une définition de l'investissement puisque cette notion se confond avec d'autres telles les biens de l'étranger ou l'assimilation à une opération de coopération économique internationale et qu'il y aurait tout au plus une simple méthodologie d'approche. P. 97 et 105.

l'essentiel, à la diversité des instruments juridiques dédiés à l'investissement. La perception du droit international n'est pas celle de la loi interne qui se soucie de la promotion des investissements par des régimes incitatifs, alors que dans le premier les attentes sont différentes parce que l'on se place du point de vue du traitement ou de la protection des investissements étrangers.

Dans un second temps, (chapitre II), nous focaliserons notre recherche sur la notion d'investissement au regard du droit algérien pour mettre en évidence cette idée générale défendue par le Pr Bencheneb¹, que les droits internes dans leur ensemble répugnent à donner une définition abstraite, et que ce droit peut paraître « *étriqué pour embrasser et donc pour régir des opérations internationales constitutives d'investissements* »². Il est vrai que le droit algérien, dans ce registre précis, s'est surtout limité à définir les modalités juridiques de réalisation de l'investissement, ce qui donne à penser qu'il conduit à une restriction de la notion juridique par la limitation des secteurs ou des formes admises.

¹ A. Bencheneb, « *Sur l'évolution de la notion d'investissement* » in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, précité, p.188.

² A. Bencheneb, « *Mutations du régime des investissements et mondialisation des rapports économiques* », in : Droits et Culture, Mélanges en l'honneur du Doyen Yadh Benachour, Centre des Publications Universitaires. Tunis. 2008, p.1267 et s.

CHAPITRE I : DES APPROCHES DIFFERENCIIEES DE LA NOTION D'INVESTISSEMENT

La définition de la notion d'investissement a fait l'objet de perceptions et d'approches différenciées. Les approches juridiques de cette notion ont été construites à partir de la définition économique. Cette dernière traduit une certaine cohérence et reste donc unitaire malgré les évolutions qu'elle a connues. A la différence de celle-ci, les premières citées, c'est-à-dire les approches juridiques qui ne sont en fait que des transcriptions juridiques de la définition économique, pour reprendre les termes des Professeurs Carreau et Juillard¹, expriment une diversité rendue nécessaire par la multiplicité des sources du droit de l'investissement et de la diversification des instruments juridiques qu'il a affecté à des fins bien arrêtées de traitement et de protection et de promotion. De plus, il est à souligner que les tentatives de définition juridique ont été le fait à la fois des institutions internationales, mais surtout des conventions bilatérales, et à un degré moindre de la loi interne. La doctrine a eu dans ce cadre-là, un rôle assez limité, contrairement à la définition économique qui demeure essentiellement d'origine doctrinale.

Dans cet ordre d'idées, il apparaît clairement que la définition économique doit être considérée comme le préalable à toute tentative de définition de l'approche juridique de la notion d'investissement. Aussi, il nous appartiendra dans le cadre d'une première section de procéder à un rappel des éléments théoriques qui ont fondé la définition économique de l'investissement (section I). Dans une deuxième section, nous procéderons à un inventaire des approches multiples de la notion d'investissement que les instruments du droit international multilatéral ont adoptés (section II).

¹ In : « *Droit International Economique*, » 4ème édition. L.G.D.J. DELTA. Beyrouth. 1998.

SECTION I : L'APPROCHE ECONOMIQUE DE LA NOTION D'INVESTISSEMENT

Le concept d'investissement est l'expression d'une dynamique fondamentalement économique. Cette dernière a permis, dans un premier temps, de le définir avec suffisamment de clarté. Par suite de la diversité croissante des opérations que le concept d'investissement a pu regrouper, il a été conclu à la survenance d'un « glissement ¹ » de la notion classique d'investissement vers ce que les économistes appellent désormais les nouvelles formes d'investissement².

Quand bien même ce glissement aurait entraîné dans son sillage la caducité de la définition classique, il semble que les éléments constitutifs dégagés par cette dernière restent toujours pertinents et qu'ils continuent à être opérants dans tous les essais de définition de l'investissement aussi bien dans la science économique que dans la discipline juridique. Qu'ils s'agissent de l'élément objectif, celui des apports ou de l'élément subjectif, celui de supporter les risques de l'investissement, ceux-ci, continuent à structurer aussi bien la notion classique que la notion nouvelle d'investissement représentée par les nouvelles formes d'investissement.

Nous avons souligné précédemment que la définition économique du concept d'investissement était surtout l'œuvre de la doctrine. Il est tout à fait logique de concevoir que de nombreuses définitions ont été proposées. Si la plupart d'entre elles se rejoignent sur l'essentiel, certaines, par contre, ont innové et ont permis un élargissement progressif de la notion. Examinons quelques-unes de ces contributions avant de passer en revue les formes dans lesquelles l'investissement qu'elles ont définies, se décline.

¹ Selon le Pr Juillard, in, « *Investissements privés* » AFDI 1984, p.777, cité par M Haroun, op-cit, p.55, cette expression de glissement revient à P. Kahn qu'il aurait utilisée dans son article « *L'extension de la notion d'investissement* », paru dans un ouvrage collectif « *Les investissements français dans le tiers-monde* » publié sous la direction de J. Bourrinet, Economica, 1984.

² L'expression de nouvelles formes d'investissement (N.F.I) est attribuée à CH. Oman in, « *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement* », Etudes du Centre de Développement, OCDE. Paris 1984.

B. Hugonnier,¹ dont l'œuvre s'inscrit dans le cadre ce qu'il est appelé la définition classique de l'investissement, nous rappelle avant toute chose certains déterminants de ce qu'il nomme l'investissement direct international(I.D.I). L'opposant à l'investissement de portefeuille, il définit l'investissement direct international comme étant « ...un investissement réalisé par une entreprise non-résidente ou une entreprise résidente sous contrôle étranger au moyen :

-de la création ou de l'extension d'une entreprise, d'une filiale ou d'une succursale ;

-d'une participation à une entreprise nouvelle ou existante et qui a pour objet d'établir des liens économiques durables avec une entreprise et pour effet de donner la possibilité à l'investisseur d'exercer une influence réelle sur la gestion de l'entreprise. »

Il est à noter que la définition proposée par B. Hugonnier a été considérée par certains auteurs comme étant une simple description de modalités d'investissement et non une définition, puisque « ...l'on a donc pas exposé un concept, mais seulement dressé une liste. ²»

Outre que la contribution précitée ait mis en relief les éléments caractéristiques de l'investissement sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir avec force détails³, elle aura servi à son auteur de suggérer le « glissement » que le concept d'investissement a connu, rejoignant par la même occasion certaines autres contributions sur ce point, mais en exprimant tout de même certaines réserves. Il s'agit de la distinction établie entre l'investissement direct international, comme forme traditionnelle de l'investissement et la coopération directe internationale (C.D.I), qui d'après cet auteur rejoint les nouvelles formes

¹ In, « *Investissements directs, Coopération internationale et Firmes multinationales* », Economica, Paris, 1984, pp11.- 13.

² M. Haroun, in « *Le régime des investissements en Algérie. A la lumière des conventions franco-algériennes* », précité, p.56.

³ Voir infra, p.104.

d'investissement que la célèbre étude menée par C. Oman¹ a systématisé. Le premier cité - l'investissement direct international- se fonde sur la détention de tout ou partie du capital social d'une entreprise et permet, de ce fait, d'exercer un contrôle significatif sur sa gestion, alors que dans la seconde- la coopération directe internationale-, les investissements sont réalisés sans participation au capital mais permettent tout de même un contrôle significatif sur la gestion de l'entreprise.

De son côté, C. Oman, dans son ouvrage de référence, définit l'investissement comme « *une opération entreprise par l'investisseur dans le but d'augmenter la valeur des ressources (du capital) dont il dispose ; celles-ci sont utilisées par l'investisseur pour créer et s'approprier une valeur nouvelle (valeur ajoutée)*². » La référence à la notion de capital est d'une importance particulière pour la qualification de l'opération d'investissement. Nous verrons dans la suite de nos développements les transpositions juridiques dans lesquelles se déploie cette notion de capital et qui sont constitués par les apports. Pour autant, la référence à la notion de capital serait-elle suffisante pour la détermination d'une opération d'investissement ? En d'autres termes, peut-on confondre investissement et capital ? La définition proposée par C. Oman semble récuser cette équation simple, même si la relation entre les deux est assez évidente. La science économique nous enseigne que l'investissement n'est que l'accroissement sur une période donnée du stock de capital. C'est le sens à donner à la distinction établie par C. Oman, lorsqu'il oppose la valeur des ressources, c'est-à-dire le capital et la valeur nouvelle, c'est-à-dire la valeur ajoutée. La référence à la notion de valeur ajoutée semble dépasser la notion de capital, pour se loger, selon certains auteurs,³ dans une notion plus large encore, celle de patrimoine. Elle aurait permis un élargissement de la notion d'investissement. Dans cette optique, l'investissement

¹ « *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement* » précité.

² Ibidem.p.20.

³ M. Haroun propose de présenter l'investissement comme « *toute opération à caractère durable, susceptible d'accroître la valeur du patrimoine.* » ouvrage précité, p.57.

peut déborder la grille d'analyse classique qui lui est fixée et peut se réaliser à travers un ensemble d'opérations susceptibles de lui être assimilées, à l'image d'opérations commerciales telles que les ventes qui viendraient ajouter à la valeur de l'investissement initial.

Pour Y. Loussouarn¹, l'investissement est une opération « *tendant à la création d'un capital, c'est-à-dire d'un bien durable susceptible de procurer des satisfactions différées.* »

P. Vernimmen², quant à lui, définit l'investissement comme « *une dépense ayant pour but de modifier durablement le cycle d'exploitation de l'entreprise ; à la différence d'une charge, il n'est pas détruit par celui-ci. Investir revient en effet pour celui qui s'y décide à renoncer à une consommation immédiate, pour accroître les recettes futures. Bien entendu, le surcout de recettes occasionné par cet investissement devra être suffisant pour assurer sa rentabilité prévisionnelle. L'investissement est donc un processus fondamental dans la vie de l'entreprise, qui engage durablement celle-ci...* » Cette contribution s'inscrit donc dans cette perception quasi générale, dans la doctrine économique, d'envisager l'investissement comme une opération par laquelle une importante dépense est engagée durablement dans le but de retirer des bénéfices futurs.

Ainsi défini, l'investissement a fait l'objet de plusieurs classifications par la doctrine économique. Examinons certaines d'entre elles.

¹ In, « *Le régime juridique des investissements étrangers en France ; études de droit contemporain* » (nouvelle série), contribution française au VII^{ème} congrès international de droit comparé, cité par M. Haroun, op-cit, p.56.

² In, « *Finance d'entreprise* », Editions Dalloz.2005.pp.38.40.

PARAGRAPHE I: LES FORMES TRADITIONNELLES DE L'INVESTISSEMENT

Avant de nous pencher sur la classification dont a fait l'objet la notion d'investissement et qui a permis de distinguer les formes traditionnelles des nouvelles formes d'investissement, il nous semble utile de revenir à une première distinction, toute aussi importante, en ce qu'elle renseigne sur les attentes contradictoires des pouvoirs publics aussi bien des pays émetteurs que des pays hôtes de l'investissement, dont les objectifs diffèrent, et qui oppose l'investissement commercial et l'investissement industriel.

Aussi, les pouvoirs publics des pays exportateurs de capitaux vont mettre en œuvre des régimes préférentiels dans le traitement des investissements de leurs ressortissants à l'étranger afin de favoriser les investissements commerciaux, qui à leur yeux présentent plus d'avantages. Inversement, les pays importateurs de capitaux souhaitent voir des implantations industrielles plutôt que des implantations commerciales, se réaliser sur leurs territoires. Les raisons de cette préférence peuvent être déduites, à contrario, des avantages que présenteraient l'opération contraire, c'est-à-dire le choix de l'implantation commerciale sur l'implantation industrielle, pour les pays émetteurs de capitaux.

La préférence de l'investissement commercial à l'investissement industriel se justifie, selon le Professeur Juillard¹, par le fait que le premier ne va s'accompagner d'une délocalisation de l'activité de production puisqu'il est axé sur l'exportation, et ce, contrairement au second qui supposerait une implantation d'une activité de production dans le pays hôte. D'un autre côté, la préférence s'explique par le souci essentiel d'équilibrer les balances extérieures. La sortie de capitaux sera moindre dans le premier cas de figure et n'influera pas négativement

¹In, « *Chronique de droit international économique, Investissements.* » L'actualité française: « *Les investissements français à l'étranger.* » AFDI 1979 vol 25, pp.579-636, et également in D. Carreau, T. Flory et P. Juillard « *Droit international économique* », 3^{ème} édition.L.G.D.J. Paris 1990.p568.

sur la balance des paiements de l'Etat exportateur d'investissement. De même, en contribuant à augmenter le flux des exportations, l'investissement commercial va corrélativement induire une rentrée de capitaux et participer à l'amélioration de la balance commerciale. En troisième lieu, étant orienté vers l'exportation, l'investissement commercial ne va pas contribuer à la dégradation du marché interne de l'emploi. Bien au contraire, loin d'être à l'origine de la destruction d'emplois, les activités tournées vers l'exportation participent de la sécurité de l'emploi dans les pays exportateurs d'investissements. Enfin, le transfert de techniques et de savoir-faire sera réduit dans le cas du choix d'un investissement commercial sur un investissement industriel. La propriété intellectuelle ne va connaître de grands changements dans ses statuts et elle continuera à être l'apanage de l'Etat exportateur d'investissement.

Après avoir esquissé les caractères de cette première distinction entre l'investissement commercial et l'investissement industriel, une autre distinction, fondamentale celle-là, oppose les investissements directs et les investissements autres que directs, ou ce qu'il est convenu d'appeler les formes traditionnelles et les nouvelles formes d'investissement. Les premières regroupent l'investissement de portefeuille d'une part, et les investissements directs proprement dits. Nous devons souligner à ce niveau, que la notion d'investissement se confond souvent avec l'investissement étranger, qui a fait l'objet de toutes les attentions dans les études doctrinales menées sur cette question.

A : L'INVESTISSEMENT DE PORTEFEUILLE

Les investissements de portefeuille, également désignés par l'expression d'investissements financiers, sont définis comme « *l'achat par un étranger de titres de sociétés le plus généralement cotées en bourse.* »¹ L'ensemble des

¹ P. Kahn in, « *Répertoire de droit international*, » cité par F. Horchani, « *L'investissement inter-arabe* », Thèse précitée, p.162.

placements d'un épargnant constitue ce qu'on appelle un portefeuille.

Ce type d'investissement se caractérise, sur la base de la définition précitée, par l'acquisition de titres représentés par des valeurs mobilières,¹ telles les actions, les obligations et autres valeurs mobilières parmi lesquelles nous pouvons citer les certificats d'investissements et les certificats de droits de vote, les titres participatifs etc. Ces acquisitions se réalisent essentiellement par l'intermédiaire du marché boursier, non dans la perspective d'exercer un contrôle quelconque sur la gestion de l'entreprise, mais seulement dans le but de réaliser des bénéfices, c'est-à-dire des plus-values générées par la constitution et la cession d'un portefeuille de titres. L'investissement de portefeuille est mu par une logique strictement financière. Il est également qualifié d'investissement spéculatif et a pour effet d'accroître la valeur des titres par le truchement de la loi de l'offre et de la demande et n'aurait selon certains auteurs², aucun effet de développement sur l'économie du pays d'accueil. Pour cette raison, l'on estime que ce type d'investissement est généralement exclu aussi bien par les régimes de garantie des pays exportateurs d'investissement que par les régimes de protection et de traitement des pays hôtes de l'investissement. Le seuil entre investissement direct et investissement de portefeuille est assez variable, dans le cas d'investissements à l'étranger, le Fonds Monétaire International (FMI) ainsi que l'organisation pour le

¹ Le guide des valeurs mobilières édité par la Commission algérienne d'organisation et de surveillance des opérations de bourse COSOB nous donne la définition suivante de la valeur mobilière : « Une valeur mobilière est un titre financier négociable émis par une entité juridique (société, une collectivité, organisme public ou privé) qui souhaite se procurer des financements destinés à réaliser des projets d'investissements. Ces titres attestent pour leurs propriétaires qu'ils sont détenteurs d'une fraction du capital (actionnaires) ou qu'ils disposent d'un droit de créance sur le patrimoine de l'entité émettrice (créanciers). En règle générale, les valeurs mobilières se répartissent fondamentalement entre les titres de créances (comme les obligations) et les titres de capital (comme les actions).

Le détenteur de titres de capital est considéré comme un copropriétaire de la société ; en revanche celui qui détient des titres de créances est considéré comme un prêteur à la société.

Le code de commerce algérien les définit, en son article 715 bis 30 comme « des titres négociables émis par des sociétés par actions, cotées en bourses ou susceptibles de l'être, qui confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès directement ou indirectement, à une quotité du capital de la société émettrice ou à un droit de créance général sur son patrimoine. »

² M. Haroun, « *Le régime des investissements en Algérie* » précité, pp.72-73.

commerce et le développement en Europe (O.C.D.E)¹ considèrent qu'un achat d'actions est un investissement de portefeuille, c'est-à-dire un placement, tant que le total des actions détenues représente moins de 10% du capital social de l'entreprise, étant entendu que ce seuil représente la ligne de démarcation entre les deux types d'investissements.²

Certains éléments d'identification de l'investissement de portefeuille ont été définis par la doctrine, et ce, en l'opposant à l'autre forme traditionnelle de l'investissement que nous verrons plus tard, en l'occurrence l'investissement direct de participation. A la différence de ce dernier, l'investissement de portefeuille ne présuppose pas, de la part des étrangers détenteurs de capitaux, l'exercice d'un pouvoir de direction de l'entreprise dont ils viennent d'en acquérir des actions. De plus, l'investissement de portefeuille ne va pas concerner un secteur déterminé de la vie économique, comme c'est souvent le cas dans les investissements directs qui se réalisent dans des filières bien délimitées- spécialisation économique oblige- mais va avoir pour vocation de toucher invariablement à tous les secteurs où la spéculation est possible. En dernier lieu, et à la différence de l'investissement direct étranger qui présente cette caractéristique, comme il a été rappelé précédemment,³ d'être le vecteur d'un apport multiforme de financement, de technologies, d'amélioration des capacités d'innovation, de formation, de compétences en matière de gestion et d'accès plus rapide aux circuits commerciaux, l'investissement de portefeuille se limite à un simple transfert de capitaux affectés le plus souvent à la réalisation de plus-values immédiates.

Dans une perspective d'économie internationale, les investissements de portefeuille permettent aux entreprises du pays d'accueil de financer leurs investissements grâce à l'épargne provenant d'un autre pays. Ceci est surtout

¹ Voir à ce propos, B. Hugonnier, *op-cit*, p.24.

² Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question. Voir, *infra*, p.66 et s.

³ Cf. *Supra*, p.1

profitable pour les pays en développement qui manquent souvent de ressources nécessaires au financement de leur croissance. Les investissements de portefeuille se sont beaucoup développés au niveau international avec la libéralisation des marchés financiers dans les années 1980. La suppression des contrôles des changes dans un nombre important de pays, ajoutée à l'allègement des réglementations des activités bancaires et financières, ont permis aux épargnants de diversifier leurs placements au niveau mondial. A cet égard, les marchés boursiers de beaucoup de pays en développement sont devenus le réceptacle de capitaux étrangers. La globalisation des échanges économiques et son corollaire, la financiarisation de l'économie aussi bien réelle (productive) que virtuelle (boursière), aura permis un retour en force de cette forme d'investissement. Le développement fulgurant des investissements en portefeuille n'interdit cependant pas le recours à la forme la plus traditionnelle de l'investissement, à savoir l'investissement direct de participation.

B : L'INVESTISSEMENT DIRECT DE PARTICIPATION

L'investissement direct proprement dit, appelé également investissement de participation par opposition à l'investissement de portefeuille, est la forme la plus usuelle et classique de l'investissement. Elle se fonde sur la détention de tout ou partie du capital social d'une entreprise et sur le contrôle exercé sur sa gestion. L'investissement direct étranger est défini, à titre d'illustration, par l'institut français de la statistique et des études économiques (I.N.S.E.E) comme l'investissement « ... *qu'une unité institutionnelle résidente d'une économie effectue dans le but d'acquérir un intérêt durable dans une unité institutionnelle résidente d'une autre économie et d'exercer dans le cadre d'une relation à long terme, une influence significative sur sa gestion. ...* » Il est aisé de faire ressortir de cette définition, que l'investissement direct étranger est celui réalisé dans le cadre de l'internationalisation des entreprises par le rachat d'entreprises ou la création de

filiales dépendantes ou autonomes. Cette définition est à rapprocher de celle proposée par B. Hugonnier¹, exposée précédemment². Elles mettent toutes les deux l'accent sur les éléments de l'internationalité et de la durabilité de la relation existant entre l'entreprise résidente et l'entreprise étrangère.

Le fonds monétaire international (F.M.I) retient les mêmes standards théoriques dans sa formulation d'une définition de l'investissement direct. Ce dernier, y est défini comme « *tout investissement destiné à créer une forme d'intérêt durable dans une entreprise exerçant ses activités sur le territoire d'un Etat autre que celui de l'investisseur, le but de ce dernier étant d'avoir un pouvoir de décision effectif dans la gestion de l'entreprise*³. »

Avant de nous pencher sur la question du critère de détermination de l'investissement direct proprement dit, il nous paraît opportun de revenir sur le débat qui a touché dans un passé relativement récent, à la corrélation entre la place de l'investissement étranger et l'aspiration des pays du sud au développement. En d'autres termes, il s'agira dans cette brève parenthèse de voir quel serait le rôle assigné à l'investissement étranger dans le développement économique, et partant, relever la mutation du droit international de l'investissement qui partait dans une première étape du postulat de la nécessité de l'investissement direct étranger, et par voie de conséquence, son encouragement et sa protection et la facilitation de sa réalisation aussi bien de la part des pays émetteurs que des pays récepteurs de capitaux. Ceci a abouti par la suite, à une remise en cause de cet investissement direct, « *du moins dans ses formes les plus brutales* », pour paraphraser M. Bouhacène⁴, par suite de l'affirmation de la souveraineté des Etats nouvellement indépendants sur leurs richesses naturelles et l'émergence de solutions alternatives

¹ In : « *Investissements directs, coopération internationale et firmes internationales.* » Economica. Paris 1984. P.13.

² Voir supra, p.51.

³ In paragraphe 408 du Manuel de la balance des paiements du FMI (4^{ème} édition 1977), cité par F. Horchani : « *L'investissement inter-arabe* »..., thèse précitée. P.146. Nous aurons l'occasion de revenir sur la définition que donne le FMI de l'investissement dans la suite de nos développements.

⁴ « *Droit International de la coopération industrielle,* » op-cit, p.31.

d'investissement ayant fait suite au déclin de l'investissement direct.¹ Cette deuxième période, inaugurée à partir des années 1970, a été proclamée deuxième décennie du développement et a permis l'émergence d'une nouvelle perception du rôle de l'investissement étranger dans les pays en voie de développement et ceci, en privilégiant les formules qui mettent l'accent sur les besoins de ces derniers en matière de transfert de technologies, consacrant par la même, le déclin de la propriété étrangère qui constituait le dogme indiscutable de l'investissement direct étranger.² Le mouvement de mondialisation des échanges et de globalisation de l'économie semble toutefois reposer une fois encore le postulat du primat de l'investissement étranger afin de pallier l'insuffisance des ressources financières des pays en voie de développement.

Dans la période de grande croissance économique qu'a connu l'occident le siècle passé, dans les années 1950-1970, l'investissement direct dans les pays en voie de développement était perçu comme l'outil privilégié devant permettre le décollage économique de ces derniers.

Cette conviction était dominante dans les théories économiques de l'époque, basée sur le postulat du développement économique par injection de capitaux. Elle était également présente dans les travaux, études et résolutions initiés par l'Organisation des Nations-Unies (O.N.U), parmi lesquels nous citerons, à titre d'exemple, le rapport Pearson³. La prééminence des investissements directs

¹ Il s'agit de ce qu'il est communément appelé les nouvelles formes d'investissement (N.F.I), sur lesquelles nous reviendrons plus tard. Voir infra. P. 68

² Dans la configuration actuelle, la mondialisation des échanges économiques a fait déclasser ce débat. L'investissement direct étranger est devenu une véritable religion aussi bien dans les pays industrialisés eux-mêmes qui tiennent à la protection et à l'encouragement des opérations d'investissement engagées par leurs ressortissants à l'étranger, que dans les pays en développement qui s'évertuent à offrir les législations les plus libérales pour attirer les capitaux étrangers.

³ Lester Bowles Pearson, lauréat du prix Nobel de la paix en 1957, a été Premier ministre du Canada sous deux mandats de 1963 à 1968. Il présidait la commission d'étude du développement international, chargée par la Banque Mondiale, en 1969, d'établir un rapport sur la nouvelle stratégie pour le développement, intitulé « Vers une action commune pour le développement du tiers-monde », Paris. Editions Denoël. 1969. Ce rapport s'est voulu être un bilan de vingt années d'aide au développement. Il devait permettre de proposer un certain nombre de suggestions susceptibles d'améliorer le financement de l'aide au développement des P.V.D.

étrangers était perçue comme la panacée à la rareté des ressources financières dans les pays en voie de développement. Cette préoccupation commune traduit selon M. Bouhacéne¹ « *...une corrélation étroite entre les théories économiqueset la conception du développement qui ressort des résolutions des organes des Nations-Unies à cette époque.* »

Les rapports économiques entre pays du sud et pays industrialisés ont souvent pris la forme, à cette période, de l'investissement direct proprement dit, privilégiant par la même, les théories de la croissance par injection de capitaux qui, en définitive, se substituait, tout en les perpétuant, aux activités industrielles créées aux temps de la colonisation des premiers. Ces activités étaient dans un premier temps, concentrées dans l'extraction de matières premières et énergétiques. Cela avait été ressenti par les pays-hôtes de l'investissement comme une atteinte à leur souveraineté du fait que les entreprises étrangères contrôlaient aussi bien les phases de production, de commercialisation et de fixation des prix. De même, ces pays jugeaient que l'investissement direct avait peu d'effet sur leur développement économique.

Les activités dont il été question plus haut ont concerné par la suite, l'établissement de projets industriels de substitution à l'importation de certains produits destinés au marché local, puis vers l'exportation. Quels que soient les secteurs où ces activités ont eu à s'exercer, les prises de conscience des pays du Sud ont abouti à l'affirmation du principe de leur souveraineté nationale sur leurs richesses nationales qui s'est traduit par un mouvement assez dense de nationalisations et partant, de redéfinition du rôle de l'investissement direct étranger dans le développement économique de ces pays. Le slogan « *not aid but investment* » avait pris le relais du slogan « *not aid but trade* », pour affirmer les besoins nouveaux des pays en voie de développement en formules régissant les rapports économiques devant dépasser le cadre classique de la vente pour prendre

¹ « *Droit International de la coopération* », op-cit, p.67.

en charge l'aspiration de ces derniers à la réalisation de projets d'envergure ayant une influence assez grande sur leur développement économique. Cette revendication avait été portée, de façon solennelle par la charte des droits et devoirs économiques des Etats, élaborée par l'O.N.U dans la décennie 70.¹ Cette période a été assimilée à une période de « crise » ou de « déclin »² de l'investissement direct étranger rendue possible par le recul de la propriété étrangère et par l'émergence de nouvelles formes d'investissement privilégiant les transferts de technologies (sous-traitance, cession de licence, de Know-how, contrats d'engineering, de gestion, d'assistance technique, d'entreprise conjointe, etc....) sur lesquelles nous allons revenir plus loin³.

Le recul supposé de la propriété étrangère permet tout de même aux entreprises étrangères de posséder la technologie et de maintenir les pays en voie de développement dans une relation de dépendance permanente eu égard à leur faible capacité d'assimilation de procédés technologiques le plus souvent complexes. De même, certains auteurs,⁴ vont jusqu'à considérer que les nouvelles formes d'investissement sont en fin de compte favorables aux firmes des pays développés émetteurs de technologies en « ...*désamorçant les objections nationalistes des pays en développement et en rendant l'accès plus facile aux matières premières dans le cas d'une entreprise conjointe par exemple, et un accès plus facile au capital local, des facilités administratives et le partage des risques.* » D'autres, tenants d'un libéralisme pur, considèrent, à l'image du Pr Juillard⁵, pour corroborer l'idée d'une réhabilitation de l'investissement direct étranger, que « ...*La mondialisation exclut l'intervention économique sous les formes les plus brutales qui sont l'expropriation et la nationalisation : bien au contraire, elle appelle à la privatisation des moyens de production.* »

¹ Assemblée Générale de l'O.N.U 14 décembre 1974.

² M. Bouhacéne, op-cit, p.21.

³ Voir infra, p. 68 et s.

⁴ F. Horchani, « *L'investissement Inter-arabe...* » ; Thèse précitée, p. 6.

⁵ Juillard Patrick. « *A propos du décès de l'A.M.I* ». In: Annuaire français de droit international, volume 44, 1998. P. 598.

La notion de contrôle semble être à la base du concept d'investissement direct de participation et en même temps, le critère de distinction entre ce dernier et l'investissement de portefeuille. Toutes les définitions de ce dernier insistent, à l'instar de celle, donnée par le F.M.I, donnée plus haut¹, sur la « durabilité des intérêts » dans une entreprise. La notion de participation dans le capital d'une entreprise implique l'affectation durable d'un certain nombre de biens, meubles ou immeubles soient-ils, nécessaires à l'accomplissement de l'objet de la société. Cette participation peut être majoritaire ou minoritaire. Elle implique cependant, un certain pouvoir de décision effectif ou en d'autres termes, une influence réelle sur la gestion de l'entreprise dans tout ce qui peut engager son devenir. Elle implique de ce fait l'existence d'un seuil au-delà duquel, aussi bien la doctrine que les droits positifs d'un certain nombre de pays, envisagent l'hypothèse d'un investissement direct proprement dit. La notion de seuil va donc permettre « *de caractériser l'investissement direct* »² en le distinguant de l'investissement spéculatif.

L'évaluation du degré de contrôle de la gestion d'une entreprise est une tâche assez ardue, que beaucoup d'auteurs³ ont eu à relever dans leurs travaux.

De prime abord, il convient de signaler que le critère du seuil minimum n'a pas été retenu par tous les pays. Certains, à l'image de la Belgique et du Japon⁴, à titre d'exemple, ont choisi d'apprécier au cas par cas les situations dans lesquelles une entreprise exercerait un contrôle sur une autre entreprise. Cette façon de procéder n'est pas d'une fiabilité absolue en ce qu'elle comporte une part d'incertitude.

D'autres pays, ont résolument fait le choix de fixer un seuil au-delà duquel une participation financière dans le capital d'une entreprise sera considérée

¹ Voir supra, p. 59.

² L'expression est de M. Haroun : « *Le régime des investissements en Algérie...* » Précité, p.64.

³ A titre d'exemple, M. Haroun. Idem.

⁴ Ibidem.

comme constitutive d'investissement par ce qu'elle permet l'exercice d'une influence réelle de l'investisseur sur la gestion de l'entreprise.

L'appréciation de l'évaluation va varier avec les situations concrètes de pluralité simple ou de pluralité absolue d'associés. Ainsi, il est admis que la part de capital pouvant influencer la gestion de l'entreprise va dépendre de l'éparpillement ou non des actions ou parts sociales de la société entre peu ou beaucoup d'associés et donc du morcellement ou non du capital de cette dernière. Dans le premier cas, et dans l'hypothèse de la constitution d'une société entre deux associés - ce qui est la limite imposée par le contrat de société¹ - il est évident que la détention même importante d'une partie du capital de la société qui serait légèrement inférieure à la ligne de partage de la participation majoritaire et de la participation minoritaire, c'est-à-dire 50% des parts sociales, puisque dans ce cas de figure il ne peut s'agir que de sociétés de personnes ou de sociétés à responsabilité limitée, ne permet pas à l'associé minoritaire d'exercer une influence réelle sur la gestion de l'entreprise. A l'inverse, dans la seconde hypothèse d'un éparpillement des actions de la société, comme c'est souvent le cas des sociétés de capitaux, parmi lesquelles nous comptons les sociétés anonymes, connues en Algérie sous l'appellation de sociétés par actions (S.P.A), le trop grand fractionnement du capital social entre un nombre infini d'actionnaires peut conférer à l'un ou à certains d'entre eux, la possibilité d'exercer un contrôle effectif sur la société quand bien même sa ou leur participation au capital de celle-ci ne dépasserait pas les 10%. La détermination de ce seuil reste une décision discrétionnaire, voire arbitraire² des pays, et traduit des divergences assez grandes dans la définition du « *pouvoir de décision effectif* » qui permette l'exercice d'un contrôle sur l'entreprise. Le seuil de propriété qui distingue un investissement direct étranger connaît une grande variabilité aussi bien chez les pays industrialisés

¹ A l'exception de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (E.U.R.L), régie en Algérie, par l'article 564 du code de commerce (Ordonnance n°75-59 du 26 septembre 1975, modifiée et complétée)

² Pour reprendre l'expression de B. Hugonnier, in «, *Investissements directs.* », op- cit. P. 26

que dans les pays en développement, car l'approche retenue en matière de définition de l'investissement est bien différente du point de vue des uns et des autres¹. Cette variabilité va du simple au double. Ainsi, pour certains pays, tels que le Danemark, les Etats-Unis, la France et la Turquie le seuil minimal est de 10%. Pour d'autres, à l'image de la Finlande et l'Espagne, le seuil retenu est de 20%. D'autres, comme l'Allemagne, l'Australie, le Royaume-Uni et le Japon, le fixent à 25%. Pour leur part, l'Autriche et le Canada ont retenu le seuil de 50%. Enfin, les Pays-Bas ont opté pour un seuil de 100%².

Les pays industrialisés ont adopté, en plus de la notion de seuil, une démarche basée sur une appréciation d'éléments de fait, une appréciation pragmatique en somme, pouvant aboutir à retenir un seuil différent dans la détermination du contrôle exercé sur une entreprise. La notion d' « *associated group* »³ en droit anglo-saxon et son corollaire en droit français des sociétés, l' « *action de concert* »⁴ sont une des manifestations de cette appréciation au cas par cas des situations pouvant aboutir à un contrôle de l'entreprise. Cette notion a cependant une portée assez limitée sur le plan de la détermination de l'investissement direct

¹ Alors que pour les pays industrialisés le critère du contrôle est envisagé sous l'angle des rapports inter-entreprises en termes de fusion ou d'absorption etc. , la fonction qui lui est généralement assigné dans les pays en développement est d'établir un seuil au-delà duquel les investissements étrangers sont soit interdits soit autorisés sous certaines conditions.

² Ces chiffres ont été fournis par B. Huggonier, op-cit. P. 26. Il est cependant utile de signaler que pour le cas de la France, le seuil était fixé initialement à 20 %, puis ramené à partir de 1993, à 10%.

³ In, Alicia M Quijano, A guide to BEA statistics on foreign direct investment in the United States, Survey of current business, U.S. Department of commerce, Washington DC. 12990, cité par M. Haroun in, « *Le régime des investissements en Algérie...* » précité, p. 64.

⁴ Voir à ce sujet, P, Vernimmen, P, Quiry, Y, Le flu, « *Finance d'Entreprise*, » Dalloz Gestion. Dalloz. Paris. 2011. P. 838. La notion d'action de concert trouve sa source dans une directive européenne n°88/627 du 12 décembre 1988 transcrite dans la législation française par la loi n° 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier. L'expression est prise dans le sens d'agissement concerté de personnes ayant conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer les droits de vote, pour mettre en œuvre une politique vis-à-vis de la société dont ils sont notamment dirigeants, actionnaires . Les personnes qui agissent de concert sont tenues solidairement aux obligations qui leur sont faites par les lois et les règlements.

Les personnes, agissant seules ou de concert, détenant 5% ou plus des droits de vote dans les assemblées générales d'une société ayant son siège en France et dont les actions sont admises à la cote officielle sont tenues d'informer simultanément cette société et l'Autorité des marchés financiers du nombre de droits de vote qu'elles détiennent. L'Autorité des marchés financiers informe le public de l'ensemble des participations égales ou supérieures à 5 %.

puisque sa fonction première est l'information des associés sur le franchissement de seuil dans le cadre des marchés financiers. Il n'en reste pas moins que l'action concertée constitue un moyen parmi tant d'autres pouvant permettre à une société ou à un groupe de sociétés de contrôler une autre société ou un autre groupe de sociétés.

Le droit algérien des investissements¹, hormis la législation commerciale, ne fait pas explicitement référence à un seuil de contrôle pouvant caractériser un investissement direct, et ce, contrairement aux législations des pays industrialisés qui envisagent la notion de seuil de contrôle sur le double plan de la mobilité internationale des capitaux qui est le fait de l'activité des firmes multinationales, mais aussi du point de vue du droit interne des sociétés commerciales. L'ordonnance n° 96-27 du 9 décembre 1996², modifiant et complétant l'ordonnance n° 75-59 du 26 septembre 1975 portant code de commerce, en son article 731, adopte la nouvelle notion de société holding dont le dernier alinéa la définit comme étant la société qui exerce un contrôle sur une ou plusieurs sociétés. L'article 731 en question définit les différents seuils qui permettent de distinguer entre eux les cas de filialisation, de participation et de contrôle de sociétés. Cet article dispose : « *Une société est considérée pour l'application de la présente section comme en contrôlant une autre :*

- *Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;*
- *Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;*

¹¹ Représenté principalement par l'ordonnance n°01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement (J.O.R.A n°47 du 22 Août 2001), modifiée et complétée par l'ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009 (J.O.R.A n°44 du 26 juillet 2009).

² J.O.R.A. n°77 du 11 décembre 1996.

- *Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société*

Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

La société qui exerce un contrôle sur une ou plusieurs sociétés, conformément aux alinéas précédents, est appelée pour l'application de la présente section, « société holding ».

Il ressort de la lecture de cette disposition que le législateur algérien ait opté pour les deux méthodes d'appréciation du contrôle d'une entreprise par une autre : l'évaluation de droit, par la détermination d'un seuil légal et l'évaluation de fait, empirique, par le recours au mécanisme de l'action concertée.

La détermination d'un seuil légal a fait l'objet du cinquième alinéa de l'article 731 qui pose la règle de la présomption de contrôle lorsqu'une société dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40%. Le seuil est donc fixé à ce niveau précis.

L'appréciation empirique est rendue possible quant à elle, par l'alinéa 4 du même article qui fait référence à la possibilité de déterminer en fait les décisions dans les assemblées générales par les droits de vote dont peut disposer une société ; ce qui la place en position de société contrôlaire. A cela, il faudra également ajouter la disposition de l'alinéa 3 du même article qui fait explicitement référence à un accord conclu entre les associés ou actionnaires donnant la majorité des droits de vote à une société¹. Cette disposition consacre à notre avis, la notion d'action de concert dont il a été question plus haut².

¹ A quelques nuances près, la rédaction de cet alinéa reprend l'essentiel de L'article 356-1-3 de la loi française n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

² Voir supra, notes de bas de page, p.65.

La classification dont a fait l'objet la notion d'investissement dans la doctrine économique a donc permis de distinguer les formes traditionnelles que nous venons d'exposer aussi bien sous sa forme directe que financière, nous allons dans un second temps nous pencher sur ce que cette même doctrine a convenu d'appeler les nouvelles formes d'investissement.

PARAGRAPHE II : LES NOUVELLES FORMES DE L'INVESTISSEMENT

La montée des souverainetés nationales et sa traduction sur le plan du droit par la récupération ou la nationalisation des ressources naturelles, dans beaucoup de pays peu développés, a conduit à remettre en cause l'investissement direct comme mode privilégié du développement économique. « *Le déclin* »¹ ou la crise de l'investissement direct étranger a conduit les pays en développement, à rechercher des formules juridiques de substitution qui partent toutes, du postulat de l'exclusion des entreprises multinationales des pays développés, de la propriété de l'investissement. Alors que pour certains², de nouvelles formes d'investissement (N.F.I) sont venues se substituer aux (I.D.E), d'autres³ y ont vu des manifestations de la coopération directe internationale dont l'objet et l'effet sont identiques à ceux de l'IDE, par l'établissement de liens économiques durables avec une entreprise et la possibilité donnée à l'entreprise étrangère d'exercer une influence réelle sur la gestion de l'entreprise locale. Elle s'en distingue néanmoins, dans les modalités de réalisation par le fait que la coopération directe internationale repose sur le contrat alors que dans le cadre de l'IDE, le lien entre les deux entreprises est un lien économique qui n'est pas nécessairement formalisé par un contrat⁴. Enfin, la notion

¹ Expression empruntée à Mahfoud Bouhacène in : « *Droit international de la coopération internationale* », O.P.U, 1982.

² Charles Oman, « *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement* » : Etudes du centre de développement de l'O.C.D.E, Paris.1984.

³ Bernard Hugonnier, « *Investissements directs...* » op-cit, p.17.

⁴ Bernard Hugonnier, « *Investissements directs...* » op-cit, p.18.

nouvelle d'investissement procéderait, selon certains autres auteurs¹, d'un « *glissement* » opéré dans ses formes qui ont permis la mutation de l'investissement direct reposant sur l'apport en capital vers des formules contractuelles reposant sur l'apport technologique en consacrant par la même occasion une extension de la notion économique et son prolongement sur le plan juridique. La distinction entre forme traditionnelle, dite «habillée», et formes nouvelles, dites «déshabillées» de l'investissement, par l'extension de la perception de ce dernier, a conduit la doctrine à se demander si celui-ci, c'est à dire l'investissement ne serait pas « *d'extension illimitée et donc, de compréhension nulle* ».²

De nombreuses recherches et positions officielles ont abouti à la décomposition du « *contenu économique et juridique* » de l'investissement en plusieurs opérations distinctes, qu'une formule imagée, très utilisée dans la doctrine économique, qualifie d'habits de l'investissement. Cette décomposition prendra naturellement la forme d'un «déshabillage» de l'investissement, puisque dans le cadre de L'I.D.E, l'investissement est géré par une filiale locale certes, mais «dépendante» qui met en œuvre une stratégie multinationale centralisant de ce fait « *les instruments de décision qui permettraient d'espérer un développement économique ou technologique local autonome. La société-mère centralise à son niveau la recherche scientifique, la planification des activités par une détermination des niveaux de production, les règles d'exploitation et de gestion et la politique de commercialisation qui est souvent tournée vers l'exportation* »³. Les investissements directs étrangers faisaient peu cas des besoins en développement des pays hôtes. L'affirmation des souverainetés nationales et leur corollaire de nationalisations est dans une large mesure, une réponse, une réaction à l'I.D.E. qui « *au-delà de la décolonisation, perpétuait l'exploitation de ces ressources naturelles,*

¹ Mehdi Haroun, « *Le régime des investissements en Algérie...* » Précité, p55.

² Dominique Carreau, Thiébault Flory, Patrick Juillard, « *Droit international économique,* » troisième édition, L.G.D.J. 1990. P. 567.

³ Mahfoud Bouhacène, Ouvrage précité, p. 24.

dans le cadre d'un système qui s'opposait à toute forme de développement économique ou technologique du pays d'accueil. »¹

Cependant, le transfert de propriété opéré sur les investissements par le truchement des nationalisations, allait très vite poser le problème de la gestion et de la maîtrise de l'appareil de production par les pays en développement, qui dans leur écrasante majorité, sont peu qualifiés pour faire face à de tels défis.

En renonçant à la propriété totale des investissements, les firmes multinationales des pays développés, vont perpétuer leur domination et leur pouvoir économique sur le point nodal de la maîtrise des technologies. A cette fin, « *on a procédé à des décompositions du contenu.... de l'investissement direct, et se sont alors différenciées des opérations qui jusqu'alors étaient complètement absorbées dans la notion d'investissement direct financier et en particulier les opérations relatives au know-how, à l'engineering, à l'assistance technique² »*. Ainsi sont apparues d'autres formes d'investissement que la doctrine a baptisé d'investissements autres que directs³, et de nouvelles formes d'investissement.

Avant de nous pencher sur la typologie de ces nouvelles formes d'investissement, il convient de rechercher quelle serait la définition que donne la doctrine économique de ces dernières.

A- : DEFINITION DES FORMES NOUVELLES D'INVESTISSEMENT

L'apparition des nouvelles formes d'investissement a été analysée comme étant la résultante de la profonde mutation, voire le déclin, de l'investissement direct étranger en propriété, par suite de la montée des souverainetés des pays anciennement colonisés. Conçus comme une alternative à l'ensemble d'actifs que

¹ Ibidem.

² Philippe Khan, « *Typologie des contrats de transfert de technologie*, » Colloque de Dijon. 1977. Cité par M. Bouhacène, précité.

³ Dominique Carreau, Thiébault Flory, Patrick Juillard, « *Droit international économique* » troisième édition, L.G.D.J. 1990.

constituent les I.D.E, les pays du Sud avaient avancé l'idée, mise en doute du reste par les pays industrialisés, que, dans leurs relations, l'investissement direct était devenu obsolète et devait laisser la place à de nouvelles formules d'investissement qui privilégieraient les transferts de technologies.

Les firmes multinationales étaient devenues plus défiantes à consentir des investissements directs dans des pays où, en règle générale, les normes de protection des investissements, et le droit de propriété, plus spécialement, étaient souvent anéantis par des mesures de nationalisation. De ce fait, la décomposition de l'investissement traditionnel a permis l'apparition puis le développement de techniques contractuelles nouvelles permettant à la firme multinationale de partager les risques et les responsabilités. Certains auteurs¹ ont pu parler d'investissement « *disséqué* », ce qui consiste, dans leur analyse, à dissocier le risque financier de l'investissement, désormais reporté sur des tiers, les pays en développement en l'occurrence, du risque industriel ou commercial.

Les nouvelles formes d'investissement, selon les travaux de C. Oman, qui sont la référence en la matière, peuvent être, de prime abord, définies négativement par ce qu'elles ne sont pas. Elles ne seraient ni des investissements directs dans des filiales dépendantes d'entreprises étrangères dans certains pays en développement, ce qui constitue la forme traditionnelle des I.D.E, ni des prêts bancaires ou autres opérations financières. Les nouvelles formes d'investissement y sont définies comme « *...Les investissements internationaux dans lesquels les investisseurs étrangers ne détiennent pas une participation majoritaire dans le capital social.* Plus précisément les formes nouvelles d'investissement regroupent :

- a) *Des entreprises conjointes où l'associé étranger détient moins de 50% du capital social ;*

¹ Cf. D. Berlin, « *Les contrats d'Etat et la protection des investissements internationaux* », D.P.C.I., 1987, p. 205, cité par F. Horchani, thèse précitée, p. 154.

b) Divers types d'accords contractuels internationaux qui, pour l'entreprise étrangère, ont au moins en partie, la nature d'un investissement.¹

Ces accords contractuels peuvent ne pas conduire le cocontractant étranger à prendre une participation dans le capital ; c'est fréquemment le cas pour les contrats « clés en main » et de sous-traitance, par exemple, et parfois pour les accords de licence, les contrats de gestion ou de prestation de services. »

Il est aisé de remarquer que la référence au capital social et de ce fait, le contrôle effectif sur la gestion de l'entreprise qu'il suppose, constitue un élément de définition des nouvelles formes d'investissement que C. Oman propose. Il est tout aussi aisé de remarquer que cette référence négative exclut de la définition des nouvelles formes d'investissement, les participations minoritaires des entreprises étrangères dans des entreprises conjointes.

Quels seraient les caractères distinctifs des nouvelles formes d'investissement ? A ce stade, il conviendra de distinguer, dans un bref rappel, le concept de vente du concept d'investissement auquel fait référence la notion de nouvelle forme d'investissement.

Les nouvelles formes d'investissement diffèrent d'un investissement traditionnel par la répartition du capital social correspondant au projet. Lorsque la partie contractante locale possède la totalité ou la majorité du capital social, il s'agit là, à ne pas en douter, d'une nouvelle forme d'investissement. Dans le cas inverse, il s'agirait nécessairement d'un investissement direct.

Les travaux de C. Oman, ont également permis de distinguer les nouvelles formes d'investissement d'une vente et ce, en établissant si l'entreprise étrangère acquiert ou non un droit de regard sur l'utilisation de la valeur créée par l'investissement projeté dans le pays d'accueil. Car il est admis, en règle générale, « qu'une vente, *stricto sensu*, est une transaction au comptant qui ne comporte aucune incertitude pour le vendeur...², alors que l'investissement se définit par

¹ C. Oman, « *Les nouvelles formes d'investissement...* », Précité, p.12.

² Ibidem. P.19.

référence à l'attente d'un revenu qui se réalisera dans le futur, tout en comportant une part d'aléa quant à sa réalisation.

Les opérations de vente de biens d'équipement, les cessions du droit de propriété industrielle ou encore les contrats de gestion, mais également, les exportations d'ensembles industriels ou autres, qui sont entendues comme des formes particulières de vente, peuvent, selon le cas, constituer ou ne pas constituer des opérations d'investissement. Elles ne seraient pas constitutives d'investissement si la rémunération de l'investisseur sera réalisée exclusivement par le seul paiement du prix de vente. Elles ne seraient pas constitutives d'un investissement « *si la rémunération de l'investissement, consiste, pour partie, en le paiement d'un prix, et pour partie, en le versement de montants calculés d'après les résultats financiers d'exploitation...* »¹ Le facteur risque qui caractérise l'investissement doit rentrer en ligne de compte pour que le l'opération initiale de vente puisse équivaloir à un investissement stricto sensu.

D'un autre côté, les travaux de C. Oman dont il est question, distinguent les deux notions d'investissement et de vente, en s'appuyant sur des critères purement économiques et ce, en estimant que l'investissement est une opération entreprise par l'investisseur pour augmenter la valeur des ressources, c'est-à-dire le capital, dont il dispose. A l'opposé de tout cela, la vente est destinée à réaliser une transaction sur une valeur déjà créée.

L'Algérie a été l'un des pays qui a le plus fait appel aux nouvelles formes d'investissement dans la construction de sa base industrielle. Dans la période comprise entre 1967 et 1978, il a été jugé, que, comparativement à beaucoup de pays, à l'image du Brésil et de la Corée du sud, à titre d'illustration, l'Algérie a constituée « *un cas extrême* »² dans le degré de substitution des nouvelles formes d'investissement à l'investissement traditionnel. Bien que la législation algérienne de la période considérée n'ait jamais formellement prohibé l'I.D.E, ce dernier a été

¹ D. Carreau et al, op-cit, 4ème édition, 1998, p.405.

² C. Oman, précité, p.51.

tout de même sensiblement limité par des dispositions dissuasives qui l'ont encadré, à partir de 1982, sous la forme exclusive de l'entreprise conjointe. Aussi, la formation de capital¹, dans cette période considérée, a été entièrement produite par les nouvelles formes d'investissement.

Les premières années du processus d'industrialisation de l'Algérie, avec le premier plan triennal de développement (1967- 1969) ont été marquées par le choix du découpage de l'approvisionnement depuis l'étranger en contrats distincts pour la livraison et la mise en place de l'usine et de ses équipements. Le premier plan quadriennal (1970-1973), a, quant à lui, opté pour les contrats clés en mains, et a connu l'apparition du premier contrat produit en mains², alors que le deuxième plan quadriennal (1974-1977), les contrats produit en mains étaient devenus quasiment la règle en matière de relations contractuelles internationales.

L'expérience algérienne des nouvelles formes d'investissement s'est donc traduite par une véritable mutation qui a substitué ces dernières à la forme directe, traditionnel de l'investissement. Les nouvelles orientations en matière de l'investissement étranger, menées depuis les années 90, permettent de conclure à une réintroduction de la logique de l'investissement direct étranger en Algérie.

Il convient à présent, de nous pencher sur la typologie établie par la doctrine de ces nouvelles formes d'investissement.

B- : TYPOLOGIE DES NOUVELLES FORMES D'INVESTISSEMENT

Les nouvelles formes d'investissement prennent plusieurs formes dont certaines peuvent être considérées comme des investissements stricto sensu pour au moins une partie contractante. Ces dernières ont fait l'objet d'une classification de

¹ La formation brute de capital fixe (FBCF) est un agrégat qui mesure en comptabilité nationale l'investissement (acquisitions de biens de production) en capital fixe des différents agents économiques résidents.

Le capital fixe est l'ensemble des actifs corporels ou incorporels destinés à être utilisés dans le processus de production pendant au moins un an (ce sont des biens durables).

² In, C. Oman, précité, p.52.

la part de la doctrine économique qui se décline sous la forme d'une typologie des nouvelles formes d'investissement. Celle-ci reste variable d'un auteur à un autre¹. Elle regroupe, néanmoins, un certain nombre d'activités économiques, d'opérations qui comportent au moins un élément de la définition d'investissement, aussi bien pour l'entreprise étrangère que pour le pays d'accueil. Il en est ainsi, à titre d'exemple, du contrat clés en main qui peut être considéré comme un investissement pour le pays d'accueil, alors que pour la partie étrangère, il ne constituerait dans bien des cas, qu'une simple opération commerciale, c'est-à-dire, une vente. Examinons ces nouvelles formes.

a- : L'entreprise conjointe

L'entreprise conjointe, envisagée dans les structures du droit économique, qu'il soit interne ou international, n'a pas fait l'objet d'une définition unanimement admise.

Chacun y allant de sa propre définition et de sa propre terminologie, il nous semble néanmoins accepté, que l'entreprise conjointe, dans cette optique, réalise la mise en œuvre des principes de l'économie mixte basés sur l'association de capitaux locaux qu'ils soient publics ou privés avec des capitaux étrangers. Elle suppose de ce fait, selon C. Oman, que deux firmes au minimum, « ...partagent les actifs, les risques et les bénéfices d'une entreprise ou d'un projet d'investissement et y détiennent une participation (c'est-à-dire des actions). Le groupe économique peut comporter des sociétés privées, des entreprises publiques, voire des Etats. »²

L'entreprise conjointe réalise un investissement industriel, accompagné d'une délocalisation de la production d'un produit ou d'une gamme de produits et son implantation dans le pays hôte, alors que les autres types d'accords contractuels

¹ La classification opérée par B. Hugonnier, qui faut-il le rappeler parle de coopération directe internationale, exclut l'entreprise conjointe des nouvelles formes d'investissement, alors que cette dernière, viendrait en tête des nouvelles formes d'investissement proposée par C. Oman.

² In, « Les nouvelles formes d'investissement », précité, p.14.

réalisent un investissement commercial prenant la forme d'une vente, qui est principalement tourné vers l'exportation.

Il est significatif que certains pays réglementent l'entreprise conjointe dans des dispositifs législatifs qu'ils consacrent aux investissements. Tel est le cas, à titre d'exemple, de l'Algérie qui lui a consacré une législation spécifique entre 1982 et 1993. D'autres ont fait de même, parmi lesquels nous pouvons citer les pays andins, pour qui, et selon l'article 1er de la décision 24 de l'accord de Carthagène,¹ une entreprise conjointe « *est une entreprise qui est constituée dans le pays bénéficiaire, et dans laquelle la part du capital social détenu par des investisseurs nationaux est comprise entre 51% et 80%, à condition que l'organisme national compétent estime que cette proportion est respectée dans la gestion technique, financière, administrative et commerciale de l'entreprise.* » Cependant, l'article 36 de la même décision tempère quelque peu les dispositions de l'article 1, en prévoyant que la participation nationale peut être inférieure, lorsque l'état exerce un contrôle effectif sur les décisions de l'entreprise. Il ressort donc clairement, que le critère essentiel dans la détermination ou la distinction de l'entreprise conjointe de l'investissement direct étranger, réside dans la notion de contrôle de l'entreprise. Ce dernier est tout simplement induit par le niveau dans la participation financière dans l'entreprise, c'est à dire qu'il est lié à la propriété ou la jouissance d'une partie déterminée des titres représentatifs du capital social de l'entreprise en question.

Une entreprise conjointe peut donc, dans ce cas de figure, être le vecteur de réalisation d'un investissement direct, lorsque la majorité du capital de l'entreprise sera aux mains de la partie étrangère. L'entreprise conjointe, dans ce cas précis, cessera d'être un succédané à l'investissement direct étranger.

¹ Cité dans « *Le commerce international de la technologie : approche juridique*, » Thèse : Dijon : 1983. Joseph Jehl. Faculté de droit et des sciences économiques. Institut des relations internationales. L'accord de Carthagène de 1969 a scellé la naissance du Pacte Andin auquel a succédé, en 1996, la Communauté Andine, communauté économique regroupant les pays andins suivants : Bolivie, Colombie, Equateur et Pérou, auxquels il faut ajouter à titre de pays associés, les pays du MERCOSUR que sont l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay, et en plus le Chili. Le Mexique et Panama ont le statut de pays observateurs. Le MERCOSUR est également une communauté économique, mais qui est concurrente à la Communauté Andine.

C'est dire toute la difficulté de trouver des critères précis pour délimiter les différentes notions entre elles, difficulté inhérente à la matière même du droit des investissements en ce que, la perception de celui-ci varie, nécessairement, selon que l'on se place dans l'optique de l'opposition droit interne / droit international ou de l'opposition pays développés/ pays en développement.

De plus, on aura certainement remarqué, que dans la définition donnée par le groupe andin de l'entreprise conjointe, il est question d'association de capitaux nationaux et de capitaux étrangers, sans que la nature des premiers ne soit précisée en capitaux publics ou privés. De toute évidence, l'entreprise conjointe est perçue, dans ces pays, comme l'entreprise associant des capitaux nationaux, qu'ils soient publics ou privés, à des capitaux étrangers. Il n'en va de même, pour beaucoup d'autres pays, dont l'Algérie,¹ qui ont retenu pour une longue période, une conception stricte de l'entreprise conjointe qui associerait exclusivement des capitaux publics et des capitaux privés nationaux.

b- : Les accords de licence.

Les accords de licence de fabrication sont des conventions qui permettent à un cessionnaire, appelé aussi « licencié », d'un pays en développement, d'acquérir, en échange d'un paiement, une technologie pour la fabrication d'un produit déterminé ou une gamme de produits, d'un concédant étranger. Le paiement peut prendre plusieurs formes allant de la somme forfaitaire, à un pourcentage sur les ventes, en passant par une prise de participation dans le capital du cessionnaire.

Cet accord de licence permet au cessionnaire d'accéder à un savoir-faire technologique et doit supposer également, la formation du personnel local. Bien que réalisant une association entre partenaire local et partenaire étranger, cette association ne s'effectue pas dans un cadre sociétaire et s'assimile plutôt à un

¹ Du moins, dans les premières législations sur l'investissement. Le droit positif algérien de l'investissement a par la suite opté pour une perception large de l'entreprise conjointe.

contrat de vente. Il n'empêche que ce procédé est assez proche de l'entreprise conjointe, en ce qu'il se fonde sur la notion de partage des risques mais aussi des bénéfices qu'une telle entreprise pourrait générer.

c- : Le contrat de gestion ou de management.

Le contrat de gestion¹ permet au partenaire étranger d'assurer la gestion d'un projet ou d'une entreprise dans le pays en développement. Il prévoit, en général, une formation du personnel local et le transfert des pouvoirs de gestion au partenaire local à plus ou moins longue échéance. Ce type de contrat permet au partenaire local de pallier son déficit en compétence managériale, en ce qu'il permet souvent à ce dernier de bénéficier de certains éléments incorporels apportés par le « général manager », tels la réputation de la société, ses possibilités d'achat au niveau mondial, sa connaissance des marchés internationaux, son apport de clientèle et enfin l'accès éventuel à des moyens de financement externes. Bien que réalisant une association dans la gestion de l'entreprise, ce procédé exclut le gestionnaire de toute participation au financement du projet. Pour le transfert des techniques de gestion et de commercialisation, le gestionnaire perçoit du propriétaire un pourcentage sur le chiffre d'affaires de l'entreprise.

d- : Le contrat clés en main et le contrat produit en main.

Dans le contrat clés en main, le rôle du contractant concerne l'installation d'une unité de production complète dans le pays d'accueil. Les responsabilités du contractant sont larges et variées et intéressent les études de faisabilité, les travaux de génie-civil, l'ingénierie, le savoir-faire technologique et la fourniture d'équipements. Ces contrats sont désignés de clés en main, en ce que le fournisseur

¹ Le législateur algérien a adopté ce procédé juridique en droit algérien par la loi n°89-01 du 7 février 1989 complétant l'ordonnance n°75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil. J.O.R.A n° 6 du 8 février 1989.

n'aura honoré ses engagements qu'au moment où le projet deviendrait entièrement opérationnel. Les premiers contrats internationaux clés en main seraient apparus à la fin des années soixante, dans la conjoncture des rapports Est-Ouest. Plus tard, cette formule a connu un essor particulier dans un certain nombre de pays producteurs de pétrole, qui ont acquis par cette formule, de véritables complexes industriels.

Contrairement au premier, le contrat produit en main, se distingue par le fait que l'opération de vente et de montage de l'ensemble industriel, doit obligatoirement se parachever par la formation du personnel et des cadres locaux, pour assurer le fonctionnement du projet après le départ du contractant. Le fournisseur aura donc, rempli ses obligations lorsque le fonctionnement de l'installation pourra être mené entièrement par le personnel local.

L'un et l'autre de ces contrats, opèrent bel et bien une coopération entre le partenaire étranger et le partenaire local, mais celle-ci ne dépasserait pas, dans la majorité des cas, le stade de la vente.

e- : Le contrat partage de la production.

Cette formule est souvent utilisée dans les industries pétrolières et minières. Par ce contrat, le partenaire étranger s'engage à prendre en charge les travaux de prospection d'une zone géographique déterminée, et dans l'éventualité d'une découverte, à y entreprendre l'exploitation en coopération avec une entreprise nationale du pays d'accueil, l'autre partie au contrat.

Ce type de contrat est en général, négocié pour une durée déterminée et emporte un partage de la production. Les conditions de partage de celle-ci varient selon les législations internes. Les parts réservées au gouvernement du pays

d'accueil seraient de 15% au Chili, 85% en Egypte¹ et de 51% au moins, en Algérie qui a adopté cette formule de coopération dans le domaine pétrolier.²

Dans ce type de coopération, et bien que cette dernière soit poussée à l'extrême, il n'en demeure pas moins que la base reste contractuelle, puisqu'elle prend la forme d'une association en participation, et n'atteint de ce fait, jamais le seuil d'une coopération sociétaire, comme c'est le cas de l'entreprise conjointe.

f- : La sous-traitance internationale.

La sous-traitance internationale est une opération par laquelle, un contractant d'un pays industrialisé appelé « principal ou donneur d'ordres », confie à une entreprise située dans un pays en développement, le soin d'exécuter pour elle et selon un cahier de charges préétabli, une partie des actes de production, dont elle conserve la responsabilité économique finale. Le produit fini est souvent commercialisé par l'entreprise principale sous son label ou intégré dans la fabrication d'un produit industriel de l'entreprise donneuse d'ordres. La sous-traitance internationale a connu un essor considérable du fait de la prolifération des zones franches dans les pays en développement. Cette formule, à l'instar des précédentes, se situe toujours, dans un cadre contractuel. Bien que réalisant une intégration économique du sous-traitant au donneur d'ordres, la sous-traitance

¹ Charles Oman, op- cit, p : 17.

² Concernant le cas algérien, il est intéressant de noter que le seuil de participation de la compagnie nationale des hydrocarbures (SONATRACH) dans les contrats de partage de production a été fixé une première fois à 51% par la loi n° 91-21 du 4 décembre 1991 modifiant et complétant la loi n°86-14 du 19 août 1986 relative aux activités de prospection, d'exploitation et de transport par canalisation, des hydrocarbures :(J.O.R.A. n° 63 .1991). Une deuxième loi, plus libérale, la loi n° 05-07 du 28 avril 2005 relative aux hydrocarbures,(J.O.R.A n° 50 du 19 juillet 2005), dans son article 48, a fait baisser le seuil de participation dans une fourchette comprise entre 20 et 30%. Une troisième législation, marquant le retour du nationalisme économique, l'ordonnance n° 06 - 10 du 29 juillet 2006 modifiant et complétant la loi du 28 avril 2005 relative aux hydrocarbures, (J.O.R.A n° 48 DU 30 juillet 2006), en son article 32 revient à la situation antérieure, en imposant un seuil de participation minimum de 51% au bénéfice de l'entreprise nationale dans les contrats de recherche et d'exploitation.

internationale n'est pas pour autant, une association de type institutionnel aussi poussée que ne l'est l'entreprise conjointe.

g- : Le contrat de franchise

Ce type de contrat également connu sous les substantifs de franchisage ou de franchising, est une technique par laquelle une entreprise, appelée « *le franchiseur, habituellement importante, qui dispose d'une certaine notoriété (marque), d'un certain savoir-faire (know-how), concède l'usage de sa marque ou, communique son savoir-faire à des entreprises existantes dans les lieux où elle envisage son implantation..... Ces entreprises ou franchiseés, lui paient des redevances.* »¹ Cette technique de droit interne, qui a reçu de nombreuses applications dans le droit de la distribution, a été transposée dans les relations commerciales internationales ou le contrat de franchise peut être assimilé à une sorte d'accord de cession de licence ou d'assistance technique.

Le franchisage est donc un contrat de collaboration, voire même d'intégration du franchiseé au franchiseur, en ce que ce dernier, conserve la pleine propriété des signes de ralliement de la clientèle, tels que la marque, le nom commercial, etc.

h- : Le contrat service à risque

Ce contrat est en beaucoup de points similaire au contrat de partage de production. Il s'en distingue, cependant, en ce que la part de production qui revient au partenaire étranger est réglée non pas en nature, mais en argent. Alors que le contrat de service pur se caractérise par le fait que l'entreprise étrangère se fasse rémunérer pour ses services lors de la prospection et de l'exploitation par un honoraire fixe, le contrat de service à risque, comme son nom le suggère, met à la

¹ Gérard Farjat, « *Droit économique*, » collection Thémis, P.U.F. 2^{ème} édition, 1982, p. 308.

charge de la partie étrangère le risque inhérent à la prospection. Si cette dernière opération est infructueuse, le contrat cesse de produire ses effets. A l'inverse, en cas de découverte, les revenus tirés de l'exploitation permettront à l'entreprise étrangère d'amortir les dépenses engagées et d'enregistrer des bénéfices pour le risque encouru.

Après avoir passé en revue les différentes nouvelles formes d'investissement, il convient de s'interroger si, avec l'avènement de ces dernières dans les années 80, il conviendrait de conclure à l'obsolescence de l'investissement direct traditionnel. Il est tout à fait admis que ces nouvelles formes d'investissement, avaient dans le contexte des années 80, rempli le double rôle qui était le leur, à savoir, la traduction sur le plan des relations économiques pays développés/ pays en développement, de l'exigence d'un exercice effectif de la souveraineté des pays anciennement colonisés, à travers la réappropriation de leurs richesses naturelles. En même temps, le recours à ces nouvelles formes d'investissement constituerait une « *réaction de défense* », selon C.Oman, de la part des investisseurs étrangers qui auraient cherché « *à conserver ou à s'assurer un accès aux marchés et (ou) aux sources de matières premières face à des restrictions apportées par les gouvernements des pays hôtes à la propriété par des actionnaires étrangers, face à un « environnement » plus défavorable à l'investissement à cause du nationalisme et de l'interventionnisme étatique croissant manifestés par les pays en développement* »¹.

Or, dans une autre perspective, celle de la mondialisation des échanges et de la globalisation de l'économie que nous connaissons à l'heure actuelle, les nouvelles formes d'investissement continuent-elles à garder une certaine pertinence ? Il est incontestable que le retournement de tendance opéré dans le cadre de la mondialisation ait projeté de nouveau, l'investissement direct traditionnel comme vecteur principal des relations économiques internationales, en règle générale, et des rapports Nord-Sud en particulier. Ceci n'annule pas pour autant, l'utilité des

¹ Charles Oman, op- cit, p : 76.

nouvelles formes d'investissement qui peuvent encore répondre à des besoins précis, à des situations ponctuelles, à l'image des contrats de gestion ou de management, les contrats de franchise et les contrats de partage de production, à titre d'exemple.

En tout état de cause, s'il fût une période où l'on a pu parler de crise ou de déclin de l'investissement direct étranger, ceci ne semble plus être à propos devant la compétition que se livrent beaucoup d'Etats en développement, à travers des systèmes juridiques attractifs, pour capter des flux d'investissements étrangers nécessaires à leur développement économique. De même, certains auteurs¹ ont estimé que la conjonction de plusieurs facteurs tels que la baisse de l'aide internationale, l'assèchement des capitaux dans les pays développés et l'endettement des pays du tiers-monde, ont largement contribué à la réhabilitation de l'investissement direct étranger qui a retrouvé, de ce fait, une nouvelle jeunesse.

Après avoir passé en revue les différents aspects liés à l'approche économique de l'investissement, qui reste assez unitaire, il convient à présent de prendre la mesure non pas de la définition juridique de l'investissement, qui reste problématique à bien des égards, mais des approches plurielles que le droit a dédié à l'investissement.

¹ A titre d'exemple, Horchani, F. « *L'investissement inter-arabe : Recherche sur la contribution des Conventions multilatérales arabes à la formation d'un droit régional des investissements* ». Thèse précitée, p.7.

SECTION II: L'APPROCHE DU DROIT INTERNATIONAL MULTILATERAL

Préalablement à l'examen des différentes approches juridiques de la notion d'investissement, il nous semble utile de nous interroger sur la relation qui puisse exister entre l'investissement, notion économique et le droit.

A l'origine, le droit et l'investissement étaient séparés de corps et d'esprit. Bien avant l'avènement de ce que l'on nomme présentement, le droit des investissements, c'est-à-dire il y a de cela une cinquantaine d'années, voire plus, l'investissement n'était confiné que dans des espaces nationaux et les implantations industrielles étrangères étaient considérées comme des biens d'étrangers. Dans cette perspective, il a même été avancé l'idée que « *le juriste pouvait ignorer l'investissement* »¹ tant il est vrai que le droit interne, avec les catégories classiques du droit civil, dans leur parfaite cohérence, pouvait régir ces investissements assimilés donc à des biens.

L'internationalisation des rapports économiques, observée de façon plus prononcée pendant le vingtième siècle, a fait sortir les opérations d'investissement des « *corsets nationaux* »², pour reprendre une expression imagée, et ce, pour des raisons de recherche de rentabilité, à travers la conquête de marchés nouveaux, de promotion de leur exportations et d'implantations industrielles dans des pays étrangers. A partir de ce moment précis où l'investissement va s'effectuer dans un territoire autre que celui de l'investisseur, il peut être confronté aux aléas d'une souveraineté étatique, celle du pays d'accueil, autre que celle du pays d'origine de l'investisseur, qui peut voir son projet d'investissement contrarié par des mesures dissuasives lors de la constitution de l'investissement ou par des mesures de réquisition ou de nationalisation lors de l'exploitation de l'investissement.

¹ A. Bencheneb, « *Sur l'évolution de la notion d'investissement* » op-cit, p.179.

² A. Bencheneb, « *Mutations du régime des investissements et mondialisation* » op-cit, p.1267.

Le droit de l'investissement a été conçu, dès son origine pour pallier à ces aléas et permettre une mobilité des capitaux loin de tous risques non-commerciaux. Il a été voulu comme étant « *un régime de protection et de l'essor de l'investissement à caractère international.* »¹

Le glissement de la notion d'investissement observé dans la doctrine économique a eu à retentir sur l'approche juridique de l'investissement, qui de par son statut d'expression juridique du concept économique a donné naturellement naissance à un foisonnement de prétendues définitions juridiques. A cette fin, nous préférons parler d'approches juridiques plutôt que de définitions juridiques tant il est malaisé d'y trouver des fondements communs qui peuvent conclure à l'existence d'un consensus autour de la définition de l'investissement. L'approche étant une manière d'envisager quelque chose, alors que la définition est plus précise et porte sur une énonciation des attributs qui distinguent une chose, une énonciation de ses éléments caractéristiques. Il sera de ce fait, loisible de constater, dans les développements qui vont suivre, l'absence d'unité induite par une multiplicité des traductions juridiques du concept économique d'investissement, et pour au moins deux raisons essentielles. D'une part, la multiplicité des sources du droit de l'investissement et d'autre part, l'affectation des instruments juridiques dédiés à l'investissement à des tâches différentes, telles que leur protection, la promotion et l'incitation, ont donné naissance à des perceptions elles aussi différentes de la notion.

Les approches juridiques que nous comptons explorer plus loin découlent de sources diverses. Dans cet esprit, les différentes perceptions de l'investissement conduisent à observer que sa définition peut émaner d'une institution, souvent internationale, comme c'est le cas, à titre d'exemple, du Fonds Monétaire International (F.M.I) ou du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs à l'Investissement (C.I.R.D.I). Elle sera alors institutionnelle. Elle peut

¹ A. Bencheneb, *ibidem*, p.1269.

également résulter des Traités bilatéraux conclus entre les Etats à propos de la protection réciproque des investissements réalisés par leurs ressortissants respectifs ; la définition sera dans ce cas précis, conventionnelle. Lorsqu'une loi interne se propose de définir l'investissement, la définition sera dans ces conditions, qualifiée de légale. A tout cela, il convient d'ajouter également que lorsque certains auteurs s'essaieraient à définir l'investissement dans leurs travaux, la définition sera, dans ce cas de figure doctrinale. Enfin, nous parlerons de définition jurisprudentielle lorsque nous serons en présence d'une définition suggérée par des sentences arbitrales rendues par les différents tribunaux arbitraux. Or cette trop grande diversité de sources nous incline à les considérer comme étant plus des approches qu'une définition cohérente, logique et élaborée sur un fondement consensuel. Dans ce magma d'approches, il nous semble tout à fait indiquer de commencer l'étude de la notion juridique d'investissement par l'approche de droit international, tant institutionnelle que conventionnelle, et qui constitue le siège même de la matière du droit de l'investissement. Ceci fera l'objet du premier paragraphe. Ensuite, ces conventions internationales ont repris à leur compte un certain nombre de critères de qualification de l'investissement, certains dégagés par la doctrine, d'autres ont été l'œuvre des conventions elles-mêmes. Ceux-ci feront l'objet du deuxième paragraphe.

PARAGRAPHE I : LA NOTION D'INVESTISSEMENT DANS LES CONVENTIONS MULTILATERALES

De nombreuses tentatives de mise sur pied d'une réglementation universelle qui offrirait des garanties suffisantes aux investisseurs du monde entier et dans le monde entier, ont été entreprises depuis de nombreuses années. Ces tentatives ont été inaugurées avec la charte de la Havane¹ qui contenait un certain nombre de

¹ La charte de La Havane a été négociée au lendemain de la seconde guerre mondiale. Cette charte prévoyait la création d'une Organisation internationale du commerce (OIC) totalement intégrée à l'ONU.

prescriptions relatives aux investissements. Elles ont été portées, ensuite, par la charte des droits et devoirs économiques des Etats, élaborée par l'ONU dans la décennie 1970¹. A côté de tout cela, il est nécessaire de souligner également l'initiative représentée par les Principes directeurs de la Banque Mondiale sur le traitement des investissements étrangers², prise dans le cadre de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI) , sur proposition de la France, en vue de l'élaboration d'un cadre juridique global, qui sans être obligatoire, devait avoir le mérite de constituer une synthèse entre les intérêts aussi bien des pays en développement que des pays développés. Les solutions que proposaient les principes directeurs de la Banque Mondiale en matière d'admission des investissements étrangers ont été jugées comme réalisant une sorte de compromis entre les doléances des pays en développement qui insistaient sur la préservation de leur souveraineté, en revendiquant la possibilité de réglementer l'admission des investissements étrangers et celles des pays en développement qui étaient plutôt sensibles à l'argument de la libre admission des investissements étrangers, en recommandant l'adoption par les pays en développement d'une politique dite de « *la porte ouverte* ». Cette initiative n'a pas reçue l'adhésion attendue du fait de la désaffection des pays développés pour insuffisance de libéralisme. Elles sont passées en quatrième lieu par l'initiative avortée de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) de mettre sur pied un accord multilatéral sur l'investissement (AMI)³, qui de toute

Cette charte est signée le 24 mars 1948 mais elle n'est pas ratifiée par le congrès américain. Cette charte abandonnée, sera remplacée par la création de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)

¹ Résolution 32.81(XXIX) de la 29^e session de l'Assemblée Générale de l'ONU en date du 12 décembre 1974

² Voir, à ce propos, les développements consacrés à cette question par D. Carreau et P. Juillard in *Droit International Economique. Précis Dalloz*. 1^{ere} édition.2003. P. 409 et ss.

³ L'AMI a été négocié dans un cadre restreint, au sein des vingt neuf (29) pays membres de l'OCDE) entre 1995 et 1997. Il proposait, à titre d'indication, une libéralisation accrue des échanges par la prohibition des discriminations par la nationalité des investisseurs, à telle enseigne qu'une entreprise multinationale pouvait déférer en justice des gouvernements pratiquant le protectionnisme. Devant des résistances multiples, le projet fut abandonné en 1998. Voir à ce propos, P. Juillard, in, « A propos du décès de l'AMI », *Annuaire Français de Droit International, Chronique de droit international économique*, 1998-vol, 44-n°1, pp, 595-612.

évidence, était limité dans sa portée puisque négocié dans un cadre inter-régional (OCDE), alors qu'il se voulait multilatéral dans son application. Son échec serait dû, selon certains auteurs, « ... *probablement à un vice de forme. Les travaux préparatoires de cet accord ont été menés dans la plus grande clandestinité, alors même que ce texte se proposait, entre autres choses, de consacrer le principe de transparence*¹.» Elles ont enfin abouti, au cycle de Doha de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)², qui lui-même a dû être abandonné le 24 juillet 2006 de l'aveu même de Pascal Lamy, alors, directeur-général de l'OMC³.

Toutes ces tentatives devaient avoir pour point de départ une définition de l'investissement faisant l'objet d'un large consensus. Or, cela n'est vraiment pas le cas si l'on devait interroger quelques une des conventions internationales qui ont un rapport avec la matière de l'investissement.

A ce niveau, il convient de conduire notre recherche en direction de deux sources du droit international : les conventions multilatérales proprement dites, et spécialement celles ratifiées par l'Algérie, d'une part, et certaines autres conventions multilatérales dont le champ d'action reste, cependant, d'ordre régional.

A- : Les conventions multilatérales signées par l'Algérie

Au niveau multilatéral deux conventions méritent d'être mentionnées sur le plan de la définition de l'investissement: la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et

¹ A. Bencheneb « *Mutations du régime des investissements et mondialisation ...* » Op-cit, p.1270.

² Le cycle de Doha est un cycle de négociations, d'une durée de trois ans, effectué sous l'égide de l'OMC (Organisation mondiale du commerce). Celles-ci portaient surtout sur la libéralisation du commerce international et avaient comme objectif le développement des pays Tiers-Monde. La conférence interministérielle de Doha (Qatar) a eu lieu du 9 au 13 novembre 2001.

³ OMC : "*Cette réunion est un échec*", Pascal Lamy, in, le monde.fr, 29/07/08.

ressortissants d'autres Etats (CIRDI)¹ d'une part, qui s'est tout simplement interdit de définir l'investissement, et la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant création de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (AMGI)², d'autre part, qui s'est limité à définir l'investissement éligible à la garantie de l'agence. Malgré leur domaine restreint, ces deux conventions ont, en plus de leur apport indéniable en matière de définition de la notion d'investissement, connu un succès relativement important en termes d'adhésion des Etats, puisque 142 Etats se sont engagés pour la première et 159 pour la seconde, à la date du 25 mai 2003³.

- a : La convention de Washington :

La Convention de Washington, connue également sous l'appellation de Convention CIRDI, a d'emblée conclu à la difficulté de convenir d'une définition de la notion d'investissement et a considéré que le débat ne serait pas clos par la définition que cette institution aurait pu en donner. Les membres fondateurs de cette convention ont donc reconnu l'absence de nécessité d'une définition et se sont reportés sur l'accord des parties qui consentent à soumettre leurs différends relatifs aux investissements. Il est à noter toutefois, que dans le premier projet de la convention CIRDI, une proposition de définition avait même été avancée. L'investissement était assimilée à « *toute contribution en argent ou autre avoir ayant une valeur économique, effectuée pour une période indéfinie ou, si la période est précisée, pour au moins cinq ans.* »⁴ Cette proposition avait disparue par la suite

¹ Ratifiée, avec réserve sur la commercialité, par l'Algérie par le truchement du décret présidentiel n°95-346 du 30 octobre 1995. J.O.R.A n°66 DU 5 novembre 1995. La réserve en question n'aurait vraisemblablement pas été levée lors de la ratification selon H. Mehdi in *Le régime des investissements en Algérie...* » op-cit, note de bas de page, p.87.

² Ratifiée sans réserve par l'Algérie par le truchement du décret présidentiel n°95-345 du 30 octobre 1995. J.o.r.a n°66 DU 5 novembre 1995. Il est à noter que l'adhésion à cette convention a été précédée par l'adhésion le 7 février 1989 à la Convention de New-York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue le 10 juin 1958.

³ A. Bencheneb, « *Mutations du régime des investissements et mondialisation* ». op-cit, p.1271.

⁴ Cité par M. Haroun, op-cit, p. 88, CIRDI, Travaux préparatoires, vol.1, p.116.

lors de rédaction définitive de la convention. Elle devait exprimer la volonté des rédacteurs de ne pas définir la notion pour la laisser ouverte à toute évolution future.

Le fondement de la renonciation à une définition de l'investissement de la part du CIRDI trouve son siège dans l'article 25-1 de la Convention qui dispose : « *La compétence du centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elle ne peut le retirer unilatéralement.* » Plus loin, l'article 25-4 complète la compétence du centre en disposant que « *Tout Etat contractant peut, lors de la ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à tout autre date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis à la compétence du Centre.* »¹

La position des rédacteurs de la convention de ne pas s'engager sur une définition stricte de l'investissement semble avoir été délibérément souhaitée. La clause modèle 4 du CIRDI² indique que « *la convention ne contient aucune définition de l'expression « investissements ». Cette omission est intentionnelle. La diversité des transactions entre personnes privées et entités étatiques étrangères est telle qu'aucune définition ne saurait les inclure toutes....* » Le souci pour les rédacteurs de la Convention tient plus à délimiter la compétence du CIRDI qu'à définir l'investissement.

Certains auteurs³ estiment que la référence au consentement des parties, dont il a été question plus haut, n'est pas d'une grande utilité car « *... rares sont les clauses de règlement des litiges prévoyant une compétence du CIRDI qui stipulent*

¹ Le texte de la Convention est publié au J.O.R.A n°66 DU 5 novembre 1995, faisant suite à la publication du décret présidentiel n°95-345 du 30 octobre 1995 portant ratification de la dite Convention.

² CIRDI, Clauses modèles, pp.7 et SS, cité par M. Haroun, op-cit, p.89.

³ Jean-Marc Loncle, « *La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI* », Revue de droit des affaires internationales (RDAI) n°3, 2006, P.319.

un accord des parties sur la notion d'investissement. Et quand bien même une clause définirait la notion, cette définition ne nous parait pas être de nature à lier le tribunal arbitral quant à sa compétence rationae materiae. » L'auteur en question, appelle, a l'appui de son affirmation, une sentence arbitrale rendue par le CIRDI, l'affaire Joy Mining Machinery C / République arabe d'Égypte¹, dans laquelle le tribunal arbitral estime « *qu'il y a une limite à la liberté reconnue aux parties dans leur définition de l'investissement s'ils veulent engager la juridiction du CIRDI* »²

Les sentences arbitrales rendues par le CIRDI s'appuient dans leur perception, pour ne pas dire définition, de l'investissement sur des appréciations objectives de l'opération d'investissement et non pas de savoir si cette dernière peut être considérée comme investissement pour l'une ou l'autre des parties. De plus et en règle générale, l'approche faite par le CIRDI en matière d'investissement est jugée assez libérale. La jurisprudence du Centre montre qu'en plus de formes traditionnelles d'investissement, les formes contractuelles d'investissement (contrats de service, de gestion, d'assistance technique et de licence, etc. tombent dans le domaine de la compétence de l'instance arbitrale. De l'ensemble de la jurisprudence CIRDI, il se dégage que les décisions qui en ont émané, envisagent la notion d'investissement tantôt dans un sens large et tantôt dans une acception plus restrictive. De prime abord, il convient de souligner que la doctrine du CIRDI en matière d'investissement exclut de façon systématique toute opération de vente de la définition de l'investissement susceptible d'être soumis à sa compétence. Il en a été ainsi lorsque le secrétariat général du centre avait refusé l'enregistrement d'une requête d'arbitrage dans l'affaire *Asia Express c / Greater Colombo Economic Commission*³, au motif que l'opération incriminée n'avait pas de relation directe avec un investissement. Cette position du CIRDI est corroborée par plusieurs

¹ Sentence du 6 août 2004 (ARB/03/11), citée par Jean Marc Loncle, op-cit, p.320.

² C'est nous qui traduisons. Le texte original rédigé en anglais donne ceci : « *There is a limit to the freedom with which the parties may define an investment if they wish to engage jurisdiction of ICSID Tribunals.* »

³ Cité par J. M. Loncle, op-cit.p.323.

auteurs¹ qui considèrent que la vente d'un ensemble industriel sous la formule clés en main, à titre d'exemple, ou la fourniture de machines, ne constituent pas des opérations d'investissement. A l'opposé, de nombreuses opérations ont reçu la qualification d'investissements par les arbitres du CIRDI. A titre d'illustration, un contrat de construction d'autoroute a été assimilé à un investissement dans la sentence *Salini Costruttori Spa and Italstrade Spa c/ Royaume du Maroc* du 23 juillet 2001². De même, des prestations de services représentées par des prestations d'inspection de marchandises à l'embarquement, ont pu être qualifiées d'opérations d'investissements lors de la sentence rendue dans l'affaire *Société Générale de Surveillance SA c/ République Islamique du Pakistan* du 6 août 2003, et *Société Générale de Surveillance SA c/ République des Philippines*, du 29 janvier 2004³. Il a été fait remarquer que l'assimilation de ces opérations de prestations de service à des investissements a été opérée sur la base des traités de protection des investissements conclus entre les Etats d'accueil et l'investisseur étranger et que les arbitres se sont abstenus de faire œuvre d'interprétation sur la base de la Convention de Washington. Enfin, le Tribunal CIRDI a eu à statuer sur des opérations de prêt dans deux sentences rendues par lui. Il s'agit des sentences *Fedax N.V c/ Venezuela*, du 11 juillet 1997 et *Ceskoslovenska Obchodni Banka AS c/ Slovaquie* du 24 mai 1999⁴. Le tribunal avait estimé dans ces deux espèces que le prêt est une opération d'investissement au regard du risque encouru par le prêteur et que ceux-ci, c'est-à-dire les prêts étaient des investissements qui relèvent de la compétence du CIRDI. En définitive, et sans préjuger de l'examen des éléments objectifs caractéristiques de l'investissement que nous aurons à examiner dans la suite de nos

¹ Parmi lesquels nous pouvons citer : M. Bouhacène, pour qui « *La qualité d'investisseur ne peut être reconnue qu'à l'agent économique qui court ou qui partage le risque industriel né de la constitution ou de l'exploitation de l'investissement.* », in, Droit international de la coopération industrielle, op-cit, p.130. Dans le même sens, MM. Carreau et Juillard estiment que « *Les opérations de vente de biens d'équipement ne peuvent pas constituer des opérations d'investissement si la rémunération de l'investisseur est parfaite par le seul paiement du prix de vente.* » in, Droit International Economique, Dalloz, 2003, p.387.

² Citée par J. M. Loncle, op-cit.p.323.

³ Citées par J. M. Loncle, op-cit.p.324.

⁴ Citées par J. M. Loncle, op-cit.p.324.

développements, il semble que la jurisprudence issue des décisions rendues sous les auspices du CIRDI est assez hésitante. Elle a, cependant, permis de dégager un socle de critères qui ont fait l'objet pour la majorité d'entre eux, d'une systématisation par la Convention de Séoul portant création de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements.

- b- : La Convention de Seoul

La Convention de Séoul ou convention AMGI du 11 octobre 1985, entrée en vigueur le 12 Avril 1988, a été amendée par le Conseil des Gouverneurs en date du 14 novembre 2010. Cette convention, plus connue également sous l'appellation anglaise abrégée (MIGA) est une convention par laquelle un mécanisme international de garantie a été créé auprès de la Banque Mondiale, afin de couvrir le risque politique, qui pourrait menacer les investissements d'Etats membres dans un autre Etat membre. De même, elle se donne pour deuxième objectif d'apporter une assistance technique pour promouvoir les investissements directs étrangers dans les pays en développement. L'AMGI est perçue comme étant un succès des pays en développement sur les pays développés¹. L'Agence garantie ce que les systèmes nationaux ne garantissent pas, le système est donc de portée limitée. C'est un système supplétif par rapport aux systèmes nationaux. Les garanties sont délivrées par l'Agence pour couvrir les risques non-commerciaux, y compris par des opérations de coassurance et de réassurance. Ces risques peuvent, selon l'article 11 de la Convention, concerner tout autant la question du transfert des paiements afférents aux investissements, de l'expropriation ou autres mesures analogues, la rupture de contrat, que les conflits armés et les troubles civils.

¹ Ibrahim Shihata avait estimé à ce propos que : « *La convention contient un certain nombre de clauses qui garantissent, plus que ne l'auraient fait les systèmes précédemment imaginés, le contrôle des pays d'accueil sur les activités d'investissement s'exerçant sur leurs territoires.* » In, « *L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements* » Annuaire Français de Droit International (AFDI), 1987, Volume 33, n°33, p.604.

Les Etats signataires de la Convention sont divisés en deux catégories distinctes. La catégorie 1 englobe les Etats d'origine des investissements, c'est-à-dire les pays développés. La catégorie 2, de son côté, comprend les Etats d'accueil des investissements, c'est-à-dire, plus spécialement les pays en développement. Cette distinction est au cœur du système de garantie conjoint. En effet, les Etats ne contribuent pas de la même manière au capital de l'Agence qui est de un Milliard de droits de tirage spéciaux (DTS¹). Les pays A, pays développés, qui exportent leurs investissements dans les pays en développement, les pays B, contribuent au capital de l'agence à hauteur de 60% tandis que les seconds contribuent à hauteur de 40%. Le capital de l'AMGI servira à la délivrance de la garantie qui couvrira contre le risque politique les investissements des ressortissants des pays A dans les pays B.

La Convention de Séoul s'était résolument engagée dans la voie d'une définition de l'investissement rendue nécessaire par l'objet même que la convention entendait régir : l'octroi d'une garantie aux investissements éligibles et réalisés dans les pays en voie de développement. Mais s'agit-il véritablement d'une définition ou tout simplement de la détermination de critères d'éligibilité à ces garanties. Certains auteurs estiment que « *sous prétexte de ne préciser que les critères ou les conditions d'éligibilité des investissements, l'article 12 opère subrepticement une description de la notion d'investissement.* »² D'autres, ont pensé que cette Convention supposait pour sa bonne application « *qu'une attention particulière ait été portée aux définitions juridiques, et, notamment, à celle de risque couvert comme à celle d'investissement éligible.* »³ Il est vrai que la garantie octroyée par l'Agence ne peut être ni générale ni absolue. Par les ressources limitées dont elle dispose, la couverture ne peut toucher ni tous les risques, ni tous les investissements, ni tous les pays.

¹ Les droits de tirage spéciaux sont des actifs de réserve internationaux. Créés en 1969 par le FMI, ils ont pour fonction de compléter les réserves de change officielles des pays membres.

² M. Haroun, in « *Le régime des investissements en Algérie* » op-cit, p. 84.

³ D. Carreau et P. Juillard, « *Droit international économique* », op-cit, p.403.

L'article 12 de la Convention, à propos des investissements admissibles stipule :

« a) – *Les investissements admissibles comprennent les prises de participation, y compris les prêts à moyen et à long terme accordés ou garantis par les détenteurs du capital de l'entreprise intéressée, et toutes formes d'investissement direct jugées admissibles par le Conseil d'administration.*

b)-Le Conseil d'administration peut, par décision prise à la majorité spéciale, inclure, parmi les investissements admissibles, toutes autres formes d'investissements à moyen et à long terme, à l'exception toutefois des prêts autres que ceux mentionnés à la section a) ci-dessus qui ne peuvent être couverts que s'ils sont liés à un investissement spécifique couvert ou devant être couvert par l'Agence... »¹

La distinction établie par l'article 12 entre investissements réalisés par prise de participation et toutes autres formes d'investissement est inspirée d'une autre distinction d'usage courant dans la littérature économique de langue anglaise entre « *equity investment* » c'est-à-dire, l'investissement par prise de participation dans le capital d'une société créée ou à créer et « *non-equity investment* », entendu par-là, tous les investissements qui se font autrement que par prise de participation dans le capital d'une société.

La disposition de l'article 12 en question fait distinguer les investissements éligibles en deux catégories : les investissements éligibles de plein droit à la garantie d'une part, et les investissements qui peuvent être éligibles par décision rendue, au cas par cas, par le Conseil d'administration de l'Agence.

La première catégorie, c'est-à-dire, les investissements éligibles à la garantie de l'Agence, sont, du point de vue de la définition de l'investissement, ceux dont l'intérêt est évident, en ce que leur éligibilité présuppose la détermination ou la « fixation »² de critères qui permettent de distinguer les investissements rentrants

¹ Le texte de la Convention est publié au J.O.R.A n°66 DU 5 novembre 1995, faisant suite à la publication du décret présidentiel n°95-345 du 30 octobre 1995 portant ratification de la dite Convention.

² Selon D. Carreau et Al, « *Droit International Economique* », op-cit, p.404.

dans la définition donnée par l'Agence de ceux qui ne le sont pas. A ce titre, la définition de l'investissement que suggère le texte de la Convention de Séoul sera nécessairement étroite puisque l'enjeu de cette dernière est de les faire bénéficier d'une garantie financière. Il est, cependant, approprié de relever que la Convention en elle-même n'est pas d'un grand secours en matière de définition de l'investissement. Cette dernière a été surtout l'œuvre d'un règlement, car « le système » AMGI se compose de la Convention elle-même, à laquelle il faut ajouter un certain nombre de règlements, dont le règlement opérationnel, qui détaille les règles applicables aux activités de garantie et de promotion de l'agence, qui nous intéresse plus spécialement ; et enfin, le contrat de garantie standard pris en 1989.

Au sens de ladite convention, les investissements admissibles comprennent les prises de participation, y compris les prêts à moyen et long terme, accordés ou garantis par les détenteurs de capital de l'entreprise intéressée, et toutes formes d'investissement direct jugées admissibles par le Conseil d'Administration. A cela, il faudra ajouter que le paragraphe 1.06 du règlement opérationnel pose le principe que pour déterminer l'admissibilité des investissements autres que directs, l'autorité de souscription, c'est-à-dire l'Agence, délivre une couverture uniquement pour les investissements qui ont une durée d'au moins trois ans et dépendent substantiellement des revenus de la production ou les profits tirés du projet.¹ Ceci a pu donner à penser à certains auteurs, qu'il y a là "*une définition de l'investissement en fonction du mode de rémunération de l'investisseur, ce qui est une démarche nouvelle et très satisfaisante*"². Il est vrai que cette avancée réalisée par la convention contraste avec certaines approches de l'investissement, comme celle du FMI par exemple, qui faisait reposer sa définition sur une notion restrictive de contrôle de l'investisseur sur son investissement. Ainsi, on a pu penser que la

¹ Le texte du paragraphe 1.06, dans sa version originale donne ceci : « In determining the eligibility of non-equity direct investments, the underwriting Authority shall issue coverage only for investments that (i) have terms of at least three years and (ii) depend substantially on the production, revenues or profits of the investment project... », cité par M. M Haroun, *Le régime des investissements en Algérie op-cit*, p.84.

² J. Touscoz, « *Les opérations de garantie de l'AMGI* ». *Journal de Droit International (JDI)* 1987, p.906.

définition de l'investissement ainsi proposée était assez originale et reflétait une conception du développement délibérément axée sur l'échange technologique par le truchement des instruments de la coopération internationale, bien plus que financiers. On viserait ainsi un développement "humain" selon certaines opinions émises ici et là. Cette définition prend, de même, compte de l'investissement "sans capital", basé sur l'apport de savoir-faire ou de technologies tels les contrats de franchise, les contrats de licence etc. qui pourront être garantis. Plus largement encore, l'agence devra prendre en compte l'utilité économique pour le pays d'accueil, du projet présenté en ce que la contribution au développement économique du pays d'accueil est formellement exigée par le paragraphe d de l'article 12 de la convention¹. Elle en a fait un critère de qualification ou un élément de définition de l'investissement.

En tout état de cause, les éléments constitutifs d'un investissement que la Convention de Séoul a permis de dégager, et c'est en cela qu'elle a réalisé une avancée assez remarquable sur le plan de la définition de l'investissement, c'est à dire la durée d'exécution et la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil, ont fait l'objet d'une controverse assez ardue sur laquelle nous aurons à revenir plus loin.

B- : Les conventions régionales

Dans ce cadre précis, il s'agit de prendre la mesure de certaines contributions à la définition de l'investissement émanant, de conventions multilatérales de portée régionale qui n'ont pas de lien avec l'Algérie, comme c'est le cas de la Convention

¹ Le texte du paragraphe d de l'article 12 de la Convention est rédigé comme suit : « Lorsque elle garantit un investissement, l'Agence s'assure :

- (i) que le dit investissement est économiquement justifié et qu'il contribuera au développement du pays d'accueil ;
- (ii) que ledit investissement satisfait à la législation et à la réglementation du pays d'accueil ;
- (iii) que ledit investissement est compatible avec les objectifs et les priorités déclarés du pays d'accueil en matière de développement ; »

portant organisation et coopération et du développement économique (OCDE), et du Traité sur la charte sur l'énergie.

- a-: La définition du Traité de l'O.C.D.E

Bien plus que le Fonds Monétaire International, l'OCDE a eu à accumuler des compétences avérées en matière d'investissements. Il est de ce fait, utile de s'interroger sur leurs contributions respectives en matière de définition de l'investissement. Les définitions qu'ont eues à proposer ces deux institutions sont, sur beaucoup de points assez proches. Elles ont été limitatives dans leur objet même. Elles se sont préoccupé toutes les deux à définir l'investissement direct que la première qualifie d'étranger et que la seconde qualifie d'international. Aussi, et préalablement à l'examen de la définition de l'OCDE proprement dite, il conviendrait de s'arrêter quelque peu sur la définition retenue par le FMI qui a servie de référent à la première.

Le Fonds Monétaire International (FMI), est une institution internationale, créée en 1944 par la conférence de Bretton Woods dont le but est de promouvoir la coopération monétaire internationale, de faciliter les échanges internationaux et de garantir la stabilité du système monétaire international et la gestion des crises monétaires et financières. Pour cela, il fournit des crédits aux pays qui connaissent des difficultés financières qui mettent en péril l'organisation gouvernementale du pays.

Le Fonds Monétaire International (FMI) définit l'investissement direct étranger (IDE) comme *"les investissements qu'une entité résidente d'une économie (l'investisseur direct) effectue dans le but d'acquérir un intérêt durable dans une entreprise résidente d'une autre économie (l'entreprise d'investissement direct). Par intérêt durable, on entend qu'il existe une relation à long terme entre l'investisseur direct et l'entreprise et que l'investisseur exerce une influence significative sur la gestion de l'entreprise. Les investissements directs comprennent*

non seulement la transaction initiale, qui établit la relation entre l'investisseur et l'entreprise, mais aussi toutes les transactions ultérieures entre eux et entre les entreprises apparentées, qu'elles soient ou non constituées en sociétés et donc dotées d'une personnalité morale distincte".¹

Nous comprenons de cette définition du FMI, que les IDE peuvent prendre plusieurs formes. La création d'une entreprise ou d'un établissement à l'étranger, l'acquisition d'au moins 10 % du capital social d'une entreprise étrangère déjà existante, le réinvestissement de ses bénéfices par une filiale ou une succursale située à l'étranger et enfin, les opérations entre la maison mère d'une firme transnationale et ses filiales (souscription à une augmentation de capital, prêts, avances de fonds, etc.) Il convient de rappeler que cette définition émane d'une institution économique internationale. De ce fait, elle fait largement appel aux fondements de la définition économique de l'investissement. Ainsi, cette définition insiste particulièrement sur les éléments de l'intérêt durable et de l'influence significative sur la gestion de l'entreprise. Ces deux critères constituent le fondement même de la définition économique que nous avons eu à examiner précédemment. Bien plus que tout cela, la définition du FMI souligne surtout l'élément d'extranéité qui caractérise l'investissement direct étranger, puisque sa vocation première est de le définir lui spécialement abstraction faite de la notion générale de l'investissement.

L'Organisation de Coopération et du Développement Economique (OCDE)², est un groupement d'une trentaine de pays européens et non européens, dont le niveau de développement économique est comparable, crée par une Convention en date du 14 décembre 1960. La doctrine de l'OCDE en matière d'investissement est à rechercher dans deux sources possibles : Les publications émanant de cette organisation et le code de libération des mouvements de capitaux.

¹ Paragraphe 408 du Manuel de la balance des paiements du FMI (4^{ème} édition 1977).

² Cette organisation succéda à l'organisation européenne de coopération économique, fondée en 1947, par l'administration des financements américains et canadiens octroyés pour la réalisation du plan Marshall de reconstruction du continent européen après la seconde guerre mondiale.

Dans une de ses publications¹, l'OCDE procède de la même logique que le FMI en ne définissant que l'investissement direct. Cependant, et à une différence près, d'ordre terminologique du reste, la définition de l'OCDE le qualifie d'international alors que celle du FMI le qualifie d'étranger. Les deux définitions sont de la même veine. Ce dernier y est vu comme un *« type d'investissement transnational effectué par le résident d'une économie (« l'investisseur direct ») afin d'établir un intérêt durable dans une entreprise (« l'entreprise d'investissement direct ») qui est résidente d'une autre économie que celle de l'investisseur direct. Le principal objectif de l'investisseur direct est d'exercer une certaine influence sur la gestion de l'entreprise ou des entreprises d'investissement direct, qu'il dispose ou non d'un intérêt de contrôle. Souvent, voire la plupart du temps, la relation est cependant suffisamment forte pour que l'investisseur direct contrôle l'entreprise d'investissement direct. C'est cette volonté d'influencer ou de contrôler de façon significative la gestion d'une entreprise, qui distingue l'investissement direct de l'investissement étranger de portefeuille : dans le second cas, l'investisseur s'intéresse principalement aux revenus découlant de l'acquisition et de la vente d'actions et autres valeurs mobilières, sans chercher à exercer un contrôle ou une influence sur la gestion des actifs correspondant à son investissement. »*²

L'investissement direct international est motivé par la volonté d'une entreprise résidente d'une économie (*« investisseur direct »*) d'acquérir un intérêt durable dans une entreprise (*« entreprise d'investissement direct »*) qui est résidente d'une autre économie. La notion d'intérêt durable implique l'existence d'une relation de long terme entre l'investisseur et l'entreprise d'investissement direct et l'exercice d'une influence significative sur la gestion de l'entreprise. L'existence de cette relation est établie dès lors qu'un investisseur résident d'une économie possède, directement ou

¹ Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux. Quatrième édition 2008. OCDE 2010.

² Définition de référence, op.cit, p.17.

indirectement, au moins 10 % des droits de vote d'une entreprise résidente d'une autre économie.

Par leur nature même, les relations d'investissement direct peuvent conduire à assurer un financement durable et stable et des transferts de technologie afin de maximiser au fil du temps la production et les résultats de l'entreprise multinationale. Les investisseurs de portefeuille ne cherchent en aucun cas à établir une quelconque relation durable. C'est la rentabilité des actifs qui constitue le déterminant de leur décision d'acheter ou de vendre des valeurs mobilières.

Dans l'optique de l'OCDE, la notion d'investissement direct recouvre à la fois l'opération de prise de participation initiale permettant d'atteindre le seuil de 10 % et toutes les opérations financières et positions ultérieures entre l'investisseur direct et l'entreprise d'investissement direct ou entre entreprises sœurs, dotées ou non de la personnalité morale. L'investissement direct n'est pas limité à un investissement sous forme de participations, mais concerne aussi les bénéfices réinvestis et les crédits inter-entreprises.

Le code de libération des mouvements de capitaux de l'OCDE, en son Annexe A, qui fixe les listes de libération des mouvements de capitaux¹, les investissements directs y sont définis comme les « *Investissements effectués en vue d'établir des liens économiques durables avec une entreprise, tels que, notamment, les investissements qui donnent la possibilité d'exercer une influence réelle sur la gestion de ladite entreprise :*

A. Dans le pays considéré par des non-résidents au moyen :

- 1. de la création ou de l'extension d'une entreprise, d'une filiale ou d'une succursale appartenant exclusivement au bailleur de fonds, de l'acquisition intégrale d'une entreprise existante ;*
- 2. d'une participation à une entreprise nouvelle ou existante ;*
- 3. d'un prêt à cinq ans ou plus.*

¹ OCDE / C (61) 96, adopté par le Conseil le 12 décembre 1961.

B. A l'étranger par des résidents au moyen :

- 1. de la création ou de l'extension d'une entreprise, d'une filiale ou d'une succursale appartenant exclusivement au bailleur de fonds, de l'acquisition intégrale d'une entreprise existante ;*
- 2. d'une participation à une entreprise nouvelle ou existante ;*
- 3. d'un prêt à cinq ans ou plus. »*

Dans cet instrument adopté par l'OCDE, l'investissement est envisagé comme mouvement de capital destiné à encourager la libre implantation des entreprises. A ce titre, l'investissement direct, parce qu'il véhicule cette mobilité doit être favorisé par rapport aux investissements de placement. Ceci nous donnerait une conception relativement restrictive de l'investissement proposée par cet instrument de libre circulation de capitaux. Les investissements autres que directs basés sur le transfert de technologie semblent être écartés de la définition que propose cet instrument de l'O.C.D.E en matière d'investissement, alors que le modèle de Traité Bilatéral sur les Investissements¹ que ce même organisme avait mis en place inclut toutes les formes possibles d'investissement, y compris, bien entendu, les investissements technologiques. Le but poursuivi tend à assurer la protection la plus optimale des investissements. Il n'est évidemment pas le même que celui de la mobilité des capitaux et cette diversité dans les fins explique la multiplicité des définitions retenues.

- b- : La définition du Traité sur la charte de l'énergie

Le traité sur la Charte de l'énergie et le protocole sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes ont été signés le 17 décembre 1994 à Lisbonne par l'ensemble des signataires de la Charte de 1991, excepté les États-Unis et le Canada. Entré en vigueur en 1998, le Traité sur la charte de l'énergie a mis en

¹ Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question en supra, p.130.

place un cadre de coopération internationale entre les pays d'Europe et d'autres pays industrialisés, dans le but notamment de développer le potentiel énergétique des pays d'Europe centrale et orientale et d'assurer la sécurité des approvisionnements énergétique de l'Union européenne. L'idée d'une charte européenne de l'énergie est venue de l'appréhension des pays de l'Europe occidentale vis-à-vis de la disparition de l'Union Soviétique. Les pays successeurs de l'URSS disposent de ressources assez importantes en matière d'hydrocarbures. Il est apparu, de ce fait, judicieux de proposer un cadre de coopération qui permettent aux pays occidentaux d'assurer leurs approvisionnements énergétiques et aux pays de l'ex bloc socialiste, de bénéficier d'un flux de capitaux sous forme d'investissements directs dans leur secteur énergétique dont ils avaient ardemment besoin.

De prime abord, il convient de relever que certains auteurs¹ restent assez sceptiques quant à la pertinence de la définition proposée par cet instrument et expriment le sentiment que la charte de l'énergie n'a fait que prétendre à la définition de l'investissement.

L'article premier du Traité sur la charte de l'énergie, dans son paragraphe 6, s'insère dans ce qu'il est convenu d'appeler le courant extensif de la notion d'investissement en adoptant la méthode de définition par énumération, qui est descriptive, non exhaustive et non limitative, puisque les différentes sections du paragraphe en question énumèrent les types d'actifs qui constituent un investissement au sens de la charte de l'énergie².

¹ A. Bencheneb, « *sur l'évolution de la notion d'investissement..* », précité, p.178.

² Le paragraphe 6 de l'article premier dont il s'agit, dispose :

« *Investissement* » désigne tout type d'avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur qui comprend :

- a) *Les biens matériels et immatériels, mobiliers et immobiliers, et tous droits de propriété tels que location, hypothèques, créances privilégiées et gages ;*
- b) *Une société ou entreprise commerciale ou les actions, capitaux ou toute autre forme de participation au capital dans une société ou entreprise commerciale, ainsi que les obligations, titres ou autres dettes d'une société ou d'une entreprise commerciale ;*
- c) *Les créances liquides ou les droits à prestations au titre d'un contrat à valeur économique et associé à un investissement ;*
- d) *La propriété intellectuelle ;*
- e) *Les rendements ;*

La définition proposée par le Traité sur la charte de l'énergie s'est donc voulue délibérément extensive, afin de soumettre les différentes opérations qu'elle qualifie d'investissements au régime de libre admission de ces derniers dans les pays de l'ex bloc socialiste. Ceci constitue, en définitive, l'objectif majeur assigné à cette charte. Cette définition semble s'être largement inspirer de la doctrine de l'OCDE en la matière. Sur le strict plan de la contribution à la définition de l'investissement, le Traité sur la charte de l'énergie n'aura pas été d'un grand apport en déterminant à titre d'exemple les critères de fixation de l'investissement, qu'il convient, à présent, d'examiner.

PARAGRAPHE II- : Les critères de qualification de l'investissement

Les critères de qualification de l'investissement sont des éléments théoriques d'identification de l'investissement. Ce sont, donc, des éléments constitutifs de l'opération d'investissement capables de distinguer cette notion de notions voisines. Ceci permettrait de les soumettre à un régime juridique bien défini, celui du droit des investissements. De prime abord, et sans augurer de la suite de nos développements en la matière, nous pouvons noter qu'une esquisse de ces critères de qualification a été tentée par une sentence arbitrale, la décision Salini ¹ en

f) *Tout droit conféré par la loi ou par contrat ou découlant de licences ou d'autorisations délivrées conformément à la loi pour l'exercice d'une activité économique dans le secteur de l'énergie ; La modification de la forme sous laquelle les avoirs sont investis n'affecte pas leur caractère d'investissement, et le terme investissement couvre tous les investissements, qu'ils existent à la date d'entrée en vigueur ou qu'ils soient réalisés postérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent traité pour la partie contractante d'où provient l'investisseur ou pour la partie contractante dans la zone de laquelle l'investissement est réalisé, ci-après appelée « date effective », à condition que le traité ne s'applique qu'aux matières affectant ces investissements après la date effective. Le terme investissement vise tout investissement associé à une activité économique dans le secteur de l'énergie et tout investissement ou toute catégorie d'investissements réalisés dans sa zone par une partie contractante, désignés par elle comme des « projets d'efficacité de la charte », et notifiés en tant que tels au Secrétariat. »*

¹ Salini Costruttori Spa et Italstrade Spa c / Royaume du Maroc, décision sur la compétence (§ 52) du 23 juillet 2001, ARB/QQ/4. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de construction d'autoroute. Cette sentence s'est efforcée, en dégageant ces critères de qualification de l'investissement, à distinguer l'investissement d'un contrat de prestations de services.

l'occurrence, qui a eu le mérite de les réunir dans une définition dégageant des critères formels cumulatifs, au nombre de quatre : Des apports réalisés par l'investisseur, une certaine durée d'exécution, une contribution au développement économique de l'Etat d'accueil et une participation de l'investisseur aux risques de l'opération. Or, cette décision arbitrale semble occulter un autre critère, subjectif celui-là, que certains auteurs et certaines autres sentences arbitrales mettent en avant, l'engagement de l'investisseur d'exercer dans le cadre d'une relation à long terme, une influence significative sur sa gestion, ce qui traduit l'existence d'un véritable *affectio societatis*, caractéristique des sociétés commerciales. Parmi ces éléments ou critères certains sont considérés comme classiques, puisque unanimement repris dans la quasi-totalité des définitions de l'investissement. Ils ont donc fait l'objet d'un large consensus. Pour cette raison, ils seront désignés par l'appellation de critères de consensus. D'autres, dégagés par la doctrine et adoués par la jurisprudence arbitrale, n'ont pas fait l'objet d'une reconnaissance unanime et sont tantôt inclus et tantôt exclus de la définition de l'investissement. Pour cette raison, nous les désignerons par l'appellation de critères de controverse.

A- : Les critères de consensus

Les auteurs du courant objectiviste en matière de définition de la notion d'investissement, considèrent que celle-ci comporte un noyau dur, irréductible, composé d'éléments tels que l'apport, la durée du projet et le risque supporté par l'investisseur.

Ainsi, l'approche actuelle renforcée par une doctrine quasi - unanime et alimentée par une jurisprudence arbitrale relativement constante « *estime qu'il ne peut y avoir d'investissement que lorsqu'il y ait un apport, que celui-ci ait un caractère de durabilité et qu'il revêt un certain risque pour l'investisseur* ». ¹ De

¹ F. Horchani : « *Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation* », Journal de Droit International(J.D.I) 2.2004. p.376, cité par I. Ayed et M. Abida in : « *Les nouveaux modèles de Traités*

cette définition générale, il ressort que deux critères, les apports et le risque encouru par l'investisseur constituent les éléments qui ont fait l'objet d'un consensus aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence arbitrale. Un autre critère non expressément formulé dans cette définition a reçu une consécration dans plusieurs sentences arbitrales, mais s'est trouvé également formalisé dans d'innombrables traités bilatéraux sur l'investissement : il s'agit de l'attente d'un gain.

a- : Les apports :

Le capital investi dans un projet d'investissement est de nature variable. Cette variabilité est habituellement celle que nous suggère la doctrine de droit commercial lorsqu'elle distingue les apports présentés lors de la création d'une société commerciale entre apports en numéraire, apports en nature et enfin, apports en industrie. C'est donc par l'apport que l'investisseur manifeste son intention de s'engager dans une entreprise de laquelle il peut escompter des gains, mais, qui peut également l'exposer à des pertes. La première conception de l'apport est financière. Dans le cas d'un investissement direct étranger, l'investisseur investit une somme d'argent en devises librement convertibles à partir de son pays d'origine vers le pays d'accueil. Cette opération prend la forme d'un mouvement de capitaux tel que régi par la législation des changes. Dans ce cas de figure, c'est-à-dire l'investissement par apports de capitaux, il va sans dire que ce dernier peut être réalisé tout aussi par la constitution que par l'accroissement ou la modification de la valeur de cet investissement. De plus, certains auteurs sont allés jusqu'à poser une autre condition, comme autre élément constitutif de l'investissement et qui a trait à

bilatéraux de protection et de promotion des investissements : Exemples des modèles américains (2004) et canadiens(2005). Actes du colloque « Où va le droit de l'investissement », organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, sous la direction de F. Horchani. Laboratoire Droit des relations internationales, des marchés et des négociations. Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis Editions Pedone- Paris.

l'origine des fonds apportés. Le Pr Juillard¹ estime à ce propos, qu'un investissement doit être d'origine privée pour mériter ce statut. Nous pensons avec certains autres auteurs² que cette exigence est exagérée car les investissements initiés par les personnes publiques peuvent tout aussi bien prétendre au régime que le droit a dédié aux investissements.

La seule conception financière de l'apport paraît restrictive et ne saurait suffire, car ce dernier peut également prendre la forme d'un apport en nature seulement.

L'apport en nature peut être, dans certaines situations, déterminant dans la réalisation de l'investissement lorsqu'il prendra la forme d'un transfert technologique par la cession de brevets d'inventions à titre d'exemple. Les apports en nature font l'objet d'une évaluation³ précise lors de la réalisation de l'investissement, surtout lorsque celui-ci donne lieu à la création d'une société commerciale qui doit identifier avec exactitude les apports réalisés par chacun des associés afin de déterminer leurs parts sociales ou actions dans cette dernière, ce qui permettra d'affecter les bénéfices et de répartir les pertes sur la base des apports effectués par chacun d'eux.

Les apports en nature sont des biens qui peuvent être soit des biens meubles soit des biens immeubles. Ils peuvent être également soit des biens matériels, tels des équipements ou des bâtiments, ou des biens incorporels comme les brevets d'invention ou le know-how. A ce propos, dans la décision Salini citée plus haut, le

¹ P. Juillard ; « *Les investissements privés*, » AFDI 1984, p.777, cité par H. Mehdi : « *Le régime des investissements en Algérie* », précité, p.60.

² M. Haroun, » *Le régime des investissements en Algérie* » Ibidem.

³ La problématique de l'évaluation des apports en nature se fait dans le cas d'un investissement, dans les mêmes procédures que celles en vigueur lors de la constitution de sociétés commerciales. Le législateur a donc mis en place des mesures de contrôle qui varient selon le type de société commerciale, et qui visent à prohiber la tendance à la surévaluation des apports en nature. Ceci léserait aussi bien les autres apporteurs, comme les apporteurs en numéraire qui vont détenir en contrepartie de leurs apports, un nombre exact de parts sociales ou d'actions, que les tiers et parmi lesquels nous comptons les créanciers sociaux, pour qui, le capital de la société, comme gage des créanciers devra être conforme à la réalité des apports faits par chacun des associés. Voir à ce sujet, P. Merle, *Droit commercial- Sociétés commerciales*. 5eme édition. Précis Dalloz.1996.p.40.

juge arbitral avait estimé que la société italienne a utilisé son know-how pour la construction de l'autoroute¹.

D'un autre côté, concernant l'exigence d'un montant d'apport minimum, les positions semblent être partagées. D'une manière générale, la jurisprudence arbitrale du CIRDI semble être constante à ce sujet et n'exige pas un montant d'apport minimum, ce qui, du reste, est assez difficile à réaliser lorsqu'il s'agit de quantifier un know-how par exemple. En revanche, il est permis de penser que lors de la constitution d'une filiale locale par une firme étrangère et dans l'éventualité du choix de la constitution d'une société en la forme commerciale, la législation commerciale du pays d'accueil exige de quantifier les apports, ce qui est une autre manière d'exiger des montants minimums d'apports. De plus, certaines législations ou réglementations dites de dissuasion², peuvent exiger un montant minimum d'apports de la part d'investisseurs étrangers. Il en a été ainsi de l'Algérie qui exigeait dans sa législation antérieure de l'investisseur étranger un montant d'apport initial (fonds propres) variable selon l'importance de l'investissement³.

Comme dernière forme de l'apport, celui-ci peut être effectué en industrie. A ce propos, les avis et positions dominantes dans la doctrine du droit des investissements excluent cette forme d'apport dans la fixation des critères de l'investissement et par-delà, de sa définition.

Dans cet ordre d'idées, certains auteurs sont catégoriques sur cette question en affirmant, sans aucune autre forme d'explication, qu'« *en aucun cas, toutefois, l'apport ne peut être un apport en industrie.* »⁴ D'autres, estiment que l'apport en industrie concerne uniquement les personnes physiques⁵, *puisque* « *il est constitué*

¹ Salini Costruttori Spa et Italstrade Spa c / Royaume du Maroc, du 23 juillet 2001, précitée, (§ 55).

² Voir, infra, p.9.

³ Selon l'article 94-323 du décret exécutif n° 94-323 du 17 octobre 1994 fixant le seuil minimum de l'apport initial en capital de l'investisseur étranger, aujourd'hui abrogé, ce seuil devait être de 15% si l'investissement est inférieur à deux (2) millions de Dinars algériens, de 20 % si l'investissement se situe entre deux et dix (10) millions de Dinars et enfin, de 30% s'il est supérieure à dix (10) millions de dinars. J.O.R.A n° 67 du 19 octobre 1994, p. 22.

⁴ D. Carreau et P. Juillard, « *Droit International Economique* », op-cit, p.405.

⁵ M. Haroun, op-cit, p.59.

du travail et de l'activité industrielle de ces personnes. » Cette dernière est mise à la disposition de l'entreprise par le truchement d'un contrat de travail dont la prestation de travail qu'il englobe n'est pas assimilée à un bien susceptible d'être un apport constitutif d'investissement. A l'image des législations algérienne et française, les législations commerciales n'autorisent ce type d'apports que dans une forme précise de sociétés-les sociétés de personnes- valables pour recevoir de petites entreprises, souvent familiales. Ceci exclut, de part cette stature, les grands projets économiques réalisés dans le cadre d'investissement direct.

Nous avons souligné auparavant que les apports en nature peuvent comprendre aussi bien des biens corporels ou matériels qu'incorporels (droits ayant une valeur économique). Dans ce second cas, il a été relevé la difficulté de différencier l'apport en nature représenté par un know-how de celui en industrie, lorsqu'ils se combinent entre eux. Cette confusion des genres a amené certains auteurs ¹ à retenir les apports en industrie comme constitutifs d'investissement sur la seule base de leur proximité avec les apports en nature.

b- : L'attente d'un gain

Les auteurs du courant objectiviste considèrent que la notion d'investissement comporte un noyau dur irréductible composé d'éléments tel que l'apport, la durée du projet et le risque supporté par l'investisseur². Ces derniers seraient en quelque sorte des prérequis à toute opération d'investissement. Cependant, une décomposition ou déconstruction de cette notion a amené un certain nombre

¹ J.M.Loncle, « *La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI,* » Revue de droit des affaires internationales (RDAI), précité, P.326.

² A l'image du pr Juillard pour qui « ...le contrat d'investissement exige toujours un apport (...). Cet apport doit revêtir un caractère de durabilité (...) L'attribution du droit durable impliquera la participation de l'investisseur au résultat de l'investissement », in, « *Contrats d'Etats et investissement* », in Contrats internationaux et pays en développement, sous la direction de H.Cassan, Economica, 1989, p. 172.

d'auteurs, à l'instar de Christoph. H. Schreuer,¹ à considérer que cinq caractéristiques peuvent servir de guide pour qualifier l'opération d'investissement. La première réside dans la durabilité de l'opération sur laquelle il insiste particulièrement. La seconde a trait à la régularité en matière de profits et de revenus. En troisième lieu, l'acceptation du risque par l'investisseur. L'importance de l'engagement par des apports serait la quatrième caractéristique. Enfin, en dernier lieu, la contribution de l'opération dans le développement économique de l'Etat d'accueil est soulignée². Dans cette déconstruction, apparaît un élément sur lequel la doctrine du droit de l'investissement n'insiste pas particulièrement : celui de la régularité des profits et revenus, ou plus simplement l'attente d'un gain.

Le critère de l'attente d'un gain serait plutôt d'inspiration jurisprudentielle. Les sentences arbitrales rendues par différentes instances arbitrales reprennent assez souvent cette caractéristique de l'attente d'un gain. A l'origine, la décision arbitrale rendue sous les auspices du CIRDI, dans l'affaire Fedax c / Venezuela du 11 juillet 1997³, avait repris tous les éléments que H.C. Schrauer avait systématisé et parmi lesquels, bien évidemment, « ...une régularité en matière de profit et de revenus... » De même, dans l'affaire Joy Mining Machinery c / la République Arabe d'Egypte, rendue également sous les auspices du CIRDI en date du 6 août 2004, le tribunal arbitral avait estimé que les critères caractérisant l'investissement protégé étaient la durée, la régularité, le risque et le développement du pays hôte.⁴

¹ Juriste autrichien spécialisé en droit international de l'investissement, il est membre de la cour permanente d'arbitrage et du groupe d'experts du CIRDI, conciliateurs des arbitres. Il a également été de 2003 à 2008, président du comité de l'ADI sur le droit de l'investissement étranger.

² Cité par N. Rubins, « *Les innovations arbitrales dans les récents accords américains de libre-échange : deux pas en avant, un pas en arrière* », R.D.A.I / I.B.L.J, n°8, 2003, cité par Ichrak Ayed et Mohamed Abida, in « *Les nouveaux modèles de Traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements : Exemples des modèles américains (2004) et canadiens (2005)*. Actes du colloque « Où va le droit de l'investissement », organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, précité, p.144.

³ Affaire consultable sur le site du CIRDI : <http://www.worldbank.org/icsid>.

⁴ Affaire consultable sur le site du CIRDI : <http://www.worldbank.org/icsid>. Il est à noter que dans cette affaire, comme dans l'autre, les éléments définis par M.C.Schreuer, cités plus haut, ont été repris dans leur intégralité. Ceci ne doit pas étonner quand on sait que le sieur en question y siégeait comme arbitre.

De leur côté, les modèles américain (2004) et canadien (2005) de traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements¹ se sont appropriés cette approche de la notion d'investissement en insistant sur trois éléments seulement, à savoir, les apports en capital, la recherche du gain et le risque supporté par l'investisseur, tout en excluant de façon explicite les deux autres éléments, celui de la durabilité et celui de la contribution au développement du pays d'accueil. Cette approche se retrouve dans la plupart des traités bilatéraux sur l'investissement récents conclus par les Etats-Unis et le Canada.

L'intérêt de l'investisseur est bien évidemment d'augmenter toujours son profit. Par hypothèse, ce postulat de départ doit exister dans toute opération d'investissement. Seulement, il nous semble que cette caractéristique ou critère, n'est pas un élément d'identification spécifique à l'opération d'investissement. La recherche du profit, communément désignée par le vocable du but lucratif est le propre de toute entreprise, individuelle ou sociétaire, civile ou commerciale et n'est donc pas réductible aux seuls investissements. Nous pouvons retrouver cette recherche du but lucratif dans des opérations de vente, qui sont des contrats à exécution instantanée et donc, non constitutives d'investissement.

Malgré l'insistance de la doctrine anglo-saxonne, le critère de l'attente d'un gain n'a pu avoir une existence autonome et a toujours été caché par un autre critère, plus général, parce que, englobant le premier, celui du risque encouru par l'investisseur.

c- : Le risque

Tout autant que la décision Salini², qui a eu le mérite de réunir dans une même définition les critères formels cumulatifs, au nombre de quatre de

¹ Nous aurons à revenir sur la question des traités bilatéraux sur les investissements, avec force détails en p129 et s.

² Salini Costruttori Spa et Italstrade Spa c / Royaume du Maroc, décision sur la compétence (§ 52) du 23 juillet 2001, ARB/QQ/4, précitée p.109.

l'investissement, à savoir : des apports réalisés par l'investisseur, une certaine durée d'exécution, une contribution au développement économique de l'Etat d'accueil et une participation de l'investisseur aux risques de l'opération, les différentes conventions multilatérales et à leur tête, la convention de Séoul dite convention AMGI¹, qui se proposait de garantir les investissements contre une forme de risque particulière, le risque politique, ont toutes intégré le critère du risque dans les éléments d'identification de la notion d'investissement.

Toute décision d'investir comporte toujours une part d'incertitude et implique une prise de risque. Le risque à apprécier dans ce type d'analyse est toujours économique et doit être distingué du risque politique (risque de nationalisation à la suite d'un changement de régime politique, par exemple), mais également du risque juridique consistant en le non-respect par la partie contractante de ses obligations contractuelles. Le risque économique, dans la littérature économique telle qu'elle ressort des travaux de H.M. Markowitz², est la différence due à l'incertitude des marchés et aux changements imprévisibles des économies. Il sert à mesurer la « ...dispersion ou la variabilité de la rentabilité potentielle par rapport à la rentabilité espérée ». Selon Markowitz, le couple risque - rentabilité est à la base de toute décision d'investissement.

Le risque est intégré systématiquement dans l'évaluation économique des projets d'investissement et c'est le principe de précaution qui commande l'intégration de cet élément dans le calcul économique. L'identification et la quantification du risque rend l'analyse de rentabilité plus pertinente. Le gain escompté du projet d'investissement sera plus élevé lorsque que l'investisseur accepte d'assumer un plus grand risque.

Le critère du risque est à rapprocher d'un autre critère, celui de la durabilité de l'investissement, dont on verra plus loin qu'il est un tant soit peu controversé. En

¹ Voir supra, p.93.

² Economiste américain, lauréat du prix de la banque de suède en sciences économique en mémoire d'Alfred Nobel usuellement appelé « prix Nobel d'économie » 1990, sur la théorie du portefeuille. Il est l'auteur du modèle de diversification efficiente des portefeuilles d'actifs.

effet, nous remarquerons, avec J.M. Loncle¹ que « ... *le risque est inhérent aux contrats de longue durée et ce critère paraît devoir être lié au critère temporel précité.* » Il est souligné que « ... *plus une opération s'étend dans la durée, plus la probabilité d'être confrontée à des risques augmente.* »²

Dans l'affaire Salini Costruttori Spa et Italstrade Spa c / Royaume du Maroc précitée, le tribunal arbitral avait fondé la distinction de l'investissement d'un contrat de prestation de services sur le critère du risque qui pèse sur la rémunération de l'investisseur.³ De plus et en l'espèce, le tribunal avait fait une lecture très extensive du risque en ce que les facteurs qu'il avait identifiés n'étaient pas spécifiques au contrat de construction d'autoroutes, objet du litige, mais pouvaient concerner beaucoup de contrats de longue durée.

De plus, certains auteurs mesurent le critère du risque par la rémunération que perçoit l'investisseur, et estiment que la nature de cette dernière peut déterminer la nature de l'opération. La variabilité de cette rémunération est appréciée en fonction de la variabilité du risque pris par l'investisseur. Plus le risque est grand, plus grande sera la rémunération. A ce propos, C. Oman⁴ estime « ... *Si la principale raison de participer de l'entreprise étrangère est de vendre au titre du projet,...le projet représente pour elle une opération de vente non un investissement* », et cela par l'absence de prise de risque dans les opérations de vente.

Dans le même ordre d'idées, D. Carreau et P. Juillard⁵, estiment que :
« *Elles (les opérations de vente) ne sont pas constitutives d'un investissement dès lors que la rémunération de l'investisseur est parfaite par le seul paiement du prix de vente, même si ce prix n'est pas déterminé, mais déterminable.* »⁶ Dans le même ordre d'idées, ces auteurs ajoutent, « ... *Il ne peut y avoir d'investissement que pour*

¹ « *La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI* », précité, p.328.

² Ibidem.

³ Ibidem, p.323.

⁴ « *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en voie de développement,* » précité, cité par J.M.Loncle, précité, p329.

⁵ « *Droit international économique,* » précité, p.405.

⁶ Ibidem.

autant que l'investisseur supporte, au moins partiellement, les aléas de l'entreprise..... La satisfaction que l'investisseur attend de l'opération doit être, au moins pour partie, facteur des résultats de l'exploitation.... Ce dernier critère est essentiel : c'est lui qui permet de distinguer, en effet, entre les arrangements contractuels selon que ceux-ci sont ou ne sont pas constitutifs d'investissements. »¹

Après avoir présenté les éléments de la définition de la notion d'investissement qui font l'objet de consensus, aussi ténu soit-il concernant le critère de la recherche du gain, nous nous proposons d'examiner maintenant les éléments où dominent des incertitudes quant à leur contribution à une définition de l'investissement : il s'agit des éléments controversés.

B- : Les critères de controverse

Nous avons souligné précédemment que le courant objectiviste de la doctrine de l'investissement estime que la notion d'investissement comporte un noyau dur, irréductible composé d'éléments tel que l'apport, la durée du projet et le risque supporté par l'investisseur². Nous constatons déjà à ce niveau, que les éléments de fixation de l'investissement sont réduits à trois, alors qu'une approche plus extensive, celle défendue par H. Schreuer³, y inclut deux autres critères, ceux de l'attente d'un gain et de la contribution au développement du pays d'accueil.

Cependant, de cet assortiment de critères, ceux relatifs à la durée d'exécution de l'investissement et à la contribution au développement du pays d'accueil ne semblent pas ou plus faire le consensus autour de leur concours quant à la définition de l'investissement.

¹ Ibidem.

² Voir infra, p, 105 et s.

³ Voir infra, p, 110.

a - : La durée d'exécution

La durée d'exécution de l'opération d'investissement permet avant toute chose de différencier ce dernier de notions voisines telles, la vente ou l'acquisition simple de biens ou services. De même, elle traduit également l'engagement de l'investisseur à supporter les risques de l'investissement auquel le critère de la durabilité est intimement adossé.

Le guide pour la rédaction des contrats internationaux pour la coopération industrielle, élaboré dans le cadre de la commission économique pour l'Europe, au sein de l'ONU¹, ne propose pas de définition de l'investissement et se borne à donner une liste non exhaustive du reste, des contrats de coopération industrielle. Ils les considèrent comme étant des opérations, qui « ... *Allant au-delà de la vente ou de l'achat simple de biens et de services, implique la création entre parties appartenant à des pays différents, d'une communauté d'intérêts d'une certaine durée, ayant pour but la constitution d'avantages mutuels pour les deux parties intéressées.* »

Dans la même logique, les institutions économiques internationales, tout comme la doctrine économique, insistent particulièrement sur le critère de la durabilité de l'opération dans leur approche de la notion d'investissement.

Pour rappel, l'OCDE² considère que l'investissement direct permet d'établir un intérêt durable dans une entreprise résidente d'une autre économie que celle de l'investisseur direct. Le FMI³ quant à lui, définit également l'investissement direct étranger comme l'investissement effectué par une entité résidente d'une économie dans une entreprise d'une autre économie, dans le but d'acquérir un intérêt durable.

¹ In textes et documents. D.P.C.I, décembre 1976, tome 2, p.647, cité par M. Haroun, op.cit, p.103.

² Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux.

Quatrième édition 2008, op-cit, p.104.

³ Voir supra, p. 59.

Parallèlement et à titre d'illustration, la doctrine, à l'image de PH. Kahn¹, y voit « ... *toute contribution d'une certaine durée ayant pour résultat le développement d'une activité économique- que cette contribution soit faite sous forme de biens corporels ou incorporels....* »

En plus de la doctrine qui semble être unanime à reconnaître l'intérêt de la durabilité quant à la définition de l'investissement, la convention de Séoul, dite convention AMGI, est pratiquement le seul instrument multilatéral qui reconnaisse à la durée d'exécution le statut de critère de définition de l'investissement. La convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (CIRDI) s'était interdit, pour rappel, de définir l'investissement.

L'article 12 de la Convention, à propos des investissements admissibles stipule, en son paragraphe b, que : « *le Conseil d'administration peut, par décision prise à la majorité spéciale, inclure, parmi les investissements admissibles, toutes autres formes d'investissements à moyen et à long terme, à l'exception toutefois des prêts autres que ceux mentionnés à la section a) ci-dessus qui ne peuvent être couverts que s'ils sont liés à un investissement spécifique couvert ou devant être couvert par l'Agence...* » Cet article 12 pose bel et bien le principe de la durabilité de l'opération mais ne tranche pas pour autant sur la durée de la dimension temporelle de l'opération. Nous avons souligné auparavant que le système AMGI ne se limite pas à la seule convention, mais englobe également, un certain nombre de règlements, dont le règlement opérationnel, qui détaille les règles applicables aux activités de garantie et de promotion de l'agence, et le contrat de garantie standard pris en 1989².

Le paragraphe 1.06 du règlement opérationnel pose le principe que pour déterminer l'admissibilité des investissements autres que directs, l'autorité de

¹ Investissements, in, Encyclopédie Dalloz, droit international, tome 2, p.191, cité par M. Haroun, « *Le régime des investissements en Algérie* », précité, p, 97.

² Voir supra, p, 99.

souscription, c'est-à-dire l'Agence, délivre une couverture uniquement pour les investissements qui ont une durée d'au moins trois ans¹ et dépendent substantiellement des revenus de la production ou les profits tirés du projet.

Nous devons observer que le système AMGI ne vaut, dans sa définition de l'investissement, que pour l'objet qu'il entend régir, à savoir les investissements éligibles au bénéfice de la garantie de l'agence et qu'à ce titre, la reconnaissance du critère de la durée d'exécution ne doit ni être systématisée, ni perçue comme faisant consensus. Ceci nous amène à poser les termes du débat de la controverse née autour de ce critère.

D'une façon générale, hormis les différentes positions doctrinales auxquelles nous rajoutons les textes fondateurs des organisations économiques internationales signalées plus haut, mais également la convention de Séoul, le critère de la durée de l'opération ne semble pas emporter l'adhésion dans la fixation des éléments d'identification de l'investissement. Tout d'abord, au niveau de la doctrine elle-même, dont on avait souligné la quasi-unanimité à retenir ce critère, certains auteurs estiment, à l'instar de M. Haroun², que ce dernier reste sujet à débat et qu' « *il paraît peu fondé de faire dépendre la qualification d'investissement d'une simple clause contractuelle de modalités de paiement...* », pour réfuter l'idée que l'investissement se distinguerait de la vente ou tout autre contrat de courte durée sur la seule base des modalités de paiement qui sera instantanée pour la seconde, alors que l'investissement, par sa durée, étalerait le paiement dans le temps et ceci par sa nature même de contrat à exécution successive. Pour sa part, J.M. Loncle³, sur la base de sa lecture de quelques décisions arbitrales rendues par le CIRDI, estime que ce critère temporel reste assez faible pour prétendre au statut de critère lorsqu' « *il est utilisé seul et doit être associé avec celui de la participation aux risques de l'opération par l'investisseur.* »

¹ C'est nous qui soulignons.

² « *Le régime des investissements en Algérie* », précité, p, 104.

³ « *La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI* », précité, p.327.

Ensuite, le critère de la durée d'exécution n'aurait reçu, selon l'avis de M. Haroun, aucune consécration au niveau des législations internes, à l'image des législations algérienne et française. Il est vrai que, à titre d'exemple, l'article 2 de l'ordonnance n°01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, modifiée et complétée par l'ordonnance n°06-08 du 15 juillet 2006 et l'ordonnance n°09-01 du 22 juillet 2009- lequel corpus forme le code des investissements- ne fait pas allusion à ce critère, ni aux autres du reste.

D'un autre côté, la jurisprudence CIRDI, qui, par principe, n'est liée que par la convention de Washington portant création du centre pour le règlement des différends entre ressortissants d'un Etat avec un autre Etat, reprend assez souvent dans ses sentences arbitrales le critère de la dimension temporelle de l'investissement, mais sans le continger dans un cadre rigide comme c'est le cas du système AMGI. La jurisprudence du CIRDI ne lui fixe pas de durée précise et cette dernière s'apprécie selon le cas. Ainsi, la décision Salini ¹ du 23 juillet 2001 précitée, avait repris le critère temporel de l'investissement que l'affaire Fedax c / Venezuela du 11 juillet 1997 avait admis précédemment. Il s'agissait dans ce cas, d'un prêt d'une durée de quelques mois, que le tribunal a estimé suffisante pour lui donner la qualification d'investissement. De plus, dans la décision Joy Mining Machinery C / République Arabe d'Egypte², le tribunal arbitral avait estimé que : « *La durée de l'engagement financier n'est pas particulièrement significative comme en témoigne le fait que le prix a été payé dans sa totalité, lors d'une étape précédente...* »³ La durée de l'engagement était en l'espèce de quatre ans et ceci a été estimé peu significatif dans la qualification de l'opération d'investissement. En conclusion, pour marquer le caractère controversé de ce critère, nous citons une fois de plus, J.M. Loncle qui note que « ... *la faiblesse du critère temporel qui ne peut*

¹ Salini Costruttori Spa et Italstrade Spa c / Royaume du Maroc, décision sur la compétence (§ 52) du 23 juillet 2001, ARB/QQ/4, précitée p.94, citée par J.M. Loncle « *La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI* », précité, p.326.

² Sentence du 6 août 2004 (ARB/03/11), citée par Jean Marc Loncle, op- cit, p.320.

³ Ceci est une traduction non-officielle du paragraphe suivant : « *The duration of the commitment is not particularly significant, as evidency by the fact that the price was paid in its totality at an early stage....* »

être utilisé seul et doit être associé à celui de la participation aux risques de l'opération¹. »

b- : La contribution au développement économique du pays d'accueil

De l'ensemble des éléments ayant servi de critères de fixation de la notion d'investissement, la contribution des filiales étrangères au développement du pays d'accueil de l'investissement est celui qui a été le plus problématique, celui qui a cristallisé le plus de réticence, voire d'opposition à son endroit.

On connaît bien les avantages que l'on peut attendre des IDE dans les économies des pays en développement. Une large majorité d'études montrent que, avec des politiques adéquates dans les pays d'accueil, et un niveau minimum de développement, l'IDE a des retombées technologiques certaines. Il contribue à la formation de capital humain, facilite l'intégration aux échanges internationaux, favorise la création d'un climat plus compétitif pour les entreprises en améliorant leur développement, tout comme il permet de développer autour de lui, un réseau de sous-traitance locale par la fidélisation d'un certain nombre de fournisseurs.

Tous ces facteurs contribuent à l'accélération de la croissance économique, instrument le plus puissant pour lutter contre la pauvreté dans les pays en développement. De plus, au-delà de ses avantages strictement économiques, l'IDE peut aider à améliorer les conditions environnementales et sociales dans le pays d'accueil, par exemple en transférant des technologies « plus propres » et en amenant les entreprises à avoir des politiques plus socialement responsables.

Le principe de la contribution de l'opération d'investissement au développement du pays d'accueil s'inscrit en droite ligne de l'évolution de la pratique économique internationale telle que suggérée par les deux décennies des

¹ In « *La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI* », précité, p 327.

Nations-Unies dédiées au développement¹ et de la « charte des droits et devoirs économiques des Etats », objet de la résolution 3281(XXIX), adoptée le 12 décembre 1974 par l'assemblée générale des nations-unies². L'ensemble de ces instruments internationaux présentaient le sous-développement, de l'avis de M. Virally, comme « ... *un problème mondial, concernant tous les Etats du monde qu'ils fussent développés ou sous-développés et dont la solution exigeait le concours et la coopération de tous : c'est le principe de solidarité qui se trouvait ainsi proclamé.* »³

D'un autre côté, le critère de la contribution au développement du pays d'accueil a été solennellement affirmé dans le préambule de la Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, dite convention CIRDI, dans les termes suivants : « *Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans le domaine des investissements privés internationaux ...* » Pour sa part, la Convention de Séoul a également retenu l'utilité économique pour le pays d'accueil du projet d'investissement. Sa contribution au développement économique est formellement exigée par le paragraphe d de l'article 12 de la Convention⁴. Elle en a fait un critère de qualification de l'investissement.

Ce critère reflète, à l'évidence, la volonté de l'Etat d'accueil de protéger essentiellement les opérations qui seraient susceptibles de contribuer à son

¹ Proclamation de la décennie des années 1960 décennie des Nations-Unies pour le développement par les Résolutions 1710 et 1715(XVI), alors que la Résolution n° 2626 (xxv) en date du 26 octobre 1970, intitulée stratégie internationale du développement pour la deuxième décennie des Nations-Unies a été proclamée et devait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1971.

² Voir supra, pp, 29 et 30.

³ « *La deuxième décennie des Nations-Unies pour le développement- Essai d'interprétation para-juridique.* » In *Annuaire français de droit international*, année 1970 volume 16, p, 11.

⁴ Pour rappel, le texte du paragraphe d de l'article 12 de la Convention est rédigé comme suit : « Lorsque elle garantit un investissement, l'Agence s'assure :

- (iv) que le dit investissement est économiquement justifié et qu'il contribuera au développement du pays d'accueil ;
- (v) que ledit investissement satisfait à la législation et à la réglementation du pays d'accueil ;
- (vi) que ledit investissement est compatible avec les objectifs et les priorités déclarés du pays d'accueil en matière de développement ; »

développement économique. C'est précisément sur ce point précis que les réticences sont apparues à propos de ce critère. Il lui est reproché, sous son apparente générosité, de pouvoir faire changer la qualification de l'opération selon le but qui lui est assigné. A ce sujet, F. Horchani¹s'élève contre le fait de faire dépendre l'investissement de l'« *appréciation casuistique* » des autorités souveraines des pays d'accueil. Il estime également, pour fustiger le recours à ce critère, qu'« *un nombre important de flux d'investissements étrangers se font dans un sens Nord-Nord ; il est difficile de parler dans ce cadre de développement économique du pays d'accueil.* »

Les critiques formulées par la doctrine ont été relayées par des oppositions franches de la part des Etats émetteurs d'investissements que nous allons examiner. Ces réticences se sont manifestées essentiellement dans la pratique internationale des traités bilatéraux sur les investissements.

Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements² semble ne pas accorder une crédibilité particulière à certains éléments dégagés tant par la doctrine que par la jurisprudence et qui revêtent une grande importance au regard des revendications portées par les pays hôtes d'investissements, spécialement celui de la contribution de l'investissement au développement de l'Etat d'accueil. Il a sensiblement manifesté le déséquilibre dans la prise en compte des intérêts des exportateurs d'investissements au détriment des intérêts des importateurs d'investissements. L'article 1 du prototype se limite à l'énoncé des trois éléments cités plus haut³ en matière de définition de l'investissement, et peut donner à penser que l'élément de la participation au développement économique de l'Etat d'accueil ne soit inscrit dans les préoccupations des Etats-Unis. Cependant, en regardant de plus près, l'alinéa 2 de l'article 17 du même prototype, tempère relativement ce propos, en

¹ In, Rapport introductif du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006 « *Où va le droit des investissements ?* » op.cit., P. 12 et s.

² Nous reviendrons un peu plus loin sur cette question.

³ Voir à ce propos, le noyau dur de la définition de l'investissement présenté en p,105 et s.

disposant : « *A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory...* » ce qui peut être traduit par « *Une partie peut refuser les avantages de ce traité à un investisseur de l'autre partie qui est une entreprise de cette autre partie et à des investissements de cet investisseur si l'entreprise n'a aucune activité importante sur le territoire de l'autre partie ...* » Ce sentiment est, à notre avis, corroboré par un certain nombre d'accords de protection et d'encouragement réciproques des investissements conclus par les Etats- Unis, à l'image de celui signé et entré en vigueur avec l'Algérie, qui est, faut-il le rappeler un accord d'encouragement des investissements américains en Algérie, ce qui le classe dans la catégorie des conventions non réciproques. Celui-ci fait état de la préoccupation du développement économique de l'Etat d'accueil. Dans son exposé des motifs, le dit accord stipule que les deux parties sont désireuses de « *Conclure un accord, en ce qui concerne les activités économiques en République Algérienne.... qui favorise le développement des ressources économiques et la capacité de production de la République Algérienne...* »¹ Cette allusion n'intègre pas, pour autant, et de façon définitive, l'élément de la contribution dans la définition de l'investissement retenue dans ces instruments.

Sur un autre registre, la jurisprudence CIRDI semble être d'une manière générale, bienveillante à l'égard de ce critère de la contribution au développement du pays d'accueil, pour la raison évidente que les termes de la convention elle-même l'y conviait. Cependant et contrairement aux rédacteurs de la convention de Washington qui avaient choisi délibérément de ne pas définir la notion d'investissement, comme rappelé précédemment², pour laisser toute latitude aux parties de soumettre à l'arbitrage du centre, les litiges dont les opérations

¹ Accord visant à encourager les investissements, signé à Washington le 22 juin 1990 entre le gouvernement de la République algérienne et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique. J.O.R.A n°45 du 24 octobre 1990.p. 1208.

² Voir, supra p. 89.

constituent à leurs yeux des investissements, la jurisprudence CIRDI semble fragmentée, de l'avis de E. Gaillard.¹ L'auteur estime qu'une différence de méthode oppose les tenants d'une véritable définition faite d'éléments constitutifs à ceux qui relèvent simplement l'existence de caractéristiques pouvant varier, du reste, d'une espèce à l'autre.

Ce dernier courant s'est manifesté avant toute chose, dans la décision Salini rendue le 23 juillet 2001 et citée plus haut, mais également dans les décisions CSOB / ²Slovaquie, rendue le 2 mai 1999. Plus récemment encore, la sentence rendue dans l'affaire RSM Production Corporation / Grenade, le 13 mars 2009³, indiquait, à propos des éléments de définition de l'investissement, qu'ils ne constituaient que « *...Des caractéristiques générales.... Qui ... ne sont que des points de repères, ou étalons qui permettent au tribunal d'évaluer l'existence ou non d'un investissement.* »

En second lieu, le courant qui revendique une véritable définition de l'investissement, assise sur de véritables critères, ne s'accorde ni sur le nombre, ni sur l'importance à donner à chacun d'eux. Ainsi, dans certaines sentences rendues sous les auspices du CIRDI, à l'image des affaires Consorzio Groupement L.E.S.I - Dipenta / République Algérienne Démocratique et Populaire du 10 janvier 2005⁴, mais également LESI et Astaldi / République Algérienne Démocratique et Populaire le 12 juillet 2006, § 72⁵, la jurisprudence CIRDI s'est suffit des éléments classiques de la définition de l'investissement, ceux de l'apport, de la durée et le risque en excluant explicitement la contribution au développement économique du pays d'accueil, retenue préalablement dans la décision Salini, et plus spécialement encore dans la sentence rendue par le comité ad hoc du CIRDI statuant le 1^{er} novembre

¹ In, Chroniques des sentences arbitrales. Chroniques CIRDI, Journal de droit International, Clunet, avril-mai-juin 2010 n°2 /2010. Lexis Nexis JurisClasseur.

² In, « *La jurisprudence du CIRDI* » vol 1, p.577, cité par E. Gaillard op-cit ; Add, J.M. Loncle « *La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI* », précité, p.327.

³ Citée par E. Gaillard, op-cit, p.529.

⁴ In, « *La jurisprudence du CIRDI* », vol 2, p.109 et s, cité par E. Gaillard, chroniques, op-cit, p.530. Adde, J.M. Loncle, précité, p.327.

⁵ Ibidem.

2006 dans l'affaire Patrick. Mitchel c / Congo¹. Les arbitres avaient estimé dans l'espèce L.E.S.I - Dipenta², dans le paragraphe 13 (IV) qu'« *il paraît conforme à l'objectif auquel répond la convention qu'un contrat, pour constituer un investissement au sens de la disposition, remplisse les trois conditions suivantes ; il faut :*

- a) *Que le contractant ait effectué un apport dans le pays concerné,*
- b) *Que cet apport porte sur une certaine durée, et*
- c) *Qu'il comporte pour celui qui le fait un certain risque ».*

Les mêmes arbitres avaient fondé leur exclusion du critère de la contribution au développement économique du pays d'accueil sur l'argumentaire selon lequel « *il ne paraît en revanche pas nécessaire qu'il (l'investissement) réponde en plus, spécialement, à la promotion économique du pays, une condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte par les trois autres éléments*³ ».

L'évaluation de la contribution de l'investissement au développement du pays d'accueil semble être « *...une question économique que les tribunaux (arbitraux) n'envisagent pas de la même manière* », de l'avis d'E. Gaillard⁴

La doctrine du CIRDI reste très ambiguë, incohérente sur la question des éléments de définition de l'investissement. Plus récemment encore, dans la sentence sur la compétence rendue dans l'affaire Phoenix c / République Tchèque, rendue le 15 avril 2009⁵, il a été estimé que pour prétendre à la protection internationale de l'investissement, six éléments sont à prendre en compte parmi lesquels les éléments classiques, auxquels il faudrait ajouter la contribution au développement d'une activité économique dans le pays d'accueil, mais également de nouvelles exigences

¹ Ibidem.

² CIRDI No. ARB/03/08 Consorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c/ République algérienne démocratique et populaire, CIRDI No. ARB/03/08

³ Par 13 (IV) de la sentence, citée par E. Gaillard, chroniques, op-cit, p.530.; Adde, J.M. Loncle, précité, p.327.

⁴ In, « CIRDI. Chronique des sentences arbitrales », J.D.I. 2007, p.365, cité par M.Snoussi « Mesures d'urgences économiques et droit international de l'investissement », Revue tunisienne de droit, 2007, Centre de Publication Universitaire, p.18.

⁵ In, E. Gaillard, chroniques, op-cit, p.530.

relatives à l'investissement d'actifs en conformité avec les lois de l'Etat d'accueil et la bonne foi dans l'investissement de ces actifs. Ce dernier cas d'espèce a non seulement retenu de l'investissement une véritable définition composée de quatre éléments constitutifs mais, a prolongé « ...la notion d'investissement par celle d'investissement protégé par la Convention, ce qui lui permet de porter le nombre d'éléments requis de quatre à six ».¹

Tout ceci conforte le malaise ressenti par la doctrine dans la définition de l'investissement dont certains auteurs estiment que le CIRDI ajoute de la confusion à la confusion. W. Benhamida², à titre d'exemple, après avoir constaté le caractère maudit de la notion d'investissement, conclut à la contribution du CIRDI à amplifier le chaos dans la recherche d'une définition de l'investissement³. De plus, le rôle de plus en plus grand joué par le CIRDI en particulier et les arbitres d'une façon générale dans la définition de l'investissement⁴, devrait inciter ces instances à une plus grande cohérence dans leur approche de la notion, dont le moins que l'on puisse dire est qu'elle est devenue inintelligible dans la doctrine du centre, qui construit puis déconstruit la notion selon le cas d'espèce, mais surtout, selon la conviction subjective de ses juges arbitres. Ceci a donné lieu à un certain nombre d'opinions⁵ dont les auteurs estiment que la notion d'investissement était trop importante pour être abandonnée à l'appréciation des seuls juges arbitres. Ils sont allés à préconiser une sorte de juridiction supranationale, à l'image de la Cour

¹ Ibidem.

² In, « *La notion d'investissement : le chaos s'amplifie devant le Cirdi*, » Gazette du Palais, 13-15 décembre 2009, p.40, cité par E. Gaillard, chroniques, op-cit, p.529.

³ In, « *La notion d'investissement, notion maudite du système Cirdi ?* » in Investissements internationaux et arbitrage, chronique sous la direction de I. Fadlallah, Ch. Leben et E. Teynier, Gazette du Palais, 14-15 déc. 2007, pp. 33 et s.

⁴ C'est à juste titre que F. Horchani note que « *La définition (de l'investissement) n'est plus actuellement le fait de la doctrine, mais relève de la fonction normative des arbitres, ce qui est de nature à lui conférer une plus grande juridicité.* » in, Rapport introductif du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006 « Où va le droit des investissements, op-cit, .12.

⁵ S. Clavel et Y. Derrains, Notes d'orientation « *La définition de l'investissement* », Journée d'étude « *Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement ?* » du 27 mars 2013. Conventions : Réguler la mondialisation. Centre de conférence Ministériel(MAE) Paris. Le Pr Alain Pellet s'inscrit également dans cette perspective. Voir infra, p, 381.

Internationale de Justice (C.I.J), comme juridiction d'unification de la jurisprudence arbitrale en imposant le respect par les arbitres de critères déterminables et déterminés en matière de définition de l'investissement.

Après avoir examiné la notion d'investissement dans des approches différenciées, aussi bien économique que juridique, celle du droit international multilatéral, et relevé la difficulté de ces dernières à s'accorder sur des critères formels de définition, il convient, à présent, de l'envisager dans un cadre plus circonscrit, celui du droit algérien.

CHAPITRE II : LA NOTION D'INVESTISSEMENT AU REGARD DU DROIT ALGERIEN

Dans les développements qui vont suivre et que nous consacrerons à l'approche de droit interne, celle du droit algérien, on peut être surpris de voir y figurer une partie de l'étude relative aux conventions bilatérales de protection et d'encouragement réciproques sur les investissements que l'Algérie a conclues. Nous avons sciemment fait le choix de les inclure dans cette partie du travail pour les comparer immédiatement avec les dispositions intrinsèques de la législation interne algérienne en matière de définition de l'investissement. Ceci afin de voir que les approches qui y sont faites sont diamétralement opposées. En somme, l'étude de la notion d'investissement va se fonder sur l'articulation des apports des traités bilatéraux d'investissement et de la loi interne. De plus, les TBI et nonobstant leur statut de traités, se déploient tout de même dans les espaces nationaux des Etats qui les concluent. Ce qui peut, à forcer l'analyse, justifier leur inclusion dans le champ d'étude du droit interne.

En règle générale, le droit interne ne se donne pas pour objectif de définir l'investissement, mais les formes de sa réalisation et les règles d'incitation que l'Etat d'accueil module en fonction de priorités qu'il détermine. Dans cet ordre d'idées, nous entamerons ce chapitre par la notion d'investissement dans les conventions bilatérales de protection et de promotion des investissements conclues par l'Algérie (Section I), pour passer ensuite à la notion d'investissement dans la législation interne d'incitation (Section II).

SECTION I: LA NOTION D'INVESTISSEMENT DANS LES CONVENTIONS BILATERALES DE PROTECTION ET DE PROMOTION DES INVESTISSEMENTS CONCLUES PAR L'ALGERIE

Les accords bilatéraux de protection et de promotion réciproque des investissements (APPI) également connus sous le vocable d'accords bilatéraux sur l'investissement (ABI) ou encore de traités bilatéraux sur l'investissement (TBI), et sans préjuger de leur définition et de leur contenu qui seront détaillés par la suite, sont des traités internationaux, au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹, conclus entre deux Etats, sur la base de la réciprocité, aux fins de définir les règles de traitement et de protection des investissements des ressortissants de l'un des deux Etats sur le territoire de l'un des deux Etats, en délimitant les opérations constitutives d'investissement, mais surtout en définissant les mécanismes qu'ils estiment appropriés au règlement des différends qui pourraient survenir entre les investisseurs des Etats contractants .

Ils constituent de fait, des instruments juridiques privilégiés dans les rapports économiques entre les Etats en ce qu'ils permettent de définir le cadre de déploiement de la protection et de la promotion des investissements.

Avant de nous pencher sur les éléments de définition de l'investissement que nous propose l'ensemble des conventions bilatérales signées par l'Algérie et entrées en vigueur , mais également voir dans quelle mesure cette définition serait singulière ou ne le serait pas, il nous paraît utile de nous arrêter sur un certain nombre de données générales sur cet instrument constitué par les accords bilatéraux sur l'investissement, afin de cerner au plus près la réalité qui le sous-tend.

¹ Faite à Vienne le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Nations-Unies. Recueil des Traités. Vol 1165.P.331.

PARAGRAPHE I: Teneur et pertinence des accords de protection et de promotion réciproque des investissements.

Les accords bilatéraux de protection et de promotion réciproques des investissements représentent de l'avis de Mr Ivo Kaufmann¹ « ... *la réponse la plus fréquente à l'absence de cadre juridique universel* » alors que ce dernier n'en « *apparaît que plus opportun, surtout en ces temps de mondialisation* ».

Les accords bilatéraux de protection et de promotion réciproques de l'investissement renvoient quant à leur référence, et dans leur ensemble, à deux modèles principaux : le modèle européen et le modèle américain. A propos du phénomène de modélisation conventionnelle qui est assez répandu en droit international économique, le dictionnaire juridique, nous définit le modèle (législatif) comme étant « *l'œuvre législative dont la valeur exemplaire fait une source d'inspiration en législation comparée.* »² En effet, même si la convention modèle est dépourvue de toute valeur juridique, elle n'en possède pas moins une certaine autorité de fait. C'est « *un objet d'imitation au sens strict du terme* » d'après le Pr Juillard³ et une source d'inspiration importante dans les relations internationales.

Ainsi, un modèle conventionnel peut se définir selon P. Juillard comme étant « *un ensemble de dispositions arrêté à titre indicatif - soit dans le cadre international, soit dans le cadre interne- pour être reproduit dans les relations conventionnelles, soit multilatérales soit bilatérales. (...) Elle (la convention modèle) constitue une modalité d'assistance technique entre pays industrialisés et pays en développement, particulièrement dans des domaines d'abord difficile ; mais aussi, par l'imitation et la répétition, elle contribue semble-t-il, à l'évolution des idées et au rapprochement*

¹ In, « *Les accords de promotion et de protection des investissements sont plus actuels que jamais* » *La vie économique : Revue de politique économique* 11-2006.P. 56 et 57.

² In. « *Vocabulaire juridique* », sous la direction de G. Cornu. Paris, P.U.F. 1987, P.520

³ P.Juillard, in « *Investissements* ». *Chronique du droit international économique*. A.F.D.I. 1983.P.590

des positions ». ¹ Ces précisions apportées, le trinôme formé des Etats-Unis, de l'Union Européenne et du Japon a conduit au tissage d'un réseau assez dense d'ABI, chacun dans sa zone d'influence propre, ce qui traduit l'existence de plusieurs modèles conventionnels évoluant en concurrence, parmi lesquels se distinguent les modèles européen et américain.

Le modèle européen réunit sous sa bannière les accords bilatéraux sur l'investissement conclus par la majorité des pays européens, qui ont élaboré, chacun pour ce qui le concerne un modèle dont la référence réside dans le projet de convention multilatérale sur la protection des biens étrangers, préparé au début de la décennie 1960 par les soins de l'OCDE et qui a donné vie au code OCDE de la libération des mouvements de capitaux, adopté le 14 décembre 1960 à Paris, et entré en vigueur le 30 septembre 1961. En vertu de cette convention, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) se donne pour objectif de promouvoir des politiques « *visant à réaliser la plus forte expansion de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi au développement de l'économie mondiale, à contribuer à une saine expansion économique dans les pays membres, ainsi que les pays non membres, en voie de développement économique et à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales* ». Le code OCDE de la libération des mouvements de capitaux connaît cependant une double limite. La première tient à sa portée relativement réduite, puisque ses dispositions, acceptées par les pays membres, n'ont force obligatoire qu'entre eux, et ne lient par conséquent, que ces derniers, et uniquement ces derniers. Cependant, l'adhésion de nouveaux membres élargit le champ de compétence de ce traité en lui donnant une sphère encore plus grande. La deuxième limite tient à l'essence de la convention ayant donné naissance au code OCDE et

¹ Ibidem.

qui a vocation à assurer dans le cadre de la zone qu'il couvre, une liberté de circulation des investissements qui présuppose un mouvement de capital dans leur réalisation. Dans cet instrument adopté par l'OCDE, l'investissement est envisagé comme mouvement de capital destiné à encourager la libre implantation des entreprises et qu'à ce titre, l'investissement direct, parce qu'il véhicule cette mobilité doit être favorisé par rapport aux investissements de placement. Ceci nous donnerait une conception relativement restrictive de l'investissement dans cet instrument de libre circulation de capitaux.

Le modèle américain quant à lui, a été adopté en 1983¹. Le prototype a été révisé en 1994, et de nouveau récemment en 2004.² Dans ses précédentes versions, le modèle américain s'inspirât dans une certaine mesure des accords européens et du modèle développé par l'OCDE, mais s'en écartât sensiblement dans le déséquilibre qu'il manifestait entre les intérêts des exportateurs d'investissements au détriment des intérêts des importateurs d'investissements. A la différence du modèle européen, le modèle américain négligeât la délicate question de la revendication d'une réciprocité effective dans la prise en compte des intérêts protagonistes en jeu dans les ABI et n'accordât de l'importance qu'à la protection des investisseurs américains en dehors du territoire américain. C'est pour cette raison que le professeur Juillard a considéré que le modèle de 1983 contredit la tendance des pays européens, il « *va beaucoup moins loin dans le sens des intérêts de l'Etat de territorialité, et beaucoup plus loin dans le sens de l'Etat de nationalité* ». ³

Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements est présenté comme étant une mise à jour des modèles précédents. Il a dû prendre en compte les nouvelles règles posées par la

¹ Voir à ce propos : D. Carreau et P. Juillard « *Droit International Economique* ». Op cit. P. 435

² Voir à ce propos. P. Juillard. « *Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements* » (2004) In: Annuaire français de droit international, volume 50, 2004. pp. 669-682. Disponible sur l'u.r.l : <http://www.persee.fr/web/revues/home>.

³ P. Juillard : « *Investissements* ». Chronique du droit international économique précité. P.591.

législation commerciale aux Etats - Unis, représentée par la Trade Promotion Authority Act (T.P.A.A) de 2002, et en même temps, mettre en conformité cet instrument avec les accords de libre-échange, les Free Trade Agreements (F.T.As), conclus entre les Etats- Unis depuis 2002 avec un certain nombre de partenaires, du fait qu'ils contenaient des volets relatifs à l'investissement. D'un autre côté, ce nouveau modèle a fait sienne toutes les controverses induites par l'évolution de la jurisprudence en matière d'investissement.

Ce modèle constitue, selon le Professeur Juillard, « ... à la différence de certains modèles européens, le *state of art*, le niveau le plus avancé de la technique juridique, en matière de droit des investissements ¹ ». Sans vouloir rentrer dans trop de détails sur la question- les ABI ne sont pas l'objet central de notre recherche- il est utile de s'interroger, d'une manière générale, sur les apports novateurs de ce nouveau modèle américain d'APPI.

La modélisation conventionnelle a imposé une relative unicité de la définition de l'investissement dans les ABI, qui étaient, en 2012, au nombre de 2833 dans le monde.² Il n'y a donc pas autant de définitions que de traités bilatéraux, bien que nous retrouvions ici et là, quelques différences commandées par la tradition juridique et les particularités tant politiques qu'économiques qui, en définitive, donnent une spécificité au modèle conventionnel adopté.

Le modèle américain respecte, d'une façon générale, les règles classiques des APPI dans le monde. Toutefois, et même si les règles du nouveau modèle ne diffèrent pas substantiellement de celles qu'on rencontrait dans le modèle précédent de 1994, beaucoup de nouveautés y ont été introduites.

En premier lieu, l'article 1 du nouveau modèle pose le principe que le terme « *investment means every asset that an investor owns or control, directly or*

¹P. Juillard : « *Le nouveau modèle américain...* » Op.cit. p.670.

² In : Rapport sur l'investissement dans le monde. 2012. Vue d'ensemble CNUCED. Nations-Unies. New-York et Genève. 2012.

*indirectly...*¹ », ce que l'on peut traduire par, l'investissement signifie chaque actif qu'un investisseur détient ou contrôle, directement ou indirectement. Cette définition se démarque du modèle précédent des années 1990, en ce que ce dernier, à l'image de l'accord bilatéral de protection des investissements conclu avec l'Algérie,² se limitait à énoncer sans aucune autre forme de précision, que l'investissement est celui réalisé dans un projet ou activité. A l'inverse, cet accord a été relativement prolix pour détailler la notion de couverture et d'assurance des investissements réalisés par les émetteurs de capitaux américains.

Il apparaît donc clairement que le nouveau modèle américain, en matière de définition, soit plus explicite que l'ancien prototype, avec cependant cette remarque, que la notion d'investissement qui y est consacrée, n'y est ni plus claire, ni plus cohérente. Elle repose dans son essence sur le triptyque « biens-avoirs-intérêts » largement présent dans la sensibilité juridique anglo-saxonne et qui tend à établir une corrélation presque parfaite entre la notion d'investissement et celle de « *property rights and interests* »³ (droits et intérêts inhérents à la propriété).

Le terme d'asset (avoir ou actif) est donc une notion d'application très large dans les systèmes juridiques de la Common Law, où il prend le sens d'après la terminologie juridique américaine de « *real or personal property, whether tangible or intangible, that has financial value and can be used for the payment of its owners debts* »⁴, ce qui peut être traduit par « *biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, ayant une valeur financière qui peut être utilisée par leurs propriétaires pour le paiement de leurs dettes.* » La notion d'investissement dans le nouveau modèle américain de 2004, intègre donc tous les avoirs quel que soit leur

¹ Le texte du nouveau prototype américain de traité bilatéral sur les investissements est disponible sur le site officiel suivant : <http://www.state.gov/e/eb/RLS:PRSR128923.htm>, cité par, I. Ayed et M. Abida, « *Les nouveaux modèles de Traités Bilatéraux...* », op-cit, p.140.

² Décret présidentiel n°90- 319 du 17 octobre 1990, portant ratification de l'accord visant à encourager les investissements, signé à Washington le 22 juin 1990 entre le gouvernement de la République algérienne et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique. J.O.R.A n°45 du 24 octobre 1990. P. 1208.

³ In J.P. Lavié : « *Protection et promotion des investissements.* » P.U.F, Paris, 1985, p, 14.

⁴ West's encyclopedia of American law, vol 1 1998, pp. 268-269, cité par Mohamed ABIDA in « *Le modèle américain d'accord de protection et d'encouragement des investissements 2004* ». Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis- Mastère en droit. 2005.

nature, dans la détermination des opérations d'investissements éligibles à la protection conventionnelle. Sont incluses, toutes les formes aussi bien industrielles que commerciales de l'implantation des firmes américaines, tout comme la notion consacrée d'investissement touche non seulement l'investissement direct, qui présuppose le contrôle de l'entreprise, mais également l'investissement autre que direct ou ce qu'il est convenu d'appeler les nouvelles formes d'investissement, basés plus sur le fondement de la propriété que celui du contrôle.

D'un autre côté, la mise à jour du modèle américain de 2004, a opéré un cadrage relativement clair de l'investissement protégé dans les éléments qui le caractérisent et ce, à l'opposé de la situation antérieure. Ces éléments, qui sont au nombre de trois, concernent la nécessité de faire des apports, l'attente d'un profit et enfin, le risque supporté par l'investisseur, que nous avons examiné précédemment.¹

A- : Teneur des accords de protection et de promotion des investissements.

Nous constatons, avec le Professeur Juillard² que « *la croissance des réseaux bilatéraux avait montré que les conditions d'une solution multilatérale étaient réunies.* » C'est la solution inverse qui s'est plutôt dessinée et qui a consisté à considérer que la dynamique de prolifération des accords de protection et de promotion des investissements comme la réponse efficace et actuelle à l'inaccomplissement de la solution multilatérale. Les APPI ont constitué à cet égard, un succédané à l'Accord Multilatéral sur l'Investissement (AMI), dont les prétentions par trop libérales de ses initiateurs et les tiraillements constatés à propos de certaines questions³, dont celle de l'exception culturelle défendue par la France, ont conduit à son abandon.

¹ Voir supra, p111.

² P. Juillard, in, « *A propos du décès de l'AMI* », Annuaire Français de Droit International, Chronique de droit international économique, 1998- vol, 44- n°1, pp, 595-612.

³ Les promoteurs de l'A.M.I. ont été inspirés par les préoccupations de, de l'admission et l'élimination des contraintes de gestion. Ces préoccupations, selon le Professeur Juillard « ... s'expriment moins dans le

Quelle serait la teneur des accords bilatéraux sur l'investissement ?

Un ABI est un traité international comprenant des obligations contraignantes pour les gouvernements qui en sont parties quant au traitement que ces derniers réservent aux investisseurs et aux investissements étrangers. Les devoirs des investisseurs ne font pas l'objet des accords bilatéraux sur les investissements, ceux-ci restent de la compétence de la législation du pays hôte qui les définit dans le cadre de ses règles d'établissement. La liberté des parties contractantes d'autoriser des investissements étrangers sur leur territoire n'est pas remise en cause par ce genre de traité. Les obligations internationales qui naissent par suite de ce traité ne courent qu'à partir du moment où l'investissement a été déjà réalisé et ce en conformité avec le droit du pays hôte, ce que la doctrine du droit international économique appelle la phase post-établissement. En agençant des règles précises et un mécanisme efficace de mise en œuvre, cet instrument offre un cadre juridique stable permettant de promouvoir et de protéger les investissements étrangers.

Outre qu'ils identifient leur champ d'application par une définition de l'investissement largement conçue du reste¹, les accords bilatéraux sur l'investissement visent la réalisation de plusieurs objectifs liés à la sécurité tant juridique qu'économique des investissements à l'étranger. L'encouragement des investissements respectifs des Etats signataires prendra la forme de garanties de leur protection dans le cadre du traitement équitable des investisseurs et ce par l'instauration de la clause de la nation la plus favorisée et du traitement national.

contexte Nord-Sud que dans le contexte Nord-Nord. De quoi s'agit-il, en effet ? Il s'agit, tout d'abord, de permettre aux entreprises multinationales, par le jeu du traitement national dans la phase pré-établissement, de librement accéder aux marchés nationaux, qui sont générateurs de profits, c'est-à-dire aux marchés des pays du Nord qui n'ont pas encore accepté de s'ouvrir librement à l'investissement étranger. Il s'agit, par la suite, de faire en sorte que les pays d'accueil assurent des conditions d'égalité concurrentielle, par le jeu du traitement national dans la phase post-établissement, entre les entreprises nationales et les entreprises multinationales. On voit bien que ce sont là des préoccupations propres aux pays développés et qui mettent en cause les relations économiques entre ces pays développés. Le problème des entreprises multinationales d'origine américaine, c'est moins l'accès au marché zimbabwéen que l'accès au marché européen. Il suffit d'énoncer le problème en ces termes pour comprendre qu'il trouvera sa solution non pas dans une négociation entre pays du Nord et pays du Sud, mais bien dans une négociation entre pays du Nord. » Ibidem, 598.

¹ Voir infra, p. 142 et s.

Ce principe de non-discrimination fera que les filiales étrangères ne peuvent être moins bien traitées que les entreprises locales (traitement national) ou celles d'Etats tiers (clause de la nation la plus favorisée). Ils garantissent également une indemnisation rapide et adéquate en cas d'expropriation et le libre transfert des revenus des investissements. Enfin, ils visent à mettre en place un cadre juridique approprié permettant le règlement des différends qui pourraient surgir entre un investisseur et le pays hôte de l'investissement, avec la faculté de recourir à l'arbitrage international¹ en soumettant les litiges nés de l'application ou de l'interprétation des ABI à un tribunal arbitral. D'autres questions, plus subsidiaires, peuvent être soulevées ici et là par certains ABI. Cela a été le cas, à titre d'exemple, dans les accords conclus entre l'Algérie et la Finlande², le 13 janvier 2005, entre l'Algérie et la Tunisie, le 16 février 2006³ et entre l'Algérie et la Mauritanie le 6 janvier 2008⁴ qui avaient intégré les compensations pour pertes, à la suite d'une guerre ou d'un conflit armé, d'une révolte ou d'une insurrection armée. De même, certains ABI organisent la subrogation en droit de la cession des droits et l'exécution des créances issues de l'investissement que l'investisseur pourrait céder au profit de l'Etat dont il est ressortissant. Certains ABI insèrent dans leurs dispositions une clause de consultation sur l'interprétation ou l'application de l'accord. Celle-ci fera souvent l'objet de bienveillance de la part des parties contractantes pour permettre sa concrétisation. D'autres enfin, prévoient la possibilité de soumettre l'investissement réalisé aux dispositions plus favorables d'un engagement particulier, que celles du traité bilatéral sur l'investissement, au cas où celui-ci venait à exister. Tel est le sens à donner, à titre d'exemple, à l'article 11 de l'accord conclu entre l'Algérie et la Finlande du 13 janvier 2005.

¹ Nous aurons à revenir sur l'ensemble de ces objectifs, qui constituent la teneur des ABI, lorsque nous aborderons la question des garanties accordées aux investisseurs dans le cadre de la législation interne algérienne en deuxième partie. Voir infra, p. 248 et s.

² J.O.R.A n°82 du 17 décembre 2006.p.5.

³ J.O.R.A n°73 du 19 novembre 2006.p.8.

⁴ J.O.R.A n°7 du 23 novembre 2008. P.7.

B- : Pertinence des accords de protection et de promotion des investissements.

D'une manière générale, les accords bilatéraux sur l'investissement visent la protection des investisseurs au-delà de la protection que leur offre la législation du pays hôte dans le cadre des codes d'investissement. Si cette dernière venait à manquer, ils constitueraient un cadre juridique contraignant qui incite à l'investissement en éliminant les entraves à sa réalisation, et en lui donnant les protections nécessaires. D'un autre côté, une croyance forte en un principe bien assis en droit, celui de la hiérarchie des normes juridiques, fait que les Traités internationaux ont dans l'ordre juridique interne une valeur supérieure à celle des lois. Ceci serait un facteur supplémentaire de la préférence du traitement international au traitement national, d'autant que les Etats nationaux ont l'obligation d'adapter leur législation interne au Traité international.

Certains pays émetteurs de capitaux estiment qu'un accord bilatéral offre des garanties supérieures à celles que prévoit loi nationale sur les investissements. Ils marquent leur volonté de doubler, par le recours aux ABI, la protection des investissements réalisés par leurs ressortissants, car ils estiment que la protection internationale par le truchement du droit international des investissements serait plus efficiente que celle accordée par les législations nationales. Ce sentiment a été clairement exprimé dans des débats tenus et dans des documents parlementaires pris à l'occasion de certains accords de protection conclus par l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise, à l'image de celui conclu et en vigueur entre l'Algérie et l'UEBL¹. Plus que le mobile de l'efficience, il nous paraît que les pays émetteurs d'investissements expriment plutôt de la méfiance dans les instruments nationaux de protection de l'investissement. A titre d'exemple seulement, le choix ne se pose

¹ Décret présidentiel n°94-01 du 2 janvier 1994 portant ratification de l'accord entre le gouvernement de la République Algérienne Démocratique et Populaire et l'Union Economique Belgo-Luxembourgeoise concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements signée à Alger le 18 mai 1991. J.O.R.A n°46. Il s'agit du rapport sur l'Algérie présenté par Mme Lizin, au nom de la commission des affaires étrangères du Sénat belge in, Les accords bilatéraux sur l'investissement, GRAID, Rapport intérimaire, en note de bas de page, p, 10, précité.

pas pour les pays développés, entre un juge interne d'un pays en développement et des arbitres relevant d'une instance internationale. Leur préférence ira tout naturellement pour la solution arbitrale.

Dans l'optique des pays émetteurs, les accords de protection et d'encouragement des investissements représentent un gage d'adhésion des pays demandeurs aux principes de libre circulation des capitaux et de liberté d'établissement.

D'autres sensibilités divergentes perçoivent plutôt Les ABI comme « *un instrument du processus de libéralisation qui permet d'assurer les conditions et la reproduction de la domination du capital par le biais d'un rapport de force inégalitaire tant dans la négociation que dans les échanges commerciaux et d'investissement.* »¹ Dans cet esprit, le Pr A. Pellet, observe que « *...Le bilatéralisme cachant bien souvent l'unilatéralisme du plus fort.* »²

D'un autre côté, la notion de réciprocité sur laquelle repose les ABI nous semble quelque peu exagéré. Il nous paraît que les accords en question assurent avant toute chose, le traitement et la protection des investissements des pays développés dans les pays en développement, lesquels s'intègrent dans des stratégies d'attractivité de capitaux dont les ABI constituent un maillon essentiel, au regard de la rareté et de leur besoin en capitaux aux fins de financer leur développement économique et social. Cette observation est relevée par ceux-là même qui ne cachent pas leur préférence libérale, à l'image de P. Juillard³, qui reconnaissait que les A.B.I sont souvent accusés « *... de faire la part trop belle aux investisseurs, et pas assez belle aux Etats...* », en définissant « *... les droits des investisseurs, mais*

¹ Ibidem.

² Paraphrasant D. Carreau et P. Juillard, In, « *Adieu Philippines : Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international* » in, Le droit international économique à l'aube du XXI siècle. En hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard, Collection des cahiers internationaux n°20, Centre d'étude et de recherche en droit international. Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne. p, 98.

³ In, Conclusions générales du Colloque « *Où va le droit de l'investissement* » ? Tunis 2006, précité, P. 321.

pas leurs devoirs, et que corrélativement, ils ne définissent que leurs devoirs, et pas leurs droits... ». Les économies émergentes et les économies en transition sont des destinations d'importance croissante pour les investissements étrangers. Les pays en développement constituent des marchés où les potentiels de croissance sont assez appréciables, mais en même temps, les risques non commerciaux y sont élevés. Les accords de protection et de promotion des investissements contribuent à la réduction de ces risques et permettent de rehausser par la même l'attractivité des pays demandeurs de capitaux qui souscrivent à cette démarche. En définitive, et pour reprendre une conclusion émise lors de l'étude effectuée par le G.R.A.I.D, citée plus haut, ¹c'est « ...sous couvert de rapports égaux d'encouragement et de protection des investissements, les ABI sont très nettement des accords de protection des capitaux provenant de pays occidentaux à destination de pays dépendants (demandeurs de capitaux) ».

PARAGRAPHE II- : Eléments de définition de l'investissement tirés de certains API signés par l'Algérie

Après avoir situé les ABI dans leur contexte global, il convient, à présent, de nous interroger sur la définition de l'investissement qui y est employée et particulièrement dans certains engagements bilatéraux internationaux de l'Algérie.

A-: Une définition standardisée de l'investissement

La modélisation conventionnelle dont il a été question plus-haut, s'est imposée d'elle-même à l'Algérie, dans la définition de l'investissement retenue dans les

¹ Voir supra p.145.

quarante-trois (43)¹ accords bilatéraux sur l'investissement en vigueur, conclus avec des pays étrangers.

Ces derniers consacrent dans leur totalité une définition standardisée de l'investissement. Elle réalise une combinaison des approches analytique ou descriptive et synthétique. Tous les ABI conclus de par le monde, reprennent tous la formule selon laquelle le terme investissements s'entend comme étant tout type d'actifs ou éléments d'actifs ou même tout type d'avoirs quelconques, pour consacrer l'approche analytique qui en est faite de la notion d'investissement. Ensuite, cette dernière est simultanément doublée d'une approche analytique qui consiste en une liste énumérative d'opérations, qui pour être la plus large possible s'appuie sur l'indication « *notamment mais non exclusivement* », pour signifier que l'énumération qui est faite des opérations susceptibles de constituer des investissements, est indicative, non exhaustive et non limitative, et qui reste ouverte également à de nouveaux types d'investissements. Cette liste énumérative classe catégorie par catégorie les principaux « biens, droits et intérêts » assimilés à des investissements. A titre d'illustration, l'article 1^{er} de l'accord conclu entre l'Algérie et la France le 13 février 1993 et ratifié par la partie algérienne le 2 janvier 1994² désigne par investissements « ... *des avoirs tels que les biens, droits de toutes natures et tout élément d'actif quelconque en lien avec une activité économique et plus particulièrement mais non exclusivement ;...* » L'article 1^{er} de l'accord algéro-hollandais du 20 mars 2007, en son article 1^{er}³, se limite, de son côté, à désigner par le terme investissement « ... *Tous les éléments d'actifs, et plus particulièrement mais non exclusivement :...* »

¹ Ce chiffre n'est pas une statistique officielle. Il est le résultat de recoupements faits sur la base d'informations fournies par la chambre algérienne de commerce et d'industrie (C.A.C.I) et de recherches personnelles sur le journal officiel. Le premier accord a été signé entre l'Algérie et les Etats-Unis d'Amérique à Washington le 22 juin 1990 et ratifié (J.O.R.A n° 45 du 24 octobre 1990), alors que le dernier accord a été signé entre l'Algérie et la Mauritanie à Alger le 6 janvier 2008 et ratifié (J.O.R.A n°65 du 23 novembre 2008)

² J.O.R.A n° 01 du 2 janvier 1994.

³ J.O.R.A n°78 du 12 décembre 2007.

Si la notion d'actif, de connotation comptable, est aisée dans sa définition, comme étant un élément identifiable du patrimoine d'une entité ou d'un agent économique ayant une valeur économique positive, la notion d'avoir, de l'avis du Pr A. Bencheneb, est assez imprécise en ce que une définition de ce dernier (l'avoir) reste introuvable. Il estime que celui-ci « ... *peut renvoyer à ce dont dispose l'investisseur qu'à ce qu'il possède, mais aussi à ce qu'il pourrait avoir en propre ou en jouissance pendant les phases de réalisation ou de liquidation de l'investissement.* »¹.

Cette notion d'avoir repose sur un socle constitué du triptyque : « biens - droits et intérêts », comme souligné auparavant. Les biens englobent aussi bien les meubles que les immeubles. Les droits quant à eux, concernent aussi bien les droits réels, tels les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et autres droits analogues, que les droits personnels, c'est-à-dire les droits de créance. Dans cette optique, P.Juillard² regroupait les avoirs pouvant constituer un investissement en trois catégories: La première est relative aux biens corporels, qu'il s'agisse de biens meubles ou immeubles. La seconde catégorie est celle des propriétés incorporelles. On y trouve les propriétés intellectuelles- telles que propriétés littéraires et industrielles- et les propriétés commerciales- telles que les éléments de fonds de commerce. La troisième catégorie est celle des concessions et plus particulièrement, « *des concessions accordées pour la prospection et l'exploitation des ressources naturelles* ».

La référence aux biens est une référence au connu, selon l'avis du Pr A. Bencheneb³. Elle renvoie à une notion classique, ce qui est fait pour rassurer les juristes. Le bien a toujours comme référent principal la chose qui reste une notion d'application courante en droit. Seulement, cette notion ne serait rien d'autre

¹ « *Sur l'évolution de la notion d'investissement* », in, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^{ème} siècle, précité, p195.

² Juillard. P, « *Les conventions bilatérales d'investissements conclues par la France* », in JDI, 1979, p.317.

³ « *Sur l'évolution...* » p. 183.

qu' « *un agrégat d'objets disparates que rien n'unit génériquement* », à en croire certaines affirmations.¹

La définition que donnent les ABI de la notion d'investissement ainsi que la notion d'investisseur est relativement identique. La plupart des modèles d'accord de promotion et de protection des investissements visent la protection des mêmes types d'opérations exercées par les mêmes catégories d'opérateurs.

Cependant, chaque modèle conventionnel conserve son particularisme hérité des traditions juridiques du pays concerné et des circonstances politiques et économiques entourant la négociation bilatérale, ce qui se traduit par la référence à certaines notions que nous trouvons spécifiquement dans certains accords et non dans d'autres. Dans d'autres cas, cette spécificité se manifeste par l'utilisation d'une terminologie propre, alors que la notion est la même. Cela est le cas, à titre d'exemple, de la référence à la notion de « *goodwill*² », notion d'inspiration anglo-saxonne, dans l'accord algéro-finlandais du 13 janvier 2005, en son article 1^{er} § d, cité plus-haut, et l'accord algéro-hollandais précité du 20 mars 2007, en son article 1^{er}, §a, alinéa 4, alors que l'équivalent de celle-ci en droit français pourrait être la clientèle, comme élément essentiel du fonds de commerce³.

B- : Une définition extensive de l'investissement.

Au-delà des accords bilatéraux de protection, le droit des investissements s'est donné pour objet principal, la protection des investissements internationaux et son corolaire, la croissance de ces derniers. Dans cette optique, nous partageons le

¹ Selon A.Bencheneb, citant la définition donnée du bien juridique par l'encyclopédie de théorie et de sociologie du droit, 2eme édition, Paris, LGDJ, 1993, cité en notes de bas de page, p.183.

² Le goodwill, terme anglo-saxon, peut être traduit littéralement par survaleur. Ce serait, d'après l'encyclopédie Wikipédia, « *la différence entre l'actif du bilan d'une entreprise et la somme de son capital immatériel et matériel valorisée à la valeur de marché* ».

³ Le fonds de commerce, comme ensemble de biens mobiliers, corporels comme incorporels, affectés à l'exercice d'une activité commerciale, se compose de différents types d'éléments. Parmi ces derniers, il est fait obligation par la loi de l'existence d'une clientèle et l'achalandage pour prétendre au bénéfice du régime juridique du fonds de commerce. L'article 78 du code de commerce algérien consacre cette notion d'éléments essentiels du fonds de commerce.

sentiment exprimé par A. Bencheneb¹, qui estime que les systèmes juridiques nationaux sont mis à contribution dans la mise en place des édifices juridiques, par le truchement d'engagements internationaux régionaux et bilatéraux, afin de permettre la réalisation des objectifs assignés au droit des investissements. La mise en concurrence des Etats d'accueil, pour qui les effets attendus de ces investissements ne peuvent être que bénéfiques sur le plan économique et social, s'exprime dans un libéralisme incontestable du régime dédié à la protection et à l'admission de ces derniers. Ce même libéralisme a de ce fait imposé l'adoption d'une définition extensive de l'investissement instamment revendiquée par les firmes des pays émetteurs, afin de soumettre un nombre illimité d'opérations au régime de protection et de libre admission que les accords de protection des investissements suggèrent.

Certains accords tentent tout de même de limiter un tant soit peu cette approche très large de la notion d'investissement par la liaison de ce dernier à une activité économique ou encore, par sa réalisation en conformité avec la législation du pays d'accueil. Sur le premier élément et à titre d'illustration, l'accord conclu entre l'Algérie et l'Italie du 18 mai 1991, ratifié le 5 octobre 1991², en son article 1^{er}, assimile à l'investissement tout « *Tout apport en numéraire, en nature ou en services, investi ou réinvesti, dans tout secteur d'activité économique, quel qu'il soit.* » L'accord algéro-français du 13 février 1993 cité plus-haut, fait de même, en définissant l'investissement comme « *.... Tout élément d'actif quelconque en lien avec une activité économique...* » Cette référence à l'activité économique qui se veut limitative, en excluant les activités autres qu'économiques, à titre d'exemple, les activités culturelles, sociales ou autres, n'en est pas moins large, en dernière analyse et serait de portée limitée, selon M. Haroun³. Sur le deuxième élément, celui

¹ « *Mutations du régime des investissements et mondialisation des rapports économiques* », In, Droits et culture : Mélanges en l'honneur du Doyen Yadh Benachour, Centre des Publications Universitaires, Tunis, 2008, p.1269.

² J.O.R.A n°46 du 6 octobre 1991.

³ In, « *Le régime des investissements en Algérie* », précité, p.79.

de la conformité de l'investissement à la législation du pays d'accueil, les ABI incitent souvent à une mise en adéquation de ces derniers avec la législation nationale du pays d'accueil de l'investissement. Faut-il pour autant considérer cette allusion aux éléments que nous venons de mentionner comme des critères de définition de l'investissement préconisée par les conventions bilatérales ? La réponse à cette interrogation sera affirmative et participe de l'extension démesurée de la notion d'investissement dans les instruments bilatéraux, qui corrobore d'une manière ou d'une autre, le malaise observé par la doctrine quant à la confusion qui caractérise la fixation des éléments de définition de l'investissement. Le caractère très large des énumérations faites par les ABI, diluent la notion d'investissement et la privent de référents spécifiques.

De nombreux auteurs ont eu à le relever et à le déplorer. En premier lieu, P. Juillard trouve non convaincante la définition donnée de l'investissement par les modèles conventionnels. Il estime que la combinaison des approches synthétique et analytique vise en fin de compte « à protéger l'ensemble des biens de l'étranger, que ceux-ci présentent ou ne présentent pas le caractère d'investissements¹. » De son côté, M. Haroun, estime que «...la notion d'investissement extensible à souhait peut paraître au juriste, soucieux de précision et de concision ; comme un capharnaüm dans lequel il n'a pas pour habitude d'évoluer.² » M. F.Horchani notait, quant à lui, à propos de cette approche des conventions bilatérales sur l'investissement , « qu'il est à craindre que cette extension ne banalise trop la notion juridique d'investissement qui risque d'être diluée dans celle, très générale, de droit économique, à telle enseigne que tout devient investissement et que, désormais, la question qui mérite d'être posée est: Qu'est ce qui n'est pas investissement? ». ³ Dans la même veine, J. Touscoz⁴, déplorait l' « atrophie » de la

¹ In, « droit international économique », op.cit., p.400.

² In, « « Le régime des investissements en Algérie... » Op.cit., p.82.

³ Horchani.F, « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », JDI 2.2004, p. 374, note de bas de page n°14

⁴ In, « droit international », Thémis, Paris, P.U.F, 1993, cité par A. Bencheneb, op.cit., p.192.

notion, alors que W. Benhamida¹ faisait état du caractère fuyant de la notion en la qualifiant de « *maudite*.»

Pour conclure cette question de l'approche faite par les instruments bilatéraux, la perception de cette extension démesurée de la notion d'investissement relevée dans la doctrine, a conduit un certain nombre d'auteurs à se demander si ce glissement ne s'achemine pas vers une disparition pure et simple de la notion².

Après avoir envisagé la notion d'investissement dans les conventions bilatérales sur l'investissement et conclu à son extrême flexibilité, pour des raisons évidentes de soumettre les investissements directs étrangers à la protection qui semble être la plus efficace aux yeux des firmes étrangères et de leurs Etats, c'est-à-dire celle de l'instrument bilatéral, nous nous proposons d'envisager cette fois-ci la notion au regard des droits nationaux, qui, en règle générale, se soucient moins de définir la notion que de fixer ses cadres de déclinaison. Nous nous baserons dans cet examen sur le droit algérien, pour voir dans quelle mesure cette approche serait différente des approches précédentes que nous avons eu à évoquer.

¹ In, « *La notion d'investissement, notion maudite du système Cirdi ?* », Investissements internationaux et arbitrage, chronique sous la direction de I. Fadlallah, Ch. Leben et E. Teynier, Gazette du Palais, 14-15 déc. 2007, pp. 33 et s.

² Notamment P. Juillard et al, in, « *Droit international économique* », 3^{ème} édition 1993 et M. Haroun, in, « *Le régime des investissements en Algérie* », précité, P. 105.

SECTION II : LA NOTION D'INVESTISSEMENT DANS LA LEGISLATION INTERNE D'INCITATION

D'emblée, et pour des raisons de commodité pédagogique et de langage, nous devons préciser que nous n'opposons pas le régime d'incitation des investissements étrangers de celui de leur protection et de libre circulation, parce que rien n'indique qu'ils peuvent être opposés l'un vis-à-vis de l'autre. Seulement, il nous semble que les instruments du droit international tant multilatéral que bilatéral portent une finalité assez marquée de protection et cela même si le mobile de la promotion n'est jamais absent, alors que l'instrument national est essentiellement orienté vers une finalité de facilitation par le truchement d'avantages fiscaux et autres. Ce qui en fait un outil essentiellement d'incitation des investissements surtout étrangers.

Quand bien même la loi nationale serait compétente en matière d'admission des investissements surtout étrangers, elle reste cependant entièrement encadrée par les principes du droit international exprimés dans le cas d'espèce par les engagements internationaux, régionaux ou bilatéraux, devant garantir une circulation et une protection des investissements étrangers. Or, l'évocation de ces principes de droit international n'emporte pas adhésion totale à la définition que donne ce droit international de la notion d'investissement ; loin s'en faut. La préoccupation de libre circulation qui est fortement perceptible dans les revendications exprimées par les firmes internationales elles-mêmes, peut ne pas correspondre avec les préoccupations des pays hôtes des investissements. A la finalité de protection et de libre-circulation portée par les firmes étrangères et leurs Etats, est opposée une finalité de promotion et d'attractivité, certes, des investissements étrangers par les pays d'accueil, mais également une mise en conformité des investissements avec les choix opérés dans les politiques publiques de ces derniers.

A l'opposé de la définition portée par les instruments bilatéraux conventionnels que nous venons d'examiner, la définition que propose la législation

interne de l'investissement sera obligatoirement limitative et non exhaustive pour un certain nombre de raisons. La définition de l'investissement dans le cadre des lois nationales aura cet effet immédiat de faire bénéficier ce dernier d'un statut fiscal privilégié par le truchement des différentes exonérations dont il pourra profiter. Sur ce point précis, les finances des pays récepteurs d'investissements ne peuvent faire l'impasse sur les recettes fiscales que les investissements auront générées, par une trop grande défiscalisation rendue possible par les exonérations que la loi accorde à ces derniers. A ce propos, il est intéressant de noter, à titre d'illustration, que l'Etat algérien dépense annuellement plus de quatre cents cinquante(450) milliards de dinars algériens, soit l'équivalent approximativement de six milliards neuf cents millions (6,9) de dollars américains¹ au titre des exonérations fiscales accordées aux investissements tant domestiques qu'étrangers. Ce qui n'est pas rien. La répercussion de ces différentes considérations sur la notion d'investissement fait que l'approche ou la définition de ce dernier dans les instruments de droit interne sera nécessairement limitative, à l'opposé de ce que nous avons vu concernant les instruments bilatéraux. Celle-ci se justifie par le fait que, l'Etat d'accueil, en consentant ces avantages aux investisseurs, va grever les recettes du trésor public en exonérant ces derniers d'impôts et taxes de différentes natures. Tout cela risquerait de mettre en péril les équilibres généraux des finances publiques de l'Etat d'accueil. A cela, il faudrait ajouter que le recours quasi-systématique à la défiscalisation peut aboutir à battre en brèche le principe de l'égalité des citoyens devant l'impôt, en faisant supporter le poids de la pression fiscale sur certaines catégories socio-professionnelles et en exonérant d'autres, tout comme il serait de nature à fausser le jeu de la concurrence.

Partant du postulat exprimé par A. Bencheneb², selon lequel « ...*Les lois nationales répugnent à l'idée d'une définition abstraite,...* elles s'abstiennent d'offrir une telle définition pour se préoccuper des secteurs d'investissements ainsi

¹ Déclaration de Mr Karim Djoudi, ministre des finances. Quotidien El-Watan du 13mars 2013.

² In, « *Sur l'évolution de la notion d'investissement* », P. 188-189, précité.

que des finalités économiques, ou bien elles offrent une liste des formes possibles d'investissement et des modalités juridiques de réalisation », nous comptons envisager la question de la définition de l'investissement dans la législation interne algérienne en mettant en avant le caractère limité de cette définition (par I), mais surtout en délimitant les modalités juridiques de réalisation de l'investissement (par II)

PARAGRAPHE I- : La définition limitative de l'ordonnance 01-03 portant développement de l'investissement

De prime abord, il est à signaler que les dispositions de l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001¹ ne donnent pas de l'investissement une définition qui en soit véritablement une. Il est vrai que le droit, pour paraphraser le Pr Juillard ne pratique pas l'art de la définition pour la définition. De la combinaison des articles 1 et 2 de ce texte de loi, qui constituent le siège de cette définition, ressortent quelques bases, qui n'ont pas pour autant, valeur d'éléments indiscutables devant assoir une définition fiable de l'investissement dans le droit interne algérien.

L'article 1^{er} dispose que : « *La présente ordonnance fixe le régime applicable aux investissements nationaux et étrangers réalisés dans les activités économiques de production de biens et de services ainsi que les investissements réalisés dans le cadre de l'attribution de concession et / ou de licence.* » L'article 2 quant à lui, dispose que : « *Il est entendu par investissement au sens de la présente ordonnance :*

- 1- *Les acquisitions d'actifs entrant dans le cadre de création d'activités nouvelles, d'extension de capacités de production, de réhabilitation ou de restructuration ;*

¹ Modifiée par l'ordonnance n°06-08 du 15 juillet 2006, modifiant et complétant l'ordonnance 01-03 relative au développement de l'investissement, J.O.R.A n° 47 du 19 juillet 2006 et par l'ordonnance n° 09601 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009.

2- *La participation dans le capital d'une entreprise sous forme d'apports en numéraires ou en nature ;*

3- *Les reprises d'activités dans le cadre d'une privatisation partielle ou totale ».*

De l'économie générale de ces dispositions, nous pouvons conclure que ces dernières se sont surtout attelées à préciser les formes de réalisation de l'investissement et non de définir en soi la notion. Aussi, il nous paraît évident que les seuls éléments de définition que proposent les deux articles précédemment cités ont trait au diptyque - référence à la notion de capital sous les termes d'apports en numéraires ou en nature d'une part, - réalisation de l'investissement dans les activités économiques de production de biens et de services, d'autre part. Ceci nous permettra de conclure, que la définition de l'investissement telle que préconisée par le droit interne algérien sera nécessairement restrictive et ce, à l'opposé de ce nous avons conclu pour ce qui concerne la définition proposée par les conventions bilatérales de protection et de promotion des investissements signées par l'Algérie.

A- La référence à la notion de capital

La définition de l'investissement par référence à la notion de capital est une tradition qui remonte à la première législation algérienne de l'investissement.

Les différentes législations que l'Algérie a dédiée à l'investissement ont toutes eu cette constance de définir l'investissement, par l'exigence de sa réalisation dans une activité de production et par référence à la notion de capital sans qu'une réelle définition qui soit théoriquement fiable n'eût été apportée. Seulement, l'interprétation que certains auteurs ont fait des dispositions des différents codes d'investissement qui se sont succédé, révèle des lectures antinomiques de la doctrine algérienne dans sa perception de cette notion.

Avant de nous pencher sur le débat doctrinal concernant la notion, il est utile de rappeler les dispositions des différents codes d'investissement dans leur

tentatives de définition de ce dernier, et ce, dans la perspective de mettre en évidence l'idée avancée plus haut, celle de la constance du renvoi à la notion de capital, qui, elle, divise les auteurs.

A titre d'illustration nous citerons d'abord, le premier code d'investissement¹ de l'Algérie indépendante qui accordait en son article 1^{er} le bénéfice du code aux investissements productifs réalisés en Algérie, alors que l'article 8 précisait que seules peuvent être agréées les créations ou extensions d'entreprise qui disposent d'un plan financier satisfaisant. Il visait de ce fait, les seuls « *investissements de capitaux à caractère productif* » comme le notait M. Haroun². ». Par ailleurs, la distinction formes traditionnelles et nouvelles formes d'investissement ne pouvait avoir d'application à cette époque puisqu'elle est apparue bien antérieurement à la période de promulgation du code de 1963.³

En second lieu, la loi n°90-10 du 10 avril 1990⁴ sur la monnaie et le crédit, modifiée et complétée⁵, dans l'intervalle de l'abrogation de la loi n°82-13 du 19 août 1982 relative à la constitution et au fonctionnement des sociétés d'économie mixte, modifiée et complétée par la loi n° 86-13 du 28 août 1986 et de l'adoption du code de investissements de 1993, avait constitué le cadre juridique d'intervention du capital étranger en Algérie. Elle disposait en son article 183 que « *Les non-résidents sont autorisés à transférer des capitaux en Algérie pour financer toutes activités économiques non expressément réservée à l'Etat ou à ses démembrements ou à toute personne morale expressément désignée par un texte de loi* ». Bien que son objet porte sur le régime de la monnaie, de l'autorité monétaire et du crédit, elle

¹ Loi n° 63-277 du 26 juillet 1963, JORA n°53 du 2 août 1963.

² In, « *Le régime des investissements en Algérie* », précité, P. 131.

³ Les travaux de référence en la matière reviennent à Charles Oman, « *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement* »: Etudes du centre de développement de l'O.C.D.E., Paris.1984.

⁴ Abrogée et remplacée par l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003, J.O.R.A n° 52 du 27 août 2003, modifiée et complétée.

⁵ Le Pr Bencheneb disait à propos de cette disposition (l'article 183) qu'elle reflète le «... *caractère lacunaire du droit des investissements curieusement logé dans une loi bancaire.* » In, « *La loi algérienne du 5 octobre 1993 relative à la promotion de l'investissement* », Revue tunisienne de droit 1995, Centre d'Etudes, de Recherches et de Publication.

avait constitué, par cette disposition, le premier cadre législatif sur les investissements d'essence libérale. Néanmoins, la notion qui y est retenue est celle de flux de capitaux, en se situant dans une perspective de réglementation des changes en permettant le transfert de capitaux par des personnes non-résidentes en Algérie, pour le financement de toutes activités économiques.

Enfin, le décret législatif n° 93-12 du 5 octobre 1993¹, qui constitue le véritable premier code des investissements s'inscrivant dans une démarche d'économie de marché a, dans ses articles 1 et 2, défini le champ d'application du code en précisant qu'il s'applique aux investissements nationaux privés et étrangers réalisés dans les activités économiques de production de biens ou de services non expressément réservées à une personne publique et réalisées sous forme d'apport en capital ou en nature par toute personne physique ou morale, dans des investissements de création, d'extension de capacité, de réhabilitation, de restructuration. Là également, la référence à la notion de capital est explicite.

Ainsi, le code des investissements issu de l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001 portant développement de l'investissement, modifiée et complétée, se situe dans la continuité des législations que nous venons d'évoquer, en matière de définition de l'investissement par le recours à cette notion quelque peu confuse de capital. L'alinéa 2 de l'article 2 en parlant de participation au capital d'une entreprise sous forme d'apports en numéraire ou en nature consacre le recours à cette notion de capital. Cette dernière constitue un élément de convergence de toutes les législations que nous venons de citer dans leur tentative de définition de l'investissement. Les éléments de divergence concernent les formes de réalisation de l'investissement que chacune d'elles a adoptée. Mais qu'entendons-nous par cette notion de capital de façon précise ? Quelle a été la position de la doctrine algérienne sur le sens à donner à la référence à cette notion de capital ?

¹ J.O.R.A n° 64 du 10 octobre 1993.

La notion de capital est une notion économique et désigne dans son acception large toute ressource susceptible de générer des revenus. Dans un sens financier, le capital d'une société correspond à l'argent apporté par les actionnaires à la société lors de sa création ou au cours de la vie sociale. Dans un cadre économique, le capital désigne l'ensemble des moyens financiers à la disposition de l'entreprise, c'est-à-dire les capitaux propres et l'endettement. De façon plus précise, le capital renvoie à l'affectation durable de biens qu'ils soient en espèces ou en nature à l'exercice d'une activité économique dans des formes qui peuvent être sociétaires ou autres. Aussi, cette notion qui est dans son origine économique, fait tout de même appel à un critère d'ordre juridique qui est celui l'apport. Ce dernier est tout bien (ex. : somme d'argent, fonds de commerce, immeuble, etc.) que les associés mettent à la disposition de la société en vue d'une exploitation commune. Ils en transfèrent la propriété ou la jouissance en contrepartie desquelles ils reçoivent des titres sous forme d'actions ou parts sociales, qui attestent de leur propriété de la portion de capital apportée et au-delà, permettent l'acquisition d'un pouvoir déterminant dans la direction ou la gestion de l'entreprise. Les droits de chaque associé dans le capital sont donc proportionnels à ses apports. Les apports en numéraire sont les apports les plus habituels lors de la constitution de sociétés¹. Ils sont faits en argent, et une partie doit être obligatoirement versée lors de la souscription. Ils peuvent être apportés dans le capital social initial ou sous la forme de réinvestissement de dividendes.

Dans leur essence, les apports en numéraire ne posent pas de problèmes particuliers. Ceci n'est pas le cas des apports en nature qui restent problématiques

¹ Les apports peuvent être des apports purs et simples lorsqu'ils sont affectés par les associés en échange de droits sociaux (parts d'intérêts dans les sociétés de personnes, actions dans les sociétés de capitaux) soumis aux aléas de l'entreprise. Ils peuvent être des apports à titre onéreux lorsque l'associé reçoit, en contrepartie de son apport, des avantages non soumis à l'aléa social. Ces avantages peuvent être soit des sommes d'argent à verser par la société, soit des obligations émises par la société (l'obligation est un titre négociable représentatif d'une créance, habituellement productive d'intérêts à l'encontre de la société), soit une prise en charge par la société des dettes incombant à l'apporteur.

aussi bien dans leur mise en œuvre dans le droit des sociétés commerciales¹, que dans l'interprétation auxquelles ils ont donné lieu dans la doctrine algérienne de l'investissement.

En règle générale, le droit commercial des sociétés entend par apports en nature une palette assez variée de biens entrant dans leur définition. Ces derniers ne font l'objet d'aucune énumération limitative, si bien qu'il peut s'agir de biens corporels mobiliers ou immobiliers, ou de biens incorporels. Dans la rubrique des biens matériels, mobiliers comme immobiliers, nous retrouvons une gamme variée d'éléments tels que les terrains d'implantation, les véhicules, l'outillage etc. Dans les biens incorporels, nous retrouvons les éléments caractéristiques du fonds de commerce, tels que le droit à la propriété industrielle et commerciale, à l'image de la clientèle, des créances, des brevets d'invention, du nom commercial etc. Or, parmi ces biens incorporels, certains peuvent être classés dans la catégorie des nouvelles formes d'investissements (N.F.I)², à l'image des brevets d'invention, de la propriété industrielle et commerciale représentée par les modèles et les marques, les marques commerciales, le savoir-faire et la clientèle. L'ensemble des éléments que nous venons de citer sont d'ailleurs tous intégrés dans la définition large de l'investissement retenue dans les accords bilatéraux de protection des investissements que nous avons examiné plus haut³. Faut-il comprendre que la notion d'investissement portée par la législation interne admet-elle, ou au contraire, exclut-elle certaines formes d'investissement qui ne reposent pas sur la propriété du capital mais sur celle de la technologie ? En d'autres termes, faudrait-il admettre ce

¹ La grande difficulté concernant les apports en nature réside dans leur évaluation. Les associés apporteurs en nature ont une tendance naturelle à surévaluer leurs apports, ce qui lèse aussi bien les tiers puisque le capital social étant le gage des créanciers de la société, ne correspond pas à la valeur réelle des apports, que les associés apporteurs de numéraires qui vont avoir un nombre d'actions ou de parts sociales correspondant exactement à leurs apports. Afin d'éviter ces surévaluations des procédures de contrôle ont été mises en place et diffèrent selon les types de sociétés. A titre d'exemple, l'article 421 du code de commerce algérien charge un commissaire aux apports d'évaluer sous son entière responsabilité, la valeur réelle des biens en nature apportés lors de la constitution d'une société à responsabilité limitée (S.A.R.L).

² Voir supra, p, 69 et s.

³ Voir supra, p 133 et s.

que J.Touscoz qualifie d' « *investissements de services ou sans capital* »¹, communément désignés sous le substantif de nouvelles formes d'investissement ? La réponse à cette question ne serait évidemment pas dénuée de sens puisqu'elle déterminerait, en définitive, si la définition de l'investissement par le droit interne serait extensive ou au contraire, limitative.

Or, sur cette question précise, la doctrine algérienne de l'investissement semble divisée dans son interprétation des dispositions légales relatives à l'investissement et dans le sens à donner à cette notion.

Dans un article qu'il avait consacré à la loi sur la monnaie et le crédit et cité en note référence, le Pr R. Zouaimia estimait que la conception légale de l'investissement, sous l'empire de la loi sur la monnaie et le crédit, dans son article 183, était restrictive et excluait les investissements de services « *comme les contrats de gestion, les contrats portant sur les ensembles industriels, sur les transferts de technologie, les contrats de crédit, de financement...* »² Plus loin, il avait ajouté que le « *...législateur algérien entend ainsi reprendre les formules classiques de l'investissement direct, de la société mixte....., en un mot, toutes les techniques faisant appel à la notion de contrôle qu'assure l'investisseur sur l'entreprise, notion liée à celle de participation.* »³ Aussi, il conclût sur la base de l'article 4 al 3 du règlement de la Banque d'Algérie n°90-03 du 8 septembre 1990⁴, que « *les opérations de financement sous forme de prêts ne sont assimilables à l'investissement proprement dit que si elles sont mises en œuvre en complément d'un apport en capital* ».

De leur côté, les Pr A. Bencheneb et M A. Bekhechi ont estimé, dans des contributions séparées qu'ils ont consacrées à l'analyse du Décret législatif n° 93-

¹ In, « *Les opérations de garantie de l'A.M.G.I* », Clunet, 1987, cité par R. Zouaimia, « *Le régime des investissements étrangers en Algérie* » journal de droit international, Clunet, 1993, p.569 et Revue Tunisienne de Droit, 1991, p. 90.

² Ibid.

³ Ibidem.

⁴ J.O.R.A du 24 octobre 1990, p, 1234.

12 du 5 octobre 1993 portant promotion de l'investissement¹, que la définition retenue de l'investissement par l'instrument légal était extensive.

Pour le premier cité, l'analyse du champ d'application du décret n°93-12 du 5 octobre 1993 consacre une notion d'investissement dont le dynamisme « ... résulte ... de ce que les apports peuvent être faits par les investisseurs aussi bien en numéraires qu'en nature. Ces derniers ne font l'objet d'aucune limitation, si bien qu'il peut s'agir de biens corporels, mobiliers ou immobiliers, ou de biens incorporels, en propriété ou en jouissance. Et ces apports peuvent trouver à s'exprimer dans des créations, des extensions ou des réhabilitations d'entreprises »². Nous relevons aisément le caractère extensif de la position de l'auteur dans l'utilisation du segment de phrase où il est précisé que les investissements ne font l'objet d'aucune limitation, tout comme il avait admis que la doctrine du législateur algérien aurait pu gagner en clarté si une définition légale des concepts avait été donnée, afin d'éviter des errements bureaucratiques dans l'interprétation des dispositions de la loi.

Pour le deuxième, il avait estimé que la définition de l'article 2 du décret législatif de 1993 était très large et avait « ...le mérite d'autoriser toutes les interprétations possibles et donc de permettre à l'A.P.S.I de déclarer éligible de nombreuses catégories d'investissements. »³ En même temps, il relevait que cette disposition avait le défaut de l'imprécision, puisque la notion d'apport en capital visée dans l'article 2 « était une notion économique qui peut prendre des formes juridiques très diverses : don, prêt, apport en société, apport de connaissances techniques ou de know-how etc... » Cette observation tient lieu de profession de foi sur la conception que se faisait le Pr Bekhechi de la notion d'investissement. Cette dernière est d'une extrême étendue et engloberait toutes les nouvelles formes

¹ Pour A. Bencheneb, « La Loi algérienne du 5 octobre 1993 relative à la promotion de l'investissement », Revue Tunisienne de Droit, 1993, p. 37. Pour M. A. Bekhechi « L'investissement et le droit : Réflexion sur le nouveau code algérien Décret législatif 93-12, D.P.C.I- 1993- Tome 20, n° 1, pp.133-162.

² Article précité, p. 39.

³ Article précité, p. 139.

d'investissement, puisqu'il nous en cita quelques-unes d'entre elles. Ce qui n'est pas l'avis de certains autres auteurs.

En troisième lieu, et dans son analyse du même cadre législatif, c'est-à-dire le décret législatif de 1993, M. Haroun¹ s'inscrivait dans une approche opposée à celles que nous venons d'évoquer jusque-là. Il estimait que l'investissement se réalise par l'affectation durable d'apports en numéraire ou en nature à une activité déterminée. L'investissement présuppose une immobilisation de ces biens. Il estimait que ces éléments d'analyse s'opposaient à l'opinion du Pr Bekhechi citée plus haut. Partant du postulat de durabilité impliquant une immobilisation des biens apportés dans le capital de l'entreprise sur lequel il fondait son analyse, M. Haroun en arrive à exclure les investissements spéculatifs, c'est-à-dire, les investissements non productifs et les nouvelles formes d'investissement (N.F.I) qui ne requièrent pas une immobilisation de capital. Par ailleurs, et tout en relevant l'absence de définition réelle de l'investissement par l'article 2 du décret législatif de 1993, il n'en réitère pas moins l'idée qu' « ... *une interprétation extensive* (de la définition de l'investissement), *à l'instar des conventions internationales, paraîtrait peu fondée* »², car cela aboutirait, argumente-t-il, à faire « *bénéficiaire des avantages du code l'ensemble des opérateurs du commerce extérieur et, notamment, ceux ne prenant pas de les risques industriels et commerciaux que supportent les investisseurs.* » Plus loin, il conclut que l'Etat algérien ne pourrait s'accommoder d'une diminution drastique de ses recettes fiscales par le fait d'un élargissement du champ d'application du décret législatif à la notion nouvelle d'investissements internationaux.

Pour notre part, nous souscrivons sans aucune réserve à cette approche déclinée par M. Haroun sur la conception que donne le droit interne algérien à la notion d'investissement et qui consacre une approche restrictive de la notion d'investissement. Seulement, nous fondons, pour notre part, notre analyse et notre

¹ In, « *Le régime des investissements en Algérie*, » précité, p135 et s.

² *Ibidem*, p, 136.

conviction sur les fondements légaux que sont l'ordonnance du 20 août 2001, modifiée et complétée par l'ordonnance n°06-08 du 15 juillet 2006, et par l'ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009 , et les textes réglementaires pris pour son application.

Avant toute chose, il y a lieu de signaler que les griefs qui avaient été formulés par un certain nombre d'auteurs et notamment le Pr Bekhechi¹ concernant l'absence d'une lisibilité des activités et biens rentrant dans le cadre de la définition de l'investissement dans l'instrument légal, ont été levés par, précisément, la promulgation du décret exécutif n°07-08 du 11 janvier 2007², modifié et complété par le décret exécutif n° 08- 329 du 22 octobre 2008³fixant la liste des activités, biens et services exclus des avantages fixés par l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement.

L'article 2 du décret en question dispose : « *Pour les besoins de l'application du présent décret, il est entendu par biens et services entrant directement dans le cadre de la réalisation de l'investissement :*

- a) *Tout bien, meuble ou immeuble, corporel ou incorporel, acquis ou créé en vue de la formation, du développement, de la réorganisation ou de la mise à niveau d'activités économiques de production de bien et de services et destiné à y être utilisé durablement sous la même forme ;*
- b) *Tout service lié à l'acquisition des biens visés à l'alinéa a) ci-dessus. »*

Sans avoir à convoquer la nomenclature de ces activités, biens et services exclus du bénéfice des avantages au titre de l'investissement que nous évoquerons plus tard⁴, nous estimons que les dispositions de l'article 2 viennent corroborer les conclusions dégagées lors de l'analyse de M. Haroun et que nous avons revendiquées. En effet, l'alinéa premier de cet article 2 reprend à son compte les

¹ In, « *L'investissement et le droit : Réflexion sur le nouveau code algérien législatif 93-12* », précité, p, 139. Dans l'article en question, l'auteur estimait qu'« ...il aurait été plus judicieux de suivre l'exemple de nombreux pays qui ont préféré élaborer une liste précise des catégories d'investissements éligibles »

² J.O.R.A n° 04 du 14 janvier 2007.

³ J.O.R.A n° 61 du 2 novembre 2008.

⁴ Voir, infra, p, 162 et s.

éléments de référence à la notion de capital qui permettent de conclure à une conception élargie de l'investissement, à savoir, l'affectation des biens qu'ils soient meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, de manière durable, à la réalisation d'une activité économique de production de biens et de services. Ceci a donc la clarté de définir l'investissement par l'immobilisation des biens en question dans une activité durable de production dans laquelle l'investisseur aura à supporter les aléas de l'entreprise. Ceci, contrairement aux investissements sans capital ou de services, parmi lesquels nous pouvons intégrer les N.F.I.

D'autre part, la circulaire n° 293/DGD/SP/D.420 du 03 mars 2008¹, émanant de la direction générale des douanes relative à la mise en œuvre des dispositions de l'ordonnance n° 06-08 du 15 Juillet 2006 modifiant et complétant l'ordonnance n°01-03 du 20 Août 2001 relative au développement de l'investissement, précise davantage ce qu'il y a lieu d'entendre par investissement. Il y est spécifié que : « *Par biens entrant directement dans la réalisation de l'investissement.* », il faut entendre :

- *Les biens destinés à être immobilisés et figurant à l'actif de l'entreprise, y compris ceux constituant un apport en nature à son capital, acquis pour être utilisés de manière durable comme instrument de travail ou moyens d'exploitation et sans lesquels l'investissement ne peut être mis en exploitation. Il y est particulièrement visé les machines, les équipements, les outillages et les autres biens accessoires de production;*
- *Les biens incorporables nécessaires à l'opération d'immobilisation; il s'agit notamment des intrants devant servir ou être utilisés dans la construction des bâtiments et autres installations amortissables fixes.*
- *Les équipements et matériels amortissables, y compris les véhicules utilitaires, destinés à la gestion et au fonctionnement en relation avec la nature et le niveau de l'activité envisagée (bureaux, mobilier...).*

¹ Disponible sur le lien <http://www.douane.gov.dz/>

Tous les autres biens ou produits, qu'ils soient finis, semi-finis, en kits ou matières premières voire emballages perdus, qui en raison de leur nature ou de leur quantité, dont la destination finale est la revente même après leur transformation ou ouvraison, doivent être exclus du bénéfice des avantages fiscaux. » Il ressort clairement des dispositions de cette circulaire qui organise l'éligibilité aux avantages douaniers prévus par l'ordonnance de 2001 que la notion d'investissement qui y est consacrée est contenue dans un corset assez limitatif, au même titre d'ailleurs que les textes réglementaires qui l'ont précédé et ceux qui l'ont suivi.

En troisième lieu, le guide fiscal de l'investisseur¹ qui reprend les dispositions de l'instruction interministérielle du 2 mars 2009 fixant les modalités d'application des avantages fiscaux aux différents types d'investissements, ne déroge pas à la règle et emprunte les critères classiques de l'investissement.

Enfin, L'article 1 du Règlement n° 05-03 du 6 juin 2005 relatif aux investissements étrangers² définit le champ d'application dudit règlement en définissant les modalités de transfert des dividendes, bénéfices et produits réels nets de la cession ou de la liquidation des investissements étrangers réalisés dans les activités de production de biens et de services, au sens de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement. Pour sa part, l'article 2 du même Règlement précise qu'il est entendu par investissements étrangers, ceux réalisés à partir d'apports extérieurs. Cette approche s'inscrit elle aussi dans une lecture réductrice de la notion d'investissement qui confirme la constance de la doctrine algérienne de l'investissement et dans laquelle la confusion entre investissement et capital est souvent opérée, alors que les tenants de la théorie des N.F.I récusent cette équation³.

¹ Edité par la Direction Générale des Impôts du Ministère des Finances. Edition 2013. Disponible sur le lien www.mfdgi.gov.dz.

² J.O.R.A n° 53 du 31 juillet 2005.

³ Voir supra, p, 72.

Toutefois, nous nous interrogeons sur le sens à donner à une disposition introduite récemment par la loi de finances pour 2014¹, l'article 55 en l'occurrence, qui permet à tout investissement étranger réalisé en partenariat avec une entreprise algérienne et qui contribue au transfert du savoir-faire² vers l'Algérie et/ou produit des biens dans le cadre d'une activité déployée en Algérie, avec un taux d'intégration supérieur à 40%, de pouvoir bénéficier d'avantages fiscaux et parafiscaux, qui seront décidés par le conseil national de l'investissement dans le respect de la règle de répartition du capital 51/49, en introduisant une demande de bénéfice des avantages fiscaux et parafiscaux auprès des services habilités du ministère chargé de l'industrie et de l'investissement.

Cependant, l'application de la contribution au transfert du savoir-faire et la production des biens avec un taux d'intégration supérieur à 40% ainsi que les modalités d'octroi des avantages fiscaux et parafiscaux, par le conseil national de l'investissement, sont renvoyées à la promulgation d'un texte réglementaire qui devra être pris ultérieurement. Il est vrai que cette disposition se limite aux investissements réalisés en partenariat et à ce titre, elle traduit le choix opéré par les centres de décision économique de privilégier les apports technologiques.

De plus, l'utilisation dans le texte de l'article 55 en question, de la quasi-conjonction et/ou, qui est à la fois inclusive, c'est-à-dire qui permette l'addition des deux possibilités (contribution au savoir-faire et production de biens), ou exclusive, alternative, en permettant une seule des possibilités évoquées, peut donner lieu à une lecture autorisant les apports technologiques comme seuls apports présentés par l'investisseur étranger. Est-ce à dire que nous pourrions nous attendre à une inflexion de la législation interne algérienne sur l'intégration des investissements sans capital, autrement dit les N.F.I dans la notion d'investissements éligibles aux avantages de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement ?

¹ J.O.R.A n° 68 du 31 décembre 2013, p, 17.

² Le transfert de technologie a toujours été un thème majeur dans le droit des investissements en Algérie, Voir supra, p, 40 et s.

En plus de la condition de la référence au capital que nous venons d'examiner, l'investissement tant étranger que national devra également satisfaire à une autre condition, celle de sa réalisation dans une activité de production de biens ou de services pour prétendre aux avantages consentis par le dispositif légal et réglementaire.

B- La réalisation d'une activité de production de biens ou de services

L'ensemble des textes que nous venons d'évoquer auparavant, posent également la condition de la réalisation de l'investissement dans une activité de production de biens ou de services afin de bénéficier des avantages consentis. Par production de biens ou de services, la science économique entend, en règle générale, une transformation des ressources naturelles ou autres en biens ou en services afin de satisfaire les besoins exprimés par les clients. L'activité concerne donc la production de biens destinés à être commercialisés ou la fourniture de prestations de services facturées. La production de services peut être un complément à la production de biens et donne lieu à ce que l'on appelle les services associés, à l'image de la maintenance du produit vendu dans le cadre du service après-vente.

Plus particulièrement, par le recours à cette condition de réalisation d'activités de production de biens ou de services, le droit algérien semble restreindre la notion d'investissement à une approche « productiviste », puisqu'il considère ce dernier comme étant un vecteur de création de richesses et d'emplois¹. Nous en retiendrons

¹ Les investissements agréés par l'ANDI ont concerné des secteurs d'activité diversifiés tels que l'agriculture avec les filières de production de céréales, de lait, l'engraissement ovins-bovins, le secteur de la pêche et de l'aquaculture, le secteur industriel, avec les filières de la métallurgie, la production de médicaments, des matériaux de construction, le plastique et caoutchouc, textiles et habillement, le secteur du tourisme, le secteur de la santé, le secteur des transports et auxiliaires des transports, les TIC et enfin les énergies renouvelables. Selon le bilan établi par l'ANDI des projets d'investissements déclarés pour la période 2002-2013, la création nouvelle représente 59% en termes de nombre de projets, 65 % en volume et 59 % en emplois réalisés.

pour preuve les dispositions des articles 2 et 3 du décret exécutif n° 13-207 du 5 juin 2013 fixant les conditions et les modalités de calcul et d'octroi d'avantages d'exploitation aux investissements au titre du régime général de l'investissement¹. L'article 2 prévoit que les investissements définis par les dispositions de l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001, déclarés auprès de l'agence nationale de développement de l'investissement et ayant obtenu une décision d'octroi d'avantages au titre de la phase de réalisation, bénéficient, au titre de la phase d'exploitation, des exonérations prévues à l'article 9 de la même ordonnance pour une durée de trois (3) ans pour les projets créant jusqu' à cent (100) emplois. La période d'exonération est portée à cinq (5) ans lorsque le nombre d'emplois créés dépasse plus de cent (100) emplois au moment du démarrage de l'activité. Nous remarquons que des critères quantitatifs précis ayant une relation avec l'activité, en termes de création d'emplois, sont utilisés pour le bénéfice ou non d'avantages déterminés.

Sur un autre plan, le décret exécutif n°07-08 du 11 janvier 2007 , modifié et complété par le décret exécutif n° 08- 329 du 22 octobre 2008 fixant la liste des activités, biens et services exclus des avantages fixés par l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, dont il été question plus haut, fixe une nomenclature d'activités, limitativement énumérées, qui ne sont

Les investissements réalisés placent dans l'ordre décroissant et en tête du classement général les investissements réalisés en création nouvelle soit pour les 2/3 environ sur tous les paramètres alors que les investissements réalisés en extension de capacité occupent presque le 1/3 de la structure globale avec environ 39%.

Les investissements de type Réhabilitation-Extension et Réhabilitation interviennent à raison de 2% chacun et enfin des investissements réalisés en « Restructuration et « Privatisation-Extension » avec des scores négligeables soit moins de 1% par rapport à l'ensemble et ce dans tous les paramètres de mesure.

Selon l'ANDI, ces données traduisent la préférence accordée par les investisseurs pour les investissements neufs voire des extensions au détriment des autres types qui sont plutôt concernés en grande partie par le secteur public de façon récente suite aux décisions du Gouvernement de réhabiliter certaines filières industrielles de production stratégiques. Les privatisations quant à elles, ne semblent pas avoir donné les résultats escomptés.

¹ J.O.R.A n° 30 du 9 juin 2013, p. 4. Les dispositions de l'article 2 du décret ont été reprises par l'article 58 de la Loi de Finances pour 2014 qui modifie l'article 9 de l'ordonnance du 20 août 2001. J.O.R.A n° 68 du 31 décembre 2013.

pas éligibles au bénéfice des avantages consentis par le code des investissements. Quelles sont-elles ?

En premier lieu, il est à signaler que dans sa mouture initiale, le décret en question, dans son annexe 1, ne comportait pas de chapitre concernant l'activité industrielle. La nomenclature commençait directement par le chapitre 2 relatif à l'artisanat et aux métiers. Ce qui autorisait toutes les activités industrielles à bénéficier des avantages prévus par le régime dans lequel elles se déployaient. Il aura fallu attendre la modification du décret en question par le décret exécutif n°08-329 du 22 octobre 2008 complétant la liste établie par le décret exécutif n°07-08 du 11 janvier 2007¹. Ce dernier introduit l'activité de meunerie au titre du chapitre 1 relatif à la production industrielle sous le code 107-101. C'est donc la seule exclusion prévue concernant une activité de production industrielle. Elle a été justifiée par le degré de saturation qu'a connu ce segment de la production industrielle et, à ce titre, les pouvoirs publics entendaient réorienter les investissements vers d'autres segments qui nécessitaient des efforts d'investissement.

De son côté, le chapitre 2 exclut du bénéfice des avantages les activités relatives à l'artisanat et aux métiers, au sens de l'ordonnance n° 96-01 du 10 janvier 1996 fixant les règles régissant l'artisanat et les métiers.² Outre qu'elle définit les activités artisanales et les métiers³, l'ordonnance en question détermine, dans ses articles 10 à 21 trois (03) catégories éligibles au titre d'artisan : l'artisan individuel, la coopérative d'artisanat et des métiers et enfin, l'entreprise d'artisanat et l'entreprise des métiers de production de biens et de services.

¹ J.O.R.A n°61 du 2 novembre 2008, p, 6.

² J.O.R.A n° 3 du 14 janvier 1996, p, 3.

³ Les activités artisanales et des métiers sont celles exercées sous la forme ambulante, foraine ou à domicile, et relative à la production, création, transformation, restauration d'art, entretien, réparation ou prestation de services à dominante manuelle. Elles constituent des actes civils par opposition aux actes de commerce.

Parmi ces trois catégories, les activités accomplies par les deux premières, étant civiles par nature¹, et donc non soumises à inscription au registre du commerce, ne posent pas de problèmes particuliers. En revanche, les activités artisanales et des métiers exercés dans le cadre des entreprises d'artisanat et des métiers de production de biens et services, constituées sous l'une des formes de sociétés commerciales² soumises à l'obligation d'inscription au registre du commerce, donnent lieu à l'éligibilité au bénéfice des avantages consentis aux investisseurs. Ceci est rendu possible d'une part, par la référence faite à l'annexe du décret en question à la nomenclature des activités économiques soumises à inscription au registre du commerce (N.A.E) et d'autre part, par le fait que la circulaire n° 293/DGD/SP/D.420 du 03 mars 2008, relative à la mise en œuvre des dispositions de l'ordonnance n° 06-08 du 15 Juillet 2006 modifiant et complétant l'ordonnance n°01-03 du 20 Août 2001 relative au développement de l'investissement, précise bel et bien que « *l'exercice de ces activités sous une forme rendant obligatoire leur immatriculation au registre de commerce ou l'option volontaire pour une telle immatriculation leur ouvre droit au bénéfice des avantages.* » Une telle interprétation nous paraît discutable, car la logique d'une telle démarche pourrait faire élargir à l'infini le spectre de l'application de ce texte et l'octroi des avantages qu'il prévoit.

En effet, la référence à la commercialité de l'activité (immatriculation au registre du commerce) nous semble problématique en ce sens qu'elle peut aboutir à des situations tout à fait surprenantes où des exclusions en bloc opérées par le décret exécutif n°07-08 du 11 janvier 2007 vont être neutralisées par les dispositions de la circulaire de la Direction Générale des Douanes. Le recours à l'inscription au registre du commerce va quelque peu fausser l'analyse puisqu'il existe une masse

¹ A titre d'exemple, l'article 13 de l'ordonnance, précise que la coopérative d'artisanat et des métiers est une société civile de personnes et à capital variable.

² L'article 544 du code de commerce algérien dispose : « *Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet.*

Sont commerciales à raison de leur forme, et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions. »

d'activités expressément exclues des avantages dans la nomenclature sont soumises, en même temps, à l'obligation d'inscription au registre du commerce. Il en est ainsi, à titre d'exemple, des activités de commerce de gros que le chapitre 3 de l'annexe exclut en bloc du bénéfice des avantages, puisque dans la case observations correspondant au libellé et au code de l'activité, figure la mention « Tout le chapitre ». Cette activité est en même temps une activité réglementée soumise à inscription au registre du commerce.¹ Plus curieusement encore, les activités de services de pharmacien d'officine ou d'auto-école, expressément visées par les exclusions du chapitre 6 de l'annexe au décret, sous les codes 602-101 pour la première, et 604-612 pour la seconde, sont toutes les deux des activités réglementées soumises à inscription au registre du commerce sous le régime de l'agrément². Aussi, si nous devons faire une interprétation littérale de la circulaire des douanes, il serait de bon droit de les faire bénéficier des avantages consentis aux investissements. A ce propos, la doctrine du législateur gagnerait en clarté par une mise en cohérence des textes d'application entre eux.

Les chapitres 3 et 4 de la nomenclature concernant les activités de commerce de gros et de détail, procèdent à une exclusion en bloc de ces derniers des avantages consentis par l'utilisation de la mention « Tout le chapitre », comme déjà signalé plus haut³. Cette lecture s'opposerait de ce fait à la disposition de la circulaire des douanes citée précédemment. Afin de conforter encore plus notre raisonnement, nous faisons appel à un exemple concret : l'activité de revente des véhicules neufs

¹ Voir à ce sujet, le décret exécutif n°97-40 du 18 janvier 1997 relatif aux critères de détermination et d'encadrement des activités et professions réglementées soumises à inscription au registre du commerce. J.O.R.A. n°5 du 19 janvier 1997, p. 6.

² Voir à sujet, l'annexe du décret n° 97-40 du 18 /01/1997 susvisé.

³ De véritables zones d'ombre persistent concernant l'activité de commerce. L'exclusion dont il est question est contredite par certaines statistiques présentées dans le bilan des réalisations 2002-2013 de l'ANDI qui fait état de la déclaration de deux (02) investissements étrangers dans le secteur d'activité regroupé du commerce, ayant bénéficié d'avantages. Bilan disponible sur le site w.w.w.andi.dz. En règle générale, les investissements de création d'infrastructures commerciales, à l'image des supermarchés, sont considérés comme des investissements, sans que l'activité de vente qu'ils assurent ne prétende, elle, au statut d'investissement et ne peut de ce fait, bénéficier des avantages qui s'y rapportent. La convention d'investissement conclue avec le distributeur ARDIS confirme ce sentiment.

réglementée par le décret exécutif n° 07-390 du 12 décembre 2007 fixant les conditions et les modalités d'exercice de l'activité de commercialisation de véhicules automobiles neufs¹. L'article 3 dudit décret indique qu'elle "*est ouverte aux agents économiques constitués sous la forme de sociétés commerciales, conformément à la législation en vigueur*". La forme commerciale de la société rend obligatoire l'immatriculation au registre du commerce. Si on devait faire une application automatique de la circulaire émanant des douanes, cette activité se verrait tout naturellement bénéficier des avantages consentis aux investissements. Si cela avait été le cas, nous n'expliquerions pas la disposition récente de l'alinéa 3 de l'article 52 de la loi de finances pour 2014 qui pose le principe que «... *Les concessionnaires automobiles sont tenus, à compter de la date de publication de la présente loi au Journal officiel, d'installer une activité industrielle et/ou semi-industrielle ou toute autre activité ayant un lien direct avec le secteur de l'industrie automobile, dans un délai maximum de trois (3) ans. Le défaut d'entrée en production à l'expiration de ce délai entraîne le retrait de l'agrément.*

Les investissements réalisés dans ce cadre peuvent bénéficier des avantages consentis dans le cadre de l'ANDI.

Les modalités d'application du présent article sont définies par un arrêté du ministre chargé de l'industrie ». En somme, cette disposition prouve assez clairement que l'activité classique de revente en l'état de véhicules neufs n'était pas considérée par le droit algérien comme rentrant dans la définition de l'investissement et, qu'à contrario, les investissements futurs pour l'installation d'une activité industrielle et / ou semi-industrielle le seraient.

Le secteur de l'importation, quant à lui, fait l'objet du chapitre 5 de l'annexe 1 relative à la liste des activités exclues des avantages du code d'investissement. L'exclusion de ce secteur est également une exclusion en bloc, puisqu'il y est précisé que toutes les formes d'importation sont exclues des avantages.

¹ J.O.R.A n°78 du 12 décembre 2007.

Sur un autre plan, il y a lieu de relever une ambiguïté introduite par l'article 48 de la loi n°09-09 du 30 décembre 2009 portant loi de finances pour 2010¹. Celle-ci, à hauteur de son article 48, étend le bénéfice des avantages de l'ordonnance de 2001 aux investissements réalisés par les sociétés ayant pour objet des activités culturelles, notamment celles relatives à la cinématographie et au livre. Le caractère par trop imprécis de la rédaction de cet article peut donner lieu à différentes interprétations. Doit-on y voir une possibilité accordée aux sociétés d'importation d'œuvres cinématographiques ou de livres de bénéficier des avantages dus aux investisseurs ? Nous ne le pensons pas, car le législateur semble avoir visé l'activité de production d'activités culturelles.

En plus des activités expressément exclues par la liste négative que nous venons d'examiner, l'ensemble des biens et services dits auxiliaires, car n'ayant pas un lien direct avec la nature de l'activité exercée, sont tout autant exclus.

En tout état de cause, il serait fastidieux d'énumérer toutes les activités listées dans la nomenclature des activités, biens et services exclus des avantages. Pour résumer les choses, et en sus des activités visées dans la nomenclature, les activités exercées sous le régime fiscal du forfait² se trouvent être en dehors du champ d'application du régime d'avantages. De même, les activités qui, en vertu des législations particulières³, ainsi que celles qui obéissent à leur propre régime d'avantages se situent en dehors du champ d'application de l'ordonnance n°01-03 modifiée et complétée, et ce, en application de la règle de non-cumul. A titre

¹ J.O.R.A n°78 du 31 décembre 2009.

² En vertu de l'instruction générale de la Direction Générale des Impôts n° N°001 MF/DGI/DG/ 07 du 09 janvier 2007 relative à l'impôt forfaitaire unique, les activités exercées par des personnes physiques dont le commerce principal est de vendre des marchandises et des objets, lorsque leur chiffre d'affaires annuel n'excède pas 3.000.000 DA, y compris les artisans exerçant une activité artisanale artistique, mais également les personnes physiques exerçant d'autres activités (agricoles et d'élevage etc...) lorsque leur chiffre d'affaires n'excède pas le même montant.

³ Tel est le cas, à titre d'exemple, du secteur des hydrocarbures avec la loi n° 05-07 du 28 Avril 2005 portant la loi sur les activités des hydrocarbures a abrogé la loi n°86/14 du 19 Août 1986 relative aux activités de prospection, de recherche et/ou d'exploitation et de transport par canalisation des hydrocarbures et le secteur des mines avec la loi n° 01-10 du 03 Juillet 2001 portant loi minière et notamment ses articles 173 et 174.

d'illustration, l'article 62 de la loi de finances pour 2014 exclut les personnes ayant bénéficié d'avantages fiscaux dans le cadre des différents dispositifs d'aide à l'emploi des jeunes, (ANSEJ), soit de la caisse nationale d'assurance chômage (CNAC) ou de l'agence nationale de gestion du micro-crédit (ANGEM) .Ils ne peuvent être éligibles au dispositif d'aide à l'investissement dans le cadre de l'agence nationale du développement de l'investissement.

Enfin, la circulaire de la direction générale des douanes fait état, dans les exclusions, aux activités qui ne peuvent en vertu d'une mesure législative bénéficier de privilèges fiscaux. Cette notion nous paraît curieuse, car il est admis que le législateur a toute latitude pour procéder à des modifications donnant lieu à l'établissement de listes correctives afin d'admettre de nouvelles activités ou au contraire, en exclure d'autres. Ce qui fût fait pour l'exclusion de l'activité de meunerie que nous avons examinée plus haut.¹

Les deux conditions que nous venons d'évoquer suffisent-elles à qualifier toute opération les réunissant d'investissement ?

PARAGRAPHE II- LES MODALITES JURIDIQUES DE REALISATION DE L'INVESTISSEMENT

Nous avons avancé auparavant, l'idée que l'investissement se devait de satisfaire à une double exigence pour être éligible aux avantages, une condition de fond, celle relative à la nature des biens investis et à l'activité dans laquelle ils seront investis, mais aussi, une condition de forme, celle des modalités de leur réalisation. Outre les conditions de l'apport en capital et de la réalisation d'une activité de production de biens et de services que nous venons d'examiner, le droit algérien requiert en plus, leur déclinaison dans des types limitativement énumérés par l'article 2 de l'ordonnance du 20 août 2001 pour que l'opération prétende au

¹ Voir supra, p, 163.

statut d'investissement. Aussi, de la lecture de cette disposition, il ressort que seules sont admises, au titre de l'investissement, les opérations qui prennent la forme de création d'activités nouvelles, restructuration, de réhabilitation ou d'extension de capacité. Toutes ces formes étaient déjà prévues et réglementées par le décret législatif de 1993 relatif à la promotion de l'investissement. C'est pour cette raison que nous les appellerons opérations classiques. D'autres opérations, celles réalisées dans le cadre de l'attribution de concession et/ ou de licence et les reprises d'activités dans le cadre d'une privatisation partielle ou totale, ont été introduites par l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement. Pour cette raison, et comparativement aux premières citées, nous les avons qualifiées d'opérations nouvelles. L'investissement national et étranger de production de biens et de services dont celui lié à l'attribution de concession et/ou licence, est réalisé sous les formes suivantes que nous allons examiner.

A- : Les opérations classiques issues du code des investissements de 1993

La description de l'alinéa 1 de l'article 2 de l'ordonnance du 20 août 2001 intègre dans la notion d'investissement une palette assez large d'opérations concrètes éligibles au bénéfice des avantages prévus à cet effet. Ainsi, la création d'activités nouvelles, d'extension de capacité de production, de réhabilitation ou de restructuration, constituent des investissements au sens de ce texte de loi. Mais, qu'elle est la réalité précise que couvre chacune de ces opérations ?

a- : Les investissements de création d'activités nouvelles et d'extension de capacité

En règle générale, on peut admettre qu'il y a investissement nouveau, c'est-à-dire création d'activités nouvelles, dès lors qu'une nouvelle entité ou personne morale venait à être créée. L'investissement de création suppose, en application de l'article 2 du décret législatif de 1993, une réalisation entièrement nouvelle d'une

entreprise, voire d'une usine ou d'un atelier, qui intervient dans des activités économiques de production de biens ou de services. La réglementation fiscale algérienne, représentée par l'instruction interministérielle n° 178 du 26 mars 2009 fixant les modalités d'application des avantages fiscaux aux différents types d'investissements, qui a donné lieu au guide fiscal de l'investisseur¹, fait sienne l'interprétation selon laquelle par création d'activités nouvelles, l'ordonnance 01-03 suscitée vise la création d'une activité jusqu'alors inexistante. Cette notion de création d'activités nouvelles renvoie ainsi à l'exploitation de nouveaux moyens de production et vise de la sorte la création « *pure* » ou création « *ex-nihilo* », c'est-à-dire celle qui, d'un point de vue économique, correspond à une réelle augmentation, du stock national de capital. Ainsi, et à titre d'exemple, le simple changement de forme juridique d'exercice pour l'exploitation d'un investissement existant tel que la transformation d'une société à responsabilité limitée (SARL) en société par actions (SPA) ou entreprise individuelle en SARL ou en entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL), ne peut être assimilé à une opération de création nouvelle. Mais quel sera le sort d'une fusion par absorption ou au moyen de création d'une société nouvelle ? Sera-t-elle considérée comme un investissement au regard de cette réglementation fiscale ? Si la fusion donne lieu à création d'une entité nouvelle avec une augmentation du stock de capital, rien ne s'oppose à la considérer comme un investissement de création d'activité nouvelle. Par contre, lorsque cette fusion ne débouche que sur l'exploitation d'un stock de capital existant, sans lui avoir ajouté une valeur nouvelle, cette opération ne pourra être entendue comme étant un investissement.

En deuxième lieu, l'investissement d'extension de capacité suppose, en revanche, l'existence d'une entité économique. L'action de l'investisseur dans ce cas précis, consiste à doter cette entité de moyens matériels ou autres devant induire une augmentation de la production et corrélativement un chiffre d'affaires plus

¹ Brochure éditée par la direction des relations publiques et de la communication relevant de la direction générale des impôts du ministère des finances, édition 2013. Disponible sur le lien www.mfdgi.gov.dz.

important. A ce sujet, M. Haroun¹ estime que l'extension de capacités vise l'élargissement de l'objet social de la société qui doit se réaliser par une augmentation de la valeur de l'immobilisation, afin d'augmenter les ressources. Il ajoute, « ... dès lors que l'immobilisation issue de l'opération d'investissement permettra une augmentation de la quantité produite, des cadences de production, ou tout simplement une amélioration de la qualité de la production, l'investissement pourra, nous semble-t-il, être considéré comme un investissement d'extension de capacité. »

De son côté, l'administration fiscale semble avoir la même lecture sur la nature de cette opération. Elle considère que « l'investissement d'augmentation ou l'investissement d'extension de capacités sont deux expressions utilisées pour désigner une même réalité, à savoir : l'acquisition, par un même sujet fiscal, de capital, d'actifs durables, dans le but d'accroître ses capacités de production ou élargir sa gamme de production de biens et services. » L'interprétation de l'administration fiscale rejoint, en définitive, le sentiment exprimé par M. Haroun, puisqu'il est bien mentionné dans le passage suscité que le but de l'extension de capacités vise bel et bien l'accroissement des capacités de production ou l'élargissement de la gamme de production des biens et services.

Le guide fiscal de l'investisseur apporte, par ailleurs, certaines autres précisions. Aussi, dans la doctrine de l'administration fiscale, et par l'expression « extension de capacités », l'ordonnance 01-03 relative au développement vise une catégorie particulière d'investissement qui ne saurait se confondre avec l'investissement de renouvellement ou de remplacement. Ainsi, « l'acquisition d'équipements complémentaires annexes ou connexes, ne confère pas à l'investissement le caractère d'extension. De la même manière ne saurait conférer le caractère d'extension, l'acquisition d'équipements de renouvellement ou de remplacement de ceux existants, toutes les fois que ses derniers sont réformés ou cédés. » Nous

¹In, « Le régime des investissements en Algérie, » précité, p, 137.

constatons que l'interprétation faite par l'administration fiscale est assez restrictive, et qu'en définitive, une seule opération rentrerait dans la définition de l'extension de capacités.

La catégorie particulière d'investissement dont il a été question dans le guide vise l'acquisition d'actifs nouveaux affectés durablement à l'accroissement des capacités de production. De plus, le guide fiscal de l'investisseur apporte des précisions supplémentaires sur les avantages accordés à ce type d'investissement. Il prévoit une application proportionnelle (prorata) des avantages fiscaux au profit des investissements d'extension de capacité, ceci sous réserve du régime de la convention et des listes des activités, biens et services exclus des avantages. L'application des avantages à ce type de d'investissement, se fera par soit par l'octroi de la totalité des avantages de réalisation aux biens et services non exclus, objets de l'extension, soit par l'octroi des avantages d'exploitation en fonction d'un pourcentage déterminé au prorata des investissements bruts nouveaux, par rapport aux investissements bruts totaux. Toutefois, en matière de taxe sur l'activité professionnelle (TAP) en cas d'activité séparée ou d'une nouvelle unité distincte des autres unités, la règle du prorata ne s'applique que pour l'impôt sur le bénéfice des sociétés (IBS) et l'avantage en matière de TAP, est pleinement accordé¹.

b- : Les investissements de réhabilitation et de restructuration

Les investissements de réhabilitation ou de restructuration semblent avoir connu une évolution dans la perception que l'on se faisait et que l'on se fait de ces types d'investissement. Sous l'empire du décret législatif de 1993, il était entendu que l'investissement de réhabilitation ou de restructuration pouvaient se réaliser

¹ Le guide procède même à une démonstration pratique en donnant l'exemple suivant en page 20: Soit un apport nouveau de 650.000 DA pour un investissement initial de 1.850.000 DA Total des Apports: 1.850.000 DA + 650.000 DA = 2.500.000 DA prorata : $650.000 \times 100 / 2.500.000 = 26\%$.

dans toute action engagée à partir de nouveaux apports à travers une reprise d'activité après fermeture ou dépôt de bilan¹.

L'investissement de réhabilitation peut couvrir plusieurs situations, à la lumière de l'ordonnance du 20 août 2001. Il peut poursuivre des objectifs de remplacement ou de renouvellement à l'équivalent de matériels et d'équipements existants, usés ou technologiquement obsolètes. Le stock de capital de l'entreprise reste soit inchangé, soit il varie partiellement, puisque les nouveaux matériels remplacent ceux moins performants. Il peut aussi s'agir de rationalisation, de modernisation ou d'augmentation de productivité. Il désigne alors, l'achat d'équipements plus performants, plus efficaces en raison du progrès technologique. Il permet de réaliser des gains de productivité et donc de réduire les coûts unitaires de production. Il peut enfin, correspondre à une création d'activité par reprise totale ou partielle d'une ou de plusieurs activités existantes ou à une création par réactivation d'une activité préalablement mise en sommeil. A la différence de créations pures visées ci-dessus, ce type de création ne fait que réutiliser un stock de capital ancien. La perspective a donc littéralement changé et l'investissement de réhabilitation n'est plus saisi à travers le seul prisme de la reprise d'activité, qui va se dérouler cette fois-ci, dans un cadre qui lui est entièrement consacré et que l'on examinera un peu plus loin.

L'investissement de restructuration, qui, lui également, s'insérait dans une optique de privatisation sous la législation de 1993, semble, d'après la réglementation fiscale, couvrir plusieurs hypothèses. Il peut consister en la création d'une activité à partir de la fusion de deux ou de plusieurs activités, ou « *par scission d'une activité qui débouche sur la création d'une ou de plusieurs autres* », ou enfin, « *la simple modification du périmètre d'une activité avec ou sans*

¹ L'article 36 en question disposait : « *L'investissement de réhabilitation ou de restructuration destiné à une reprise d'activité, après fermeture ou dépôt de bilan, peut bénéficier des avantages prévus par le présent décret législatif* » J.O.R.A n° 64 du 10 octobre 1993. Cette disposition ouvrait donc la voie à une privatisation des entreprises publiques, par voie de réhabilitation ou de restructuration, qui posait le préalable obligatoire de la fermeture ou du dépôt de bilan.

essaimage ». ¹ Comme il est aisé de le constater, les différents cas de figure de l'investissement de restructuration relèvent tous des méthodes de croissance ou décroissance interne de l'entreprise.

En plus des opérations classiques que nous venons d'examiner, l'ordonnance du 20 août 2001 a consacré de nouvelles figures de l'investissement.

B- : Les opérations nouvelles d'investissement de l'ordonnance de 2001

Comme son intitulé permet de le constater, l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, voulait aller au-delà de la simple promotion pour s'inscrire dans une démarche mettant l'accent sur le développement des investissements directs surtout étrangers. Dans cet esprit, le législateur a entrepris d'élargir davantage les formes d'investissement éligibles au bénéfice des avantages que la loi accorde à ces derniers, en intégrant des opérations nouvelles comparativement à celles qu'organisait le décret législatif de 1993.

Celles-ci concernent les investissements réalisés dans le cadre de l'octroi de concessions ou de licences, d'une part, et de reprise d'activité dans le cadre d'opérations de privatisations.

a-: Les investissements réalisés par attribution de concession et / ou de licence

L'une des nouveautés introduites par l'ordonnance de 2001 consiste en l'extension du bénéfice des dispositions du code, aux investissements par attribution de concession et / ou de licence. Ces derniers, sont des investissements réalisés dans des activités qui ont fait l'objet de démonopolisation et dont nous allons retracer un peu plus loin l'évolution récente en droit algérien. Les investissements par attribution de concession ou de licence renvoient, sur le plan théorique, à

¹ Guide fiscal de l'investisseur, précité, p. 6.

l'émergence d'un nouveau concept de droit administratif économique, connu plus spécialement en droit communautaire européen. Ce concept est lié à la mission d'intérêt économique général¹. Celui-ci, sans la supprimer, dépasse l'ancienne notion de service public au sens traditionnel et vise à concilier ou conjuguer l'accomplissement des missions d'intérêt général avec l'application des règles du droit de la concurrence. Ce concept d'intérêt économique général a donné naissance à une nouvelle entité juridique, dans les pays européens, celle des entreprises d'intérêt économique général sous régulation publique. Les entreprises privées peuvent exploiter ces activités de service public par le biais de techniques diverses, dont le contrat de concession et la licence d'exploitation.

Il apparaît, de ce qui précède, que le contrat de concession et la licence d'exploitation sont des procédés de privatisation indirecte prenant la forme de délestage d'activité, et consistant à confier par contrat à un opérateur privé, la gestion et l'exécution d'un service public ou la réalisation d'investissements relevant des attributions de l'Etat. Le régime des concessions et des licences fait éviter à l'Etat de nouveaux engagements en lui laissant l'initiative des investissements sans en avoir la charge. Il permet de drainer des capitaux nationaux ou étrangers pour le développement des infrastructures là où l'épargne publique peut être défailante, dans le cas de pays en développement, comme c'est le cas pour l'Algérie. Il permet également, dans les pays développés où on parle surtout de dérégulation, de faciliter l'insertion de leurs entreprises dans la régionalisation, voire dans la mondialisation.

L'existence de missions de service public impose dès lors, la présence d'un organe de régulation dans ces activités démonopolisées ou d'intérêt économique général sous régulation publique. C'est ce dernier qui accorde les concessions ou les licences aux opérateurs privés. Il veille au respect du cahier de charges, lequel

¹ Voir à ce propos, « *La notion de service d'intérêt économique général*, Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, lors du colloque de la Société de législation comparée le 14 octobre 2011 sur le thème : « les services d'intérêt économique général et le marché intérieur : régimes nationaux et cadre juridique européen. » Octobre 2011, disponible sur le lien <http://www.conseil-etat.fr>

prévoit les droits et obligations du concessionnaire. C'est souvent l'Etat qui joue ce rôle, tout comme il peut le déléguer à une autorité indépendante de régulation. Les missions du régulateur consistent avant toute chose à protéger l'investisseur contre tout risque de concurrence déloyale, surtout lorsqu'un opérateur historique continue à investir une activité récemment démonopolisée. De même, l'autorité de régulation doit veiller à la protection de l'utilisateur du service public contre les abus de position dominante du concessionnaire et assurer par là même une concurrence effective, car tout monopole a une tendance naturelle à abuser de sa position et c'est, précisément, le rôle de l'Etat de veiller à éviter ces abus. Enfin, le régulateur doit veiller à la sauvegarde de l'intérêt général, lequel exige de prendre en considération des préoccupations macroéconomiques telles que l'indépendance nationale, l'aménagement du territoire, la préservation de l'emploi etc...

Concernant les critères qui nous permettent de distinguer le régime de la concession de celui de la licence, il nous semble que ceux-ci sont à déduire du droit de la domanialité publique. En effet, l'article 2 de la loi n°90- 30 du 1er décembre 1990¹, portant loi domaniale, dispose que : « *Le domaine national recouvre l'ensemble des biens et droits mobiliers et immobiliers détenus, sous forme de propriété publique ou privée, par l'Etat et les collectivités locales. Le domaine national comprend :*

- le domaine public et privé de l'Etat ;
- le domaine public et privé de la wilaya ;
- le domaine public et privé de la commune. »

L'article 3 quant à lui, dispose que : « *Les biens visés à l'article 2 ci-dessus, qui en raison de leur nature ou de la destination qui leur est donnée, ne sont pas susceptibles d'appropriation privée, constituent le domaine public conformément à l'article 12 de la présente loi. Les autres biens du domaine national, non classés*

¹ J.O.R.A n° 52 du 2décembre 1990. P, 1416.

dans le domaine public, remplissant une fonction d'ordre patrimonial et financier, constituent le domaine privé ».

L'article 4 quant à lui, réitère les caractères, inaliénable, imprescriptible et insaisissable du domaine public.

De l'ensemble de ces dispositions, nous déduisons que le critère principal de distinction du régime de la concession de celui de la licence tiennne, en premier lieu, à la classification des biens et leur appartenance soit au domaine public soit au domaine privé de l'Etat. Conformément aux dispositions de la loi domaniale, le droit de propriété sur les biens qui par leur nature sont d'usage ou d'intérêt public appartient à l'Etat ou à ses démembrements. Les biens appartenant au domaine public ne peuvent être aliénés.

Cependant, les personnes privées peuvent exploiter ces biens par l'intermédiaire de contrats nommés de droit administratif tels que le contrat de concession de domaine public ou d'exécution de service public. A l'inverse, les activités qui ont pour support le domaine privé de l'Etat ou de l'un de ses démembrements, ne donnent pas lieu à la conclusion d'une convention de concession. Une autorisation d'exploitation ou licence, suffit à la personne privée d'exploiter le service public ou d'utiliser la dépendance du domaine privé de l'Etat ou de l'un de ses démembrements. La concession est donc une concession du droit d'usage des dépendances du domaine public et celle-ci se réalise par la convention de concession. Cette dernière fixe les droits et obligations particulières relatives à l'exercice des activités à la réalisation desquelles est destiné l'usage des biens objet de la concession.

Les concessions et les licences peuvent être attribuées invariablement soit par l'Etat soit par l'organisme public affectataire des dépendances du domaine public. Ce dernier, dispose, en vertu de l'article 171 du décret exécutif n° 91-454 du 23 novembre 1991¹ fixant les conditions et modalités d'administration et de gestion des

¹ J.O.R.A. N° 60 du 21 novembre 1991.

biens du domaine privé et du domaine public de l'Etat, sur ces dépendances, d'un droit de jouissance lui conférant des prérogatives particulières. L'article précité lui confère dans le cadre de sa mission et de sa charge de gestionnaire d'une portion du domaine public, du droit de consentir des autorisations d'occupation à des tiers, par acte unilatéral ou contractuel.

La qualité de concédant peut donc revenir à l'Etat, comme elle peut revenir à tout autre organisme public affectataire des dépendances du domaine public. La qualité de concessionnaire peut échoir à toute personne physique algérienne ou à toute personne morale de droit algérien, y compris celle détenue par des non-résidents.

En second lieu, les critères de distinction du régime de la concession de celui de la licence d'exploitation nous semble-t-il, tiennent à la nature soit contractuelle soit unilatérale de l'acte considéré. Alors que la concession de domaine public est un contrat par lequel une personne publique (autorité concédante) confie à une personne privée ou à une autre personne publique (concessionnaire), le droit d'usage d'une dépendance du domaine public, la licence d'exploitation nous semble être un acte essentiellement d'ordre unilatéral. Le régime de la licence d'exploitation repose sur l'adhésion à un cahier des charges définissant les droits mais surtout les obligations du concessionnaire, ce qui pourrait donner à cet acte un caractère contractuel. Il reste cependant en pratique, que le cahier des charges contienne surtout des dispositions plutôt réglementaires que contractuelles.

Les activités ayant fait l'objet d'une démonopolisation en droit algérien ont toutes recourues à l'un ou l'autre de ces procédés de concessions et de licences.

Ainsi, le décret exécutif n°97-493 du 21 décembre 1997 définissant les différents types d'établissement de pêche et pris en application du décret législatif n°94-13 du 28 mai 1994 fixant les règles générales relatives à la pêche,¹ prévoit

¹ Décret législatif n° 94-13 du 28 mai 1994 fixant les règles générales relatives à la pêche (J.O.R.A n° 40 du 22 juin 1994), modifié et complété par la loi n°01-11 du 3 juillet 2001 relative à la pêche et à l'aquaculture, J.O.R.A n°36 du 8 juillet 2001.

dans ses articles 4 et 5 que la création d'un établissement de pêche, donne lieu, dans tous les cas, à concession qui peut être consentie aux personnes physiques de nationalité algérienne et aux personnes morales de droit algérien. L'article 7 subordonne quant à lui, la durée de la concession à l'importance des investissements engagés et peut s'étaler de 2 à 25 ans.

La loi n°98-06 du 27 juin 1998 fixant les règles générales relatives à l'aviation civile, modifiée et complétée par l'ordonnance n°03-10 du 13 août 2003¹, tout en évoquant dans son article 4 que le transport aérien est une propriété publique, admet néanmoins dans son article 10 que l'exploitation d'un service de transport aérien public peut faire l'objet d'une concession au profit de personnes physiques de nationalité algérienne ou de personnes morales de droit algérien. De même, l'article 8 modifié de la loi, tout en rappelant que la création, la réalisation, la mise en service et l'exploitation des aérodromes incombent à l'Etat, autorise néanmoins leur concession à des personnes physiques ou morales de droit algérien.

La loi n°2000-03 du 5 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications² rappelle avant toute chose dans son article 3 que les activités de la poste et des télécommunications ne relèvent pas du régime de la domanialité publique. Cette précision est importante à faire, car la mise en œuvre de la démonopolisation dans ce secteur par le développement séparé des activités de la poste et des télécommunications va se fonder non pas sur la convention de concession mais sur le régime de la licence. Ainsi, l'article 28 de la loi n°2000-03 stipule que l'établissement et / ou l'exploitation des réseaux publics ou installations de télécommunications peuvent être exploités selon des régimes qui peuvent prendre la forme de licence, d'autorisation ou de simple déclaration. Sans vouloir nous attarder sur le régime juridique de la licence, cette dernière serait donc une autorisation d'établissement ou d'exploitation d'une activité ayant pour support le domaine privé de l'Etat ou de l'un de ses démembrements. En matière de

¹J.O.R.A n° 48 du 13 août 2003.

²J.O.R.A n°48 du 6 août 2000.

télécommunications, la licence est consentie pour l'établissement ou l'exploitation d'un réseau public de télécommunications et de fourniture de services de télécommunications au public.

La loi n°01-10 du 3 juillet 2001 portant loi minière¹ pose, avant toute chose, en son article 2, que les substances minérales ou fossiles situées dans l'espace terrestre ou dans les espaces maritimes relevant de la juridiction algérienne, sont propriété publique. L'article 3 rend accessible quant à lui, l'exercice des activités minières à tout opérateur, sans distinction de statut ni de nationalité, à la condition qu'il soit attributaire d'un titre minier. Les articles 73 et 119 de la loi minière stipulent que les titres miniers pour l'exercice d'activités minières sont délivrés sous la forme de concession minière pour l'exploitation minière et que cette concession est accordée par décret exécutif pris sur proposition du ministre chargé des mines, au titulaire d'un permis d'exploration qui a fait une découverte.

De son côté, la loi n°02-01 du 5 février 2002² relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisations, commence par rappeler en son article 1 que ces activités sont assurées, selon les règles commerciales, par des personnes physiques ou morales de droit public ou de droit privé. L'article 3 pose le principe que la distribution de l'électricité et du gaz est une activité de service public. Quant à l'article 72, il énonce clairement que : « *L'Etat garant du service public de l'électricité et du gaz octroie des concessions. L'attribution de la concession se fait par décret exécutif sur proposition du ministre chargé de l'énergie, après avis de la commission de régulation* ».

Enfin, la loi n° 05-12 du 4 août 2005 relative à l'eau³, modifiée et complétée retient parmi ses instruments, la concession d'utilisation des ressources en eau.

En plus des investissements par attribution de concession ou de licence, l'ordonnance du 20 août 2001 a également introduit, dans l'alinéa 3 de l'article 2 un

¹ J.O.R.A n° 35 du 4 juillet 2001.

² J.O.R.A n° 08 du 6 février 2002.

³ J.O.R.A n° 60 du 4 septembre 2005.

nouveau type d'investissement éligible au bénéfice des avantages : les reprises d'activités dans le cadre d'une privatisation partielle ou totale.

b-: Les investissements par privatisation partielle ou totale

L'extension du champ d'application du nouveau code des investissements issu de l'ordonnance de 2001 s'est concrétisée, également, par la consécration à hauteur de l'article 2, de l'investissement par privatisation qui se réalise par le biais de reprises d'activités dans le cadre d'une privatisation partielle ou totale.

Au sens de l'article 13 de l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques¹, la privatisation s'entend de toute transaction se traduisant par un transfert à des personnes physiques ou morales de droit privé autres que des entreprises publiques, de tout ou partie du capital social des entreprises détenu directement ou indirectement par l'Etat ou une autre personne morale de droit public.

Il est vrai que cette consécration n'est pas une véritable nouveauté de l'ordonnance de 2001, comme nous l'avons souligné auparavant, car ces investissements étaient déjà éligibles aux incitations sous l'empire du décret législatif de 1993, à la condition de combiner les dispositions de ce dernier et les textes ultérieurs pris pour son application avec les dispositions de la loi de 1995 sur la privatisation des entreprises publiques et celles de l'ordonnance n°95-25 du 25 septembre 1995 relative à la gestion des capitaux marchands de l'Etat . Cette situation n'avait pas du tout l'avantage de la clarté et il fallait la déduire de la lecture combinée de tous ces textes de loi. L'innovation de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement consiste en l'éligibilité de ces investissements au régime des incitations par référence exclusive aux dispositions du code des investissements, sans référer à d'autres textes de loi, avec cependant,

¹J.O.R.A n° 47 du 22 août 2001, p, 7.

cette réserve que, les prises de participations dans le capital d'entreprises publiques économiques et les reprises d'activités doivent nécessairement passer par la mise en œuvre des dispositions expresses de l'ordonnance unique n°01-04 relative à la fois à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques.

A la différence des investissements par attribution de concession ou de licence qui restent communs à toutes les formes d'organisation de l'entreprise qu'elle soit publique, privée ou conjointe, les investissements par reprise d'activités dans le cadre d'une privatisation partielle, traduisent l'option du législateur économique algérien de cibler davantage le développement du partenariat dans la nouvelle architecture du droit des investissements issue de l'ordonnance de 2001. Ce développement du partenariat, mis en œuvre par le procédé de la privatisation partielle, va se concrétiser par l'ouverture du capital des entreprises économiques à la prise de participations privées étrangères ou locales. Dans ce registre précis, les reprises d'activités dans le cadre d'une privatisation partielle vont particulièrement intéresser l'entreprise conjointe¹, en ce que le résultat de l'opération va convertir une entreprise à capitaux exclusivement publics en entreprise à capitaux mixtes.

De prime abord, il convient de souligner que le souci du législateur économique algérien de favoriser le partenariat avec des partenaires étrangers a été formulé juste avant la promulgation de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement, dans une disposition de la loi de finances complémentaire pour 2001. L'article 35 de ce texte de loi disposait : « *Sans préjudice des dispositions législatives prévues par ailleurs, les dettes des entreprises définies par le gouvernement et pour lesquelles un projet de partenariat est reconnu comme viable avec un investisseur de standing international, peuvent faire l'objet d'une prise en charge totale ou partielle, dont l'impact financier devra être inscrit dans les équilibres financiers de l'Etat et explicitée à l'occasion de*

¹ Sur la question des sociétés d'économie mixte ou entreprise conjointe, voir A. Zouiten « *L'évolution des sociétés d'économie mixte en droit algérien : de l'indépendance à nos jours* ». Mémoire de magister. Faculté de droit. Université Mentouri Constantine.2003.

chaque loi de finances ». Cette disposition allait être le précurseur d'une stratégie de privatisation des entreprises publiques économiques que la nouvelle législation sur l'investissement allait élever au rang de priorité.

D'une façon générale et en combinant les règles de droit commun avec les dispositions spéciales de l'ordonnance n°01-04 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques, les modalités et techniques d'ouverture de capital peuvent prendre l'une des formes prévues par l'article 26 de l'ordonnance n°01-04 et peuvent se réaliser à travers notamment :

1- : la vente de titres sociaux (actions ou parts sociales) Cette vente peut être effectuée par la vente d'un bloc d'actions, en recourant à la concurrence, soit par appel d'offres national ou international, soit par le recours aux mécanismes du marché boursier Il est évident que, dans le cas de l'Algérie, le marché boursier institué par le décret législatif n°93 - 10 du 23 mai 1993 relatif à la bourse des valeurs mobilières , modifié et complété¹ et l'ensemble des textes pris pour son application, n'a pas connu un développement réel. Les rares sociétés cotées en bourse sont des entreprises publiques économiques qui ont procédé à l'ouverture d'une fraction de leur capital ne dépassant pas 20%, pour permettre une participation des salariés et du public à leur capital social.

2- : L'ouverture du capital par souscription d'actions nouvelles (augmentation de capital) Cette technique est adaptée aux grandes entreprises inscrites à la cote officielle de la bourse des valeurs mobilières ou susceptibles de l'être, dans la perspective de dynamiser le marché financier et promouvoir l'actionnariat populaire, d'autant que l'article 27 de l'ordonnance n° 01-04 permet le fractionnement des actions ou parts sociales du capital social des entreprises publiques, en titres d'un nominal moins élevé, pour les rendre accessibles à un large public.

¹ Ordonnance n° 96-10 du 10 janvier 1996, J.O.R.A n°3 du 14 janvier 1996 et la loi n° 03-04 du 17 février 2003, J.O.R.A n° 11 du 19 février 2003.

3- : La cession d'actifs physiques par le biais de l'appel d'offres national ou international.

4- : La cession de gré à gré d'une entreprise ou de certains éléments d'actifs physiques, après autorisation du conseil des participations de l'Etat (C.P.E) qui est l'instance décisionnelle en matière de privatisations.

5- : La cession d'actifs visant à la promotion de l'actionnariat populaire par tout autre mode de privatisation. Ce procédé peut se réaliser par la cession à titre gracieux d'actions, ou au dinar symbolique, au profit des salariés, à titre d'exemple.

L'investissement par reprise d'activités dans le cadre d'une privatisation partielle ou totale des entreprises publiques économiques nous impose d'envisager ce type d'investissement selon deux phases distinctes délimitées par les modifications introduites par l'ordonnance n°09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009¹.

- Dans la phase pré- loi de finances complémentaire pour 2009, la reprise d'activité pouvait se décliner dans des opérations de privatisation aussi bien partielle que totale du capital d'une entreprise publique économique. Celles-ci pouvaient être le fait d'entreprises aussi bien nationales privées qu'étrangères.

Les investissements par reprise d'activités dans le cadre d'une privatisation partielle ou totale tiennent leur fondement des dispositions de l'article 17 de l'ordonnance n°01-04 du 20 août 2001, relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques. Ce dernier article dispose en effet : « *Les opérations de privatisation visées à l'article 13 ci-dessus, par lesquelles le ou les acquéreurs s'engagent à réhabiliter ou moderniser l'entreprise et /ou à maintenir tout ou partie des emplois salariés et maintenir l'entreprise en activité, peuvent bénéficier d'avantages spécifiques négociés au cas par cas* ». Il est à noter avant toute chose, que cette disposition n'a fait que reprendre in-extenso l'article 4 de l'ordonnance n°95-22 du 26 août 1995, modifiée et complétée par

¹J.O.R.A n° 44 du 26 juillet 2009.

l'ordonnance n°97-12 du 19 mars 1997, relative à la privatisation des entreprises publiques. Il est toutefois, à préciser que cet article 4, avant sa modification par l'ordonnance n°97-12, faisait obligation au repreneur de maintenir l'activité et les effectifs pendant une durée minimum de 5 ans.

En tout état de cause et en matière de privatisations, la priorité semble avoir été donnée aux repreneurs garantissant le maintien de l'activité et des effectifs. Ainsi, si les repreneurs s'engagent sur certaines questions vitales pour la pérennité de l'entreprise, comme la sauvegarde de l'emploi et de l'activité ou de la modernisation de l'entreprise, ils peuvent prétendre au bénéfice des avantages prévus par l'ordonnance relative au développement de l'investissement et peuvent prétendre à plus que cela, dans la mesure où l'article 17 stipule que les avantages peuvent être négociés au cas par cas.

L'engagement du repreneur de maintenir l'activité, de moderniser l'entreprise et/ou de maintenir tout ou partie des emplois salariés doit être solennel et doit se formaliser dans un cahier de charges particulier qui définit les droits et obligations du cédant et de l'acquéreur. Il est vrai que cette obligation ne concerne pas spécifiquement ce cas d'espèce de la reprise d'activité. L'article 19 de l'ordonnance n°01-04 rend cette procédure obligatoire pour toutes les opérations de transfert de propriété liées à la privatisation d'entreprises publiques.

Les dispositions de l'article 17 de l'ordonnance n°01-04 peuvent être rapprochées des dispositions de l'alinéa 2 l'article 10 de l'ordonnance n°01-03 qui organisent dans le régime dérogatoire des incitations, les investissements présentant un intérêt particulier pour l'économie nationale. En effet, les reprises d'activités dans le cadre d'une privatisation partielle ou totale et par lesquelles les repreneurs s'engagent à maintenir l'activité et les effectifs et qui ont fait l'objet d'un octroi d'avantages spécifiques négociés au cas par cas, selon les termes de l'article 17 de l'ordonnance n°01-04, peuvent obtenir ces avantages spécifiques dans le cadre d'une convention d'investissement qui reste à notre avis, le seul cadre légal de la négociation des avantages. Théoriquement, rien ne pourrait interdire au conseil

national de l'investissement d'agréer une demande faite dans ce sens par un repreneur, d'autant que l'article 12 de l'ordonnance n°01-03 stipule clairement que les investissements visés à l'alinéa 2 de l'article 10 donnent lieu à l'établissement d'une convention.

Sur un autre plan, les reprises d'activités dans le cadre d'une privatisation partielle, n'interdisent pas à l'Etat de conserver dans ces entreprises un rôle d'actionnaire de référence, c'est à dire d'être détenteur d'une minorité de blocage à travers ce qu'il est convenu d'appeler le mécanisme de l'action spécifique ou action à prix d'or ou « golden share » en droit anglo-saxon. Toutefois, il est à préciser que ce mécanisme ne vaut que dans le cas où l'Etat détiendrait une participation minoritaire dans le capital d'une entreprise. L'article 19 de l'ordonnance n°01-04, en son alinéa 2 permet une telle démarche puisqu'il dispose : « ...*Les cahiers des charges peuvent, le cas échéant, prévoir la conservation à titre provisoire par le cédant d'une action spécifique* ». L'alinéa 3 du même article laisse le soin au règlement de préciser les modalités d'exercice d'une telle action. L'action spécifique est une action du capital d'une société issue d'une opération de privatisation et assortie de droits spéciaux par lesquels l'Etat se réserve le droit d'intervenir dans l'intérêt national. Ces droits rattachés à l'action spécifique peuvent concerner aussi bien, la nomination au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de la société d'un ou de deux représentants sans voix délibérative, que le pouvoir de s'opposer à toute décision contraire, dès lors que cette dernière peut se rapporter au changement de l'objet social de la société, à la cessation de l'activité de la société ou à la dissolution de celle-ci.

D'un autre côté, les opérations de privatisation totale d'entreprises publiques économiques permettent le transfert à des personnes physiques ou morales de droit privé, qu'elles soient nationales ou étrangères, de l'universalité du patrimoine des entreprises privatisées. Le résultat va donc consister en la conversion d'une entreprise anciennement à capitaux exclusivement publics en une entreprise nouvelle à capitaux exclusivement privés. Elles auront pour effet de réduire la

surface économique du secteur public économique et inversement, d'augmenter le rôle du secteur privé dans la formation de la valeur ajoutée. Dans ce registre, les privatisations totales ont en réalité, été prises sous la forme de participations majoritaires, à hauteur de 60%¹ voire de 70%² dans le capital des entreprises anciennement publiques. Hormis les cas de privatisation totale consentis à des investisseurs nationaux, et à notre connaissance, le seul cas d'une privatisation totale (100%) du capital au profit d'un investisseur étranger a été réalisé par la filiale de conditionnement Verrallia du groupe français Saint-Gobain de la société publique Alver, produisant du verre plat, située à Oran et approuvée par une résolution du Conseil des Participations de l'Etat en 2008.

Le processus d'ouverture du capital des entreprises publiques par le biais de la privatisation fait obligatoirement intervenir l'instance qui dirige la stratégie globale en matière de participations de l'Etat et de privatisations, en l'occurrence le conseil des participations de l'Etat (CPE). Dès lors que cette opération constitue une forme de réalisation d'un investissement, ne court-on pas le risque de tomber dans le travers de l'intervention d'une pluralité d'organes, tout en sachant que cette opération du fait de sa qualification juridique d'investissement en vertu de l'alinéa 2 de l'article 2 de l'ordonnance n°01-03, va devoir dépendre de l'appréciation d'un autre organe de décision, pour ce qui concerne l'octroi des avantages, à savoir le conseil national de l'investissement (C.N.I), dont nous étudierons plus en détail et plus loin, les missions. Il est vrai que les deux instances sont présidées par la même autorité, à savoir le chef du gouvernement, ce qui réalise une unité fonctionnelle pour une dualité organique. Il nous semble cependant que, la finalité première de la réforme du droit des investissements opérée par l'ordonnance de 2001 devait simplifier les procédures et raccourcir les délais de la chaîne de l'investissement, alors que ce chevauchement de compétences et cette dualité d'organes peut, au contraire, rallonger encore plus les délais d'examen ensuite de décision.

¹ Tel est le cas de Henkel avec l'entreprise nationale des détergents(ENAD).

² Tel est l'exemple de la firme indienne LNM-ISPAT, devenue par la suite Arcelor- Mittal.

- La phase post loi de finances complémentaire de 2009 a été marquée quant à elle par le retour d'une certaine forme de nationalisme économique qui est intervenu à un moment critique de la situation économique mondiale¹. La réforme issue de la loi de finances complémentaire pour 2009 est venue pour formaliser sur le plan du droit, certains indices, qui ont commencé à paraître depuis 2008 et qui traduisaient la volonté des pouvoirs publics de procéder à un encadrement plus strict des I.D.E. Dans ce cadre précis, les modifications opérées par la loi de finances complémentaire pour 2009 qui ont eu une incidence directe sur le procédé de privatisation comme type d'investissement a concerné l'exclusion des investisseurs étrangers de toute opération de privatisation totale des actifs des entreprises publiques économiques. En effet, l'article 58 de la loi de finances complémentaire modifie et complète l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement par l'ajout de l'article 4 bis qui dans son alinéa 2 dispose :

« Les investissements étrangers ne peuvent être réalisés que dans le cadre d'un partenariat dont l'actionnariat national résident représente 51% au moins du capital social. Par actionnariat national, il peut être entendu l'addition de plusieurs partenaires.... »

Pour ce qui concerne le volet privatisation ce texte de loi vient donc consacrer l'abandon de toute possibilité de cession totale des actifs des entreprises publiques économiques au profit des investisseurs étrangers et, faire revenir par la même, le droit des investissements directs étrangers en Algérie, à la situation qui était la sienne avant l'adoption des lois libérales en la matière. Ce retour en arrière fait ressurgir le procédé de l'entreprise conjointe ou co-entreprise, comme seule modalité d'intervention du capital étranger, avec cependant cette réserve, que les investissements étrangers réalisés avant l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition continuent à bénéficier de la garantie du gel applicable que consacre

¹ Voir, à ce sujet, supra, p, 24 et s.

l'article 15 de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement. Toutefois, la privatisation totale est maintenue pour les investisseurs nationaux, et ce, par la grâce de l'article 62 de la loi de finances complémentaire pour 2009 qui ajoute un article 4 quater qui dispose : *« Les investissements réalisés par des nationaux résident en partenariat avec les entreprises publiques économiques ne peuvent être réalisés que dans le cadre d'une participation minimum de ces entreprises égale ou supérieure à 34% du capital social. Ces dispositions sont également applicables dans le cas de l'ouverture du capital des entreprises publiques économiques à l'actionnariat national résident.*

A l'expiration de la période de cinq années et après constatation dûment établie du respect de tous les engagements souscrits, l'actionnaire national peut lever auprès du conseil des participations de l'Etat une option d'achat des actions détenues par l'entreprise publique économique.

En cas d'approbation par le conseil, la cession est réalisée au prix préalablement convenu dans le pacte d'actionnaires ou au prix fixé par le conseil. Les modalités d'application du présent article seront précisées, en tant que de besoin, par voie réglementaire ». L'alinéa 3 permet donc une privatisation totale des entreprises publiques économiques sous réserve des conditions posées dans ce texte de loi.

L'adoption par le législateur algérien de cette nouvelle figure de l'investissement, et son éligibilité au régime des incitations a obéi à un souci d'accélération de l'ouverture du capital des entreprises publiques à la prise de participations privées étrangères ou locales afin de relancer le processus de privatisation, qui, il faut le souligner, n'a pas connu d'avancée significative, hormis le cas de quelques opérations de partenariat réussies¹. Mieux encore, l'option privatisation semble avoir été totalement abandonnée, puisque nous assistons depuis

¹ Entre autres exemples, nous citons le cas de la société étatique ALGAL qui a été reprise en 2005 dans le cadre d'une privatisation, à parts égales, entre la société algérienne des travaux d'aluminium (SATAL) et le groupe jordanien haj hassan qui exportait de l'aluminium vers l'Algérie en donnant naissance à une entité dénommée ALGAL+. L'activité et le niveau des effectifs ont été maintenus et, mieux encore, cents (100) nouveaux emplois ont été créés. Voir à ce sujet, le quotidien Liberté du 21 décembre 2009, p. 11.

un certain temps au mouvement inverse, c'est-à-dire celui de la renationalisation de certains actifs qui ont été cédés dans des opérations de privatisation. L'exemple édifiant à ce sujet est celui de la cession de 70% du capital du groupe public Sider. La privatisation menée sous l'ère Temmar a été «*un échec total*», un sentiment partagé par un grand nombre d'observateurs. Sur plus de 1200 entreprises publiques proposées à la privatisation, à peine un tiers a été repris dans un processus qui a été tant décrié.¹

En clair, cette politique de privatisation a été un ratage qui justifie, selon certains, la récente reprise par l'Etat de la majorité dans le complexe d'El Hadjar. Le complexe sidérurgique ArcelorMittal Annaba qui emploie aujourd'hui 5 800 travailleurs a produit, en 2012, 580 000 tonnes d'acier liquide, alors que les engagements contractuels du partenaire étranger étaient approximativement de deux (02) millions de tonnes. Le groupe industriel public Sider a repris le contrôle du complexe sidérurgique d'El-Hadjar en portant sa participation dans le capital à 51% dans ce complexe, détenu jusqu'ici à 70% par le numéro un mondial de la sidérurgie, l'indien ArcelorMittal, et ce en rachetant au dinar symbolique, dit-on², les 21% du capital qui manquait pour que le groupe public détienne la majorité. Le principe de reprise du contrôle du complexe par Sider a été acquis au cours d'un Conseil des participations de l'État (CPE), tenu début juillet 2013. «*La raison est économique : les emplois ont été réduits de moitié en dix ans (de 10 500 à 5300), les départs en retraite n'ont pas été remplacés, il n'y pas eu de création de nouveaux postes, ni d'investissements, des unités ont été fermées et aujourd'hui*

¹ Celui-ci aurait été conduit «*n'importe comment*», où l'on a privilégié «*le copinage*» et «*le bradage*», selon l'économiste Camille Sari. D'autres, comme l'ancien syndicaliste au complexe d'El Hadjar et aujourd'hui député à l'assemblée populaire nationale, Smaïn Kouadria, y voit une opération de «*corruption à grande échelle*» qui a donné naissance à ceux qu'on nomme aujourd'hui «*les nouveaux milliardaires*», cités par Safia Berkouk in, «*Revoilà la tentation du tout-public*», El-Watan Economie du 4 au 10 novembre 2013. Dans la même veine, le Dr Mourad Goumiri, président de l'Association des universitaires algériens pour la promotion des études de sécurité nationale (ASNA) a, dans une contribution publiée au quotidien El-Watan, Economie du 7 au 13 décembre 2009, établi le constat d'un échec de la politique de croissance par les privatisations en Algérie.

² Selon la thèse officielle, ce compromis serait une sorte de remboursement des avantages dont a bénéficié le groupe Arcelor- Mittal pour cause de non-respect de ces engagements contractuels.

l'Algérie importe 10 milliards de dollars par an de produits sidérurgiques». Il s'agit donc «d'augmenter les capacités pour réduire la facture»¹.

Dans la même logique, et plus récemment encore, et après cinq années (2008/2013) d'un partenariat controversé entre la SNVI et le groupe de carrossiers français Behm-Titan-Kaiser (BTK), les deux partenaires avaient créé une joint-venture dénommée BTK Tiaret, l'Etat a fini par racheter les parts (60%) du capital détenues par le partenaire étranger qui a été dans l'incapacité d'honorer ses engagements contractuels².

¹ Propos tenus par le secrétaire général de la section syndicale du complexe et député à l'APN, Mr S.Kouadria, cité par Safia Berkouk, précité.

² Information rapportée par le quotidien El- Watan du 1^{er} mars 2014.

Conclusion de Partie :

Tout au long de cette première partie, nous avons procédé à un examen qui se voulait le plus exhaustif possible de la notion d'investissement. Partant de l'origine de la notion qui est économique, traduisant une certaine cohérence et restant assez unitaire malgré les évolutions qu'elle a connues, nous avons abouti à l'idée que le droit se l'est appropriée dans des instruments juridiques différents dans leur finalité et dans leur nature. Nous concluons qu'il existe une pluralité de définitions portées par le droit interne, par le droit international aussi bien multilatéral que bilatéral. La définition qui y est déclinée répond à des exigences particulières. Pour cette raison ceux-ci ne portent pas unicité mais une pluralité de définitions. On peut poser en règle générale que la définition de l'investissement varie en fonction de l'objet et du but de l'instrument juridique tant interne qu'international qui la contient.

Les conventions internationales, qu'elles soient multilatérales ou bilatérales et les lois internes ne poursuivent pas les mêmes fins, et nous convenons qu' « *à l'unicité de la notion économique de l'investissement, unicité que dicte sa positivité, s'oppose la multiplicité des notions juridiques, multiplicité que dicte leur normativité.*¹ »

Dans une perspective de droit interne, l'interaction de la notion d'investissement avec un ensemble de dispositions traitant d'aspects fiscaux, de garanties et d'incitations, de restrictions voire, d'interdictions, lui confèrent un impact et des effets importants selon qu'elle soit large ou étroite. Pour cette raison l'approche qu'en fait la législation interne ne peut être que limitative, car, comme nous le remarquerons un peu plus tard, des enjeux financiers et autres importants peuvent être engagés du seul fait de la définition retenue.

¹ D. Carreau et al, « *Droit international économique* » op-cit, 3^{ème} édition, p.559.

DEUXIEME PARTIE

LE DEPLOIEMENT DE LA NOTION
D'INVESTISSEMENT EN DROIT ALGERIEN :
LE REGIME UNIVERSEL DE L'ORDONNANCE DE 2001

Il nous a été donné de signaler auparavant¹ que , l'investissement en droit algérien, se présente sous la forme d'une articulation de textes de portée générale et d'autres de portée spécifique ou sectorielle, consacrant par là même, une architecture à double niveau. En plus du régime de l'ordonnance du 20 août 2001 que nous qualifierons d'universel en ce qu'il a vocation à constituer un cadre d'incitations fiscales et autres pour les investissements qui n'obéissent pas à un régime fiscal particulier, comme c'est le cas pour le secteur des hydrocarbures, il existe d'autres régimes sectoriels qui mettent en œuvre des instruments spécifiques, mais, qui du point de vue fiscal, douanier, parafiscal et financier, relèvent des dispositions de l'ordonnance de 2001, comme cela est le cas des activités ayant fait l'objet d'une démonopolisation en droit algérien et déclinées précédemment.²

Aussi, pour des raisons de clarté et de commodité pédagogique, nous faisons le choix de qualifier le régime de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, modifiée et complétée, ainsi que l'ensemble des textes pris pour son application, de régime universel. Nous aurions pu le qualifier de régime général, car il l'est en réalité. Ce faisant, nous serions tombé dans un amalgame réel, en ce que le régime d'incitation de l'ordonnance de 2001 se divise précisément en deux sous- régimes : un régime général et un régime dérogatoire. Aussi, et afin d'éviter l'équivoque de cet usage, qui aurait conduit à une collusion et une ambiguïté entre les deux régimes, nous optons pour le choix du qualificatif d'universel que nous venons d'évoquer.

D'un autre côté, et avant toute chose, il serait approprié de rappeler certains principes cardinaux du droit des investissements en Algérie que le régime universel de l'ordonnance de 2001 met en œuvre et spécialement ceux qui ont été introduits par la réforme issue de la loi de finances complémentaire pour 2009, qui

¹ Voir supra, p, 15.

² Voir supra, p, 178 et s. Les instruments spécifiques ont trait aux différentes procédures d'exercice de l'activité telles que les autorisations, les licences et les concessions.

s'inscrivent dans une démarche encore plus stricte d'encadrement des investissements directs étrangers.

En premier lieu, le principe de base de la liberté d'investissement consacré à hauteur de l'article 4 de l'ordonnance de 2001, ayant fait l'objet d'un réajustement par l'ordonnance n° 06-08 du 15 juillet 2008 la modifiant et la complétant, est maintenu, sous réserve toutefois des activités réglementées et aux règles de respect de l'environnement, dans les activités de production de biens ou de services. Lorsque l'investisseur sollicite des avantages, il devra préalablement procéder à une déclaration de son investissement. Cette dernière ne sera obligatoire que dans l'hypothèse d'une demande d'avantages. Certains y voient un prolongement du régime de l'agrément préalable ayant régi les investissements dans la période de construction d'une économie nationale et indépendante. D'autres, estiment qu'il s'agit là d'un régime déclaratif dont l'objectif premier réside dans la collecte d'information sur le niveau et l'affectation des investissements et leur impact sur la création de richesse et d'emplois. Dans ce cadre précis, et dès lors qu'il s'agisse d'un investissement étranger, les modifications apportées par la loi de finances complémentaires nous semble découler d'un véritable régime d'agrément préalable, puisque l'alinéa 4 de l'article 58 de l'ordonnance n°09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009 fait obligation de soumettre tout projet d'investissement étranger direct ou en partenariat avec des capitaux étrangers à l'examen préalable du CNI¹. En clair, cela veut dire que les projets initiés par des étrangers ne pourront recevoir l'aval du CNI qu'à la condition expresse de satisfaire aux conditionnalités posées par l'article 55 de la loi de finances complémentaire pour 2009 relatives aux obligations de réinvestissement des bénéfices correspondant aux exonérations ou réductions accordés dans le cadre du dispositif de soutien aux investissements, d'acquisition de produits et services d'origine locale et de

¹ Entre-temps, l'article 4 bis a fait l'objet d'une modification dans la loi de finances pour 2014, qui, dans son article 56 supprime l'alinéa faisant obligation de l'examen préalable du projet d'investissement étranger ou en partenariat, tout en maintenant l'obligation de la déclaration qui reste commune à tous les types d'investissements.

préférence nationale posées par l'article 4 ter l'ordonnance de 2009. Ces conditionnalités constituent « *les termes de mécanismes d'autorité* », selon l'analyse du FCE¹. En pratique, cet obstacle de l'examen préalable du CNI ne se limite pas uniquement aux IDE puisque l'article 60 de la loi de finances complémentaire complète l'ordonnance du 20 août 2001 par l'ajout de deux articles 9 bis et 9 ter, lequel dernier article soumet, pour le bénéfice des avantages du régime général, les investissements dont le montant est égal ou supérieur à cinq cents (500) millions de dinars algériens² à une décision du CNI. Cela atteste du pouvoir discrétionnaire de ce conseil à apprécier l'opportunité des investissements tant étrangers que nationaux.³

En second lieu, Le régime unifié de l'investissement applicable aussi bien à l'investissement étranger que national, tel que mis en place par l'ordonnance n° 01-03 dans sa version initiale a, définitivement, été remis en cause par les modifications introduites par la loi de finances complémentaire pour 2009. De nouvelles règles sont venues pour singulariser le régime des investissements étrangers, notamment pour ce qui concerne leur admission et leur établissement, ainsi que la sortie des capitaux qui ont servi à leur constitution et leurs produits.

De prime abord, les nouvelles règles d'admission des investissements directs étrangers qui gravitent autour de la tant controversée règle du 51/ 49 introduite par l'article 58 de l'ordonnance n°09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009⁴, ont, il est vrai, quelque peu neutralisé le principe

¹Rapport du Forum des Chefs d'Entreprises (FCE) portant « *proposition pour l'amélioration du dispositif de développement de l'investissement Janvier 2012.* »

² Ce montant a été par la suite relevé, par la grâce de l'article 37 de la loi de finances pour 2013 et repris par l'article 59 de la loi de finances pour 2014 qui modifie l'article 9 ter de l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001, à 1.500.000.000 DA.

³La presse nationale a fait état dans plusieurs de ses journaux des déboires de l'homme d'affaires algérien Issad Rebrab, premier investisseur privé, concernant ses projets d'investissements, décrits comme grandioses, que le CNI continue à bloquer, d'après ses allégations, pour des raisons obscures. Voir à ce propos, le quotidien El Watan du 23 janvier 2012.

⁴ L'article 58 en question complète l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement par l'ajout d'un article 4bis dont l'alinéa 2 est rédigée comme suit : « *Les investissements étrangers ne peuvent être réalisés que dans le cadre d'un partenariat dont l'actionnariat national résident*

généreux de l'égalité de traitement posé de façon solennelle par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 20 août 2001, qui prescrivait que les investissements aussi bien nationaux qu'étrangers étaient soumis au même régime, celui fixé par l'ordonnance. Il y a lieu de constater que les standards du droit international en matière de protection des investissements étrangers ont connu des tempéraments aussi bien dans le cadre de la constitution de l'investissement, c'est-à-dire du traitement pré-admission que de la post-admission des IDE et même de la période de leur liquidation.

Le traitement pré-admission de l'investissement discrimine désormais entre l'investisseur national et étranger par le recours au principe de la majorité de la partie algérienne dans le capital des co-entreprises formées avec un partenaire étranger. La règle du 51/49 tant décriée relève tout de même du droit souverain de l'Etat de territorialité de l'investissement de réguler les flux d'investissements entrants en fonction de ses objectifs et des intérêts de son économie nationale.¹

représente 51% au moins du capital social. Par actionnariat national il peut être entendu l'addition de plusieurs partenaires. »

¹ Une véritable levée de bouclier a accompagnée l'adoption de la mesure en question par l'Algérie, aussi bien au niveau interne qu'au niveau externe. Les différentes prises de position relayées dans la presse faisaient état d'une mesure contre-productive, archaïque qui reconduit un ratio jugé dissuasif pour les IED. Pour l'économiste A. Lamiri, « *elle est inutile, nuisible et protège peu l'économie nationale* », in le quotidien d'Oran du 21 septembre 2010. Le réseau Amina-mipo d'observation des investissements étrangers en méditerranée a constaté dans son rapport pour 2012, que la règle du 51/49 pénalise l'Algérie et qu'elle ne cesse de hanter les milieux d'affaires européens. De telles positions aussi alarmistes qu'exagérées, et sans prétendre défendre la position officielle sur ce sujet, omettent de signaler que beaucoup de pays continuent à intégrer cette règle dans leur pratique du droit des investissements étrangers. Nous en citerons pour preuve, la réglementation australienne du transport aérien qui impose aux participations étrangères un plafond de 49% dans le capital du pavillon national Quantas. Voir à ce sujet, le journal Libération économie du 04 mars 2014. De même, La loi n°13/2000, entrée en vigueur en novembre 2000, sur l'investissement étranger au Qatar stipule qu'une société étrangère peut investir au Qatar dans les domaines du commerce, de l'industrie, de l'agriculture et des services à condition de s'associer avec une société qatarienne. Au vu de ce qui précède, le droit algérien, sur cette question précise de la règle du 51/49, ne peut pas être qualifié de « robinsonisme juridique », pour marquer l'idée d'un isolement. Cette expression est de Mohamed Salah M. M.in, « *La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux : Réflexion sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation* », précité.

Cette association doit conférer à la société qatarienne au moins 51% du capital de la société nouvellement créée. Une dérogation permet cependant aux investisseurs non-qatariens de détenir jusqu'à 100% du capital de la société, sur autorisation du ministère des Finances, du commerce et de l'industrie, si l'activité de leur société s'inscrit dans le plan de développement de l'Etat dans des secteurs d'activité comme l'agriculture, de la santé, de l'éducation, du tourisme, du développement et de l'exploitation des ressources naturelles, de l'énergie et des mines. Par ailleurs, les secteurs du commerce et de l'immobilier sont exclus

Curieusement du reste, cette règle de la majorité est également invoquée dans les partenariats public-privé nationaux puis que l'article 4 ter de la loi de finances complémentaires pour 2009, déjà cité, fait obligation de la réalisation de ces partenariats dans le cadre d'une participation des entreprises publiques qui ne saurait être inférieure à 34% du capital de la société. Il est vrai que cette disposition ouvre le droit à l'actionnaire privé de lever une option d'achat des actions détenues par l'entreprise publique auprès du CPE, sous réserve des conditions posées l'article en question. Cette disposition nous semble tout de même curieuse et peut donner lieu à certaines restrictions à la liberté d'investissement officiellement déclamée¹.

Le traitement post-admission de l'investissement étranger connaît lui également des atteintes assez marquées aux principes fondamentaux dégagés par le droit international concernant le traitement des investissements directs étrangers. Cette phase va concerner aussi bien le déroulement de l'investissement stricto sensu que celle de sa liquidation, c'est-à-dire son arrivée à terme.

Lors du déroulement de l'investissement, l'investisseur non-résident, au même titre d'ailleurs que l'investisseur résident, est soumis à une obligation de

de cette dérogation. Voir à ce sujet, Organization of Foreign Capital Investment Law (Law No. 13/2000) disponible sur le site <http://www.mec.gov.qa>. En règle générale, la règle du 51/49 n'est pas une hérésie et ne contrevient pas aux règles de l'organisation mondiale du commerce (O.M.C). La règle tant décriée du 51/49 a été digérée et, est désormais perçue comme un outil d'implantation en Algérie, comme cela a été le cas pour des co-entreprises formées avec les groupes français AXA et Renault etc.

Dans une moindre proportion, beaucoup d'autre pays, à l'image de la France, réglementent les investissements étrangers. Le décret du 30 décembre 2005 réglementant les investissements étrangers d'entreprises françaises dont le siège est situé en France, soumet un certain nombre d'investissements touchant à l'intérêt national dans onze (11) secteurs tels, la défense, les produits chimiques, les technologies duales, à double usage civil et militaire etc..., à l'obtention d'une autorisation préalable délivrée par le ministère de l'économie. Il en est de même pour l'Allemagne qui a été gagnée par la tentation protectionniste en adoptant en avril 2008 une loi limitant les investissements étrangers pour tout investissement supérieur à 25% du capital d'une entreprise dans le domaine des infrastructures stratégiques dès lors que l'intérêt national est en jeu. Voir, à ce propos, Le monde diplomatique du 17 février 2010. De même, le rapport de l'organisation de coopération et de développement économique (O.C.D.E) sur les « *Tendances et évolution récente de l'investissement direct étranger* » Juin 2006, a établi dans son annexe II une liste de pays développés ayant adopté des législations limitant l'investissement étranger dans des secteurs de souveraineté ou stratégiques. Nous y trouvons, l'Allemagne, la France, le Canada, la Russie et les Etats-Unis.

¹Les blocages auxquels ont été exposés les projets du groupe Cevital, peuvent s'expliquer, en partie par cette disposition. Le PDG du groupe l'a clairement annoncé lors de la présentation d'un livre biographique rédigé par Taieb Hafsi, en 2012 sur l'itinéraire du capitaine d'industrie. Voir à ce propos, le quotidien El-watan du 23 janvier 2012.

réinvestissement de la part des bénéfices correspondant aux réductions en matière d'impôts, taxes, droits de douanes et taxes parafiscales obtenues dans le cadre d'un dispositif de soutien à l'investissement, et ce, en application de l'article 57 de la loi de finances complémentaire pour 2009. Ce réinvestissement doit intervenir dans un délai de quatre (04) ans à compter de la date de clôture de l'exercice dont les résultats ont été soumis au régime préférentiel. L'alinéa 2 du même article organise la sanction du non-respect de cette disposition et qui consiste en le reversement de l'avantage fiscal assorti d'une amende de 30%. Il est toutefois à préciser que tout récemment encore, l'article 5 de la loi de finances pour 2014¹, en modifiant l'article 142 du code des impôts directs et taxes assimilées, apporte une limite expresse à l'obligation de réinvestissement à la seule phase d'exploitation. L'alinéa 3 de la même disposition accorde de son côté au CNI, la possibilité de dispenser l'investisseur de cette obligation. Il est à noter cependant, que, l'article 40 de la loi de finances pour 2013², modifiant et complétant l'article 57 de l'ordonnance de la loi n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009, tempère quelque peu cet état de fait en dispensant les opérateurs étrangers partenaires avec les sociétés nationales de l'obligation de réinvestir lorsque les avantages consentis ont été injectés dans le prix des biens et services finis produits. Les sociétés concernées doivent, en vue de bénéficier du transfert des dividendes, appuyer leur demande par un état justificatif précisant les montants et les périodes de réalisation des bénéfices en cause.

Dans le même registre, l'article 58 de la loi de finances complémentaire pour 2009, modifiant l'article 4 par l'ajout d'un article 4 bis, institue une nouvelle sujétion à laquelle sont soumis les investissements étrangers qui reste la marque des « *mécanismes d'autorité* ». Celui-ci fait obligation aux investisseurs étrangers de présenter une balance en devises excédentaire au profit de l'Algérie, pendant toute la durée de vie du projet. Un texte de l'autorité monétaire, est venu préciser

¹ J.O.R.A n°68 du 31 décembre 2013.

² J.O.R.A n° 72 du 30 décembre 2012

d'avantage cette disposition. La Banque d'Algérie a pris un règlement n° 09-06 du 26 octobre 2009 portant balance en devises relative aux investissements étrangers directs ou en partenariat. Ainsi, le texte de la Banque centrale stipule que la balance en devises pour chaque projet est élaborée en tenant compte des éléments en crédit et débit. Au crédit, la balance devra prendre en compte les rapatriements en devises provenant de tout apport au titre des investissements, y compris le capital social ; des produits des exportations de biens et de services ; de la part de la production vendue sur le marché national en substitution aux importations ; des emprunts extérieurs exceptionnellement mobilisés. A ces éléments au crédit s'ajoute la valeur de tout apport en nature importé. Au débit, la balance prend en compte les transferts vers l'extérieur au titre des importations de biens et de services ; des bénéfices, dividendes, tantièmes, jetons de présence, salaires et primes du personnel expatrié ; des cessions partielles des investissements ; du service de la dette extérieure exceptionnelle ; de tout autre paiement extérieur.

Le solde de la balance en devises est la différence entre la somme des éléments de crédit et la somme des éléments de débit.

De plus, les amendements introduits par la loi de finances pour 2009 ont institué une obligation de recours aux banques et établissements financiers locaux pour le financement des investissements étrangers, directs ou en partenariat. Cette question sera examinée plus tard.¹

Lors de la liquidation de l'investissement, c'est-à-dire lorsque ce dernier fait l'objet d'un transfert ou d'une cession, le principe de la liberté que posait l'article 30 de l'ordonnance de 2001, a été strictement encadré par l'article 62 de l'ordonnance n°09-01 du 26 juillet 2009 portant loi de finances complémentaires pour 2009, qui ajoute un article 4 quinquès², lequel article reconnaît à l'Etat ainsi qu'aux entreprises publiques économiques un droit de préemption sur toutes les

¹ Voir infra, p, 230.

² Modifié et complété par l'article 46 de la loi de finances complémentaire pour 2010, puis par l'article 57 de la loi de finances pour 2014.

cessions de participations des actionnaires étrangers ou au profit d'actionnaires étrangers. Toute opération de cession de ces participations est subordonnée à la présentation d'une attestation de renonciation à l'exercice du droit de préemption en cas de renonciation de l'Etat à l'exercice de son droit. Cette attestation est délivrée par les services compétents du ministère chargé de l'industrie après délibération du Conseil des Participations de l'Etat. La demande d'attestation est présentée aux services compétents par le notaire chargé de rédiger l'acte de cession, précisant le prix et les conditions de la cession. En cas d'exercice du droit de préemption, le prix est arrêté sur la base d'une expertise. L'attestation de renonciation est délivrée au notaire chargé de rédiger l'acte de cession dans un délai maximum de trois (03) mois, à compter de la date du dépôt de la demande. En cas de délivrance de l'attestation, l'Etat conserve pendant une période d'une (01) année, le droit d'exercice du droit de préemption tel que prévu par le code de l'enregistrement en cas d'insuffisance du prix. Le défaut de réponse par les services compétents pendant ce délai de (03) mois vaut renonciation à l'exercice du droit de préemption¹, sauf dans le cas où le montant de la transaction excède un montant défini par arrêté du ministre chargé de l'Industrie et lorsque cette transaction porte sur des actions ou parts sociales d'une société exerçant l'une des activités définies par le même arrêté.

Après avoir fixé les nouveaux principes du droit des investissements surtout étrangers instaurés par la loi de finances pour 2009, et celles qui l'ont suivies, il serait approprié d'examiner le régime dans lequel se déploient ces principes. Ce

¹ Le journal électronique Tout Sur l'Algérie (TSA) rapporte dans son édition du 23 février 2014 que l'Etat algérien a exercé depuis la promulgation de la loi de finances pour 2009 deux droits de préemption effectifs. Ils ont concerné l'opération décidée dans la cession de Michelin Algérie au profit du groupe Cevital, où le droit de préemption ne concernait que le terrain, situé en plein cœur d'Alger. Le deuxième droit de préemption concerne la vente de la tour du groupe français CMA-CGM, situé à Bab Ezzouar à l'est d'Alger à un investisseur du moyen-orient. L'expertise a évalué le bien à deux fois le prix de cession convenu entre les deux parties. L'Etat algérien a décidé d'exercer son droit de préemption en surenchérissant avec une offre majorée de 10% par rapport au prix fixé par l'expertise. Le troisième cas d'exercice du droit de préemption par l'Etat algérien qui a été mis en mouvement dans l'affaire Djezzy n'a pas abouti pour la simple raison que la reprise totale par l'Etat de cette société ne semble plus être d'actualité. Par la même occasion l'Etat algérien a renoncé expressément à cinq droits de préemption, selon la même source.

régime universel de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement traduit l'orientation générale selon laquelle ce dispositif définit la nature et l'étendue des avantages en fonction des retombées des investissements sur l'économie nationale. Aussi, ce dispositif se divise en deux régimes dont la différence réside dans le contenu et la durée des avantages accordés. Seulement, il est à préciser d'emblée que dès l'extinction de la période d'exonération de dix (10) ans, qui est la période maximale d'exonération, ou celle accordée par décision de l'ANDI, l'investisseur relèvera du champ d'application du droit commun. En d'autres termes, il sera soumis aux différentes impositions et bénéficierait des avantages prévus par la législation fiscale courante en vigueur.

Aussi, L'un de ces deux régimes, appelé général par les termes de la loi elle-même, fera l'objet du chapitre I. Le second appelé dérogatoire, se divise quant à lui en deux sous-régimes. Il fera l'objet du chapitre II

CHAPITRE I : LE REGIME GENERAL DE L'ORDONNANCE DE 2001

Le régime général de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement est le régime de base du dispositif d'incitation mis en œuvre par ce texte de loi qui organise des régimes différenciés en fonction de leur nature et de leur localisation. D'une manière générale, le régime objet de ce chapitre, qualifié de « *régime de faveur minimum*¹ » régit les investissements jugés courants dont le montant ne dépasse pas le seuil fixé² par l'article 9 ter de l'ordonnance de 2001, modifiée et complétée. En outre, ces derniers ne nécessitant pas une attention et un effort soutenus de la part de l'Etat, sont réalisés dans des activités non exclues du bénéfice des avantages et dont la localisation se situe en dehors des zones à développer, qui requièrent, elles, contrairement aux premières, une contribution particulière de l'Etat.

De par ce statut de régime accessoire, dont l'intérêt théorique est limité, son examen dans le cadre de ce chapitre, ne nous interdit pas de lui adjoindre des questions et des éléments d'analyse qui constituent une sorte de règles communes à tous les régimes d'incitation. Ceux-ci ne lui étant pas spécifiques, il les partage avec le deuxième régime prévu par l'ordonnance de 2001, à savoir le régime dérogatoire. Ces éléments ont trait à la procédure administrative de traitement de l'investissement, qui fera l'objet de la section I. Le corps de procédures de déclaration et de demande d'avantages fera de son côté, l'objet de la section II.

¹ Ammar GUESMI, « *Le cadre juridique des investissements étrangers en Algérie et en France* » in, « *l'Algérie en mutation : Les instruments juridiques de passage à l'économie de marché* », sous la direction de R. Charvin et A. Guesmi, Editions l'Harmattan, 2001, p.234.

² Après le réaménagement opéré par l'article 37 de la loi de finances pour 2013 et repris par l'article 59 de la Loi de finances pour 2014 qui modifie l'article 9 ter de l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001, ce seuil est passé à un (01) milliards cinq (500) millions de dinars algériens.

SECTION I : LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE DE TRAITEMENT DE L'INVESTISSEMENT

Dans le cadre de cette section, nous nous fixons pour tâche d'examiner le traitement de l'investissement par les différents organes administratifs et financiers qui ont en charge la facilitation des investissements. Les organes administratifs se divisent en deux types d'organes. Les uns appartiennent à un niveau dit stratégique et sont représentés par le ministère en charge de l'investissement, les ministères sectoriels intéressés par l'acte d'investissement, ainsi que le Conseil National de l'Investissement (CNI). Les autres organes appartiennent à un niveau dit opérationnel et sont représentés d'une part, par l'Agence Nationale de Développement de l'Investissement (ANDI) et ses relais locaux, les Guichets Uniques Décentralisés (GUD) et d'autre part, par l'Agence Nationale d'Intermédiation et de Régulation Foncière (ANIREF) et les Comités d'Assistance à la Localisation et à la Promotion des Investissements et de la Régulation du Foncier (CALPIREF).

Pour ce qui concerne les structures financières intervenant en appui aux opérations d'investissements, celles-ci prennent la forme soit d'organes proprement dits, à l'image du Fonds National d'Investissement (FNI) et des sociétés de capital investissement, soit d'instruments financiers de facilitation, à l'image du Fonds d'Appui à l'Investissement et du recours au financement extérieur. Parmi toutes ces structures, nous distinguons celles chargées d'une mission jugée classique qui consiste à constituer l'interlocuteur administratif de l'investisseur dans les démarches classiques de traitement, d'assistance, d'orientation. Ces structures feront l'objet d'un examen dans le cadre du premier paragraphe. Dans un deuxième temps, nous examinerons une mission nouvelle qui a été adossée au dispositif en charge de l'investissement, dont la compétence a été attribuée à des organes spécialement affectés à cette fin : il s'agit de la gestion du portefeuille foncier

destiné à recevoir des implantations industrielles, dans le cadre duquel nous intégrons l'Agence Nationale d'Intermédiation et de Régulation Foncière (ANIREF) et ses démembrements locaux, et les Comités d'Assistance à la Localisation et à la Promotion des Investissements et de la Régulation du Foncier (CALPIREF). Ceci fera l'objet du deuxième paragraphe. Enfin, les garanties légales communes à tous les types d'investissement feront l'objet d'un troisième paragraphe.

PARAGRAPHE I: LE CADRE ORGANIQUE DE TRAITEMENT DE L'INVESTISSEMENT

Les structures organiques de l'investissement en Algérie sont agencées selon une organisation pyramidale avec à sa tête le niveau stratégique représenté par le ministère en charge de l'investissement et les ministères sectoriels concernés par l'investissement. Le ministère du développement industriel et de la promotion de l'investissement (MDIPI) a pour mission de proposer, puis de suivre la mise en œuvre de la politique et des stratégies de promotion et de développement de la PME et de l'investissement. En pratique, le ministère assure sa mission régalienne à travers les schémas classiques de la décentralisation administrative aussi bien territoriale que technique ou par services, et de la déconcentration. A ce titre, des prérogatives importantes ont été déléguées et des structures telles que l'ANDI ou l'Aniref ont pu voir le jour. Ces dernières ont démultiplié leur sphère d'activité sur toute l'étendue du territoire national.

Le rôle des ministères sectoriels est tout aussi important en matière d'investissements relevant de leur sphère de compétence. A titre d'illustration, les investissements dans le secteur de l'hôtellerie et du tourisme doivent avant toute chose être réalisés dans les figures définies par la loi n° 99-01 du 06 janvier 1999¹

¹J.O.R.A n° 2 du 10 janvier 1999.

fixant les règles relatives à l'hôtellerie, c'est-à-dire qu'ils doivent être effectués dans des établissements hôteliers, les complexes touristiques et les stations thermales. En plus, ils doivent satisfaire aux conditions relatives à l'examen du projet d'implantation par une commission interministérielle chargée de l'approbation des plans des projets hôteliers. Après obtention d'une décision d'accord de principe, le promoteur pourra la présenter lors de la formalisation de la demande de décision d'octroi d'avantages de l'ANDI.

Aussi central que puisse être le rôle du ministère en charge de l'investissement, mais également des autres ministères sectoriels en leur qualité d'organes stratégiques, leur compétence est assez générale. Pour cette raison, nous focaliserons notre réflexion sur les organes qui sont spécialement dédiés à l'investissement, à savoir le CNI et l'ANDI et ses démembrements décentralisés.

La mise en place de nouveaux organes de l'investissement par l'ordonnance n°01-03 du 20 août 2001, modifiée et complétée, et les textes pris pour son application, à savoir le décret exécutif n° 06-355 du 9 octobre 2006¹ qui abroge et remplace le décret exécutif n°01-281 du 24 septembre 2001 relatif à la composition, à l'organisation et au fonctionnement du CNI, et le décret exécutif n°06-356 du 9 octobre 2006, portant attributions, organisation et fonctionnement de l'ANDI qui abroge et remplace le décret exécutif n°01-282 du 24 septembre 2001² se devaient, dans leur fondement, corriger les dysfonctionnements constatés lors du mandat de l'ancienne Agence de Promotion et de Suivi des Investissements (APSI). Le code des investissements issu du décret législatif de 1993, faisait reposer en pratique toute la charge de la gestion de la chaîne de l'investissement sur cette seule structure. Les résultats peu probants obtenus sous son autorité ont amené le législateur à concevoir et à mettre en place un dispositif institutionnel de soutien qui soit pluriel afin de rendre plus efficaces les mécanismes d'accompagnement et de facilitation de l'investissement. Ce nouveau dispositif, issu de l'ordonnance de

¹J.O.R.A n° 64 du 11 octobre 2006.

²J.O.R.A n° 64 du 11 octobre 2006.

2001 s'est concrétisé par la création de nouveaux instruments ou organes administratifs d'encadrement, de régulation et de promotion des opérations d'investissement, mais également financiers, sous la forme de fonds dotés de crédits publics spécialement affectés au soutien des opérations d'investissement rentrant dans la définition donnée de ce dernier par l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement.

Aussi, nous nous proposons dans le cadre de ce paragraphe, de faire ressortir le statut et les compétences respectives de ces différents organes chargés de la promotion des investissements.

A- Les structures administratives de facilitation

Les organes administratifs de soutien et de promotion de l'investissement mis en place par l'ordonnance de 2001 marquent l'émergence du conseil national de l'investissement (CNI) qui constitue, en dernier ressort, l'organe dépositaire du véritable pouvoir de décision en matière d'octroi des avantages. Il est vrai que l'agence nationale de développement de l'investissement (ANDI) continue à avoir une autorité en la matière, mais l'économie générale des nouveaux textes relatifs à l'investissement nous semble avoir relégué au second plan cette institution et conférer un rôle prééminent au CNI. Enfin, les GUD représentent un instrument de simplification et de facilitation en direction des investisseurs et constituent l'interface visible du dispositif de l'investissement. Suivant cet ordre d'importance, nous allons examiner ces trois structures.

a- : Le conseil national de l'investissement (CNI)

Avant toute chose, il y a lieu de préciser que le conseil national de l'investissement (CNI) n'est pas une structure administrative emportant création d'une personne morale indépendante. Il prend plutôt la configuration d'un « conseil

interministériel » de par sa composition. Institué par l'article 18 de l'ordonnance n°01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, le (CNI) constitue, en matière d'organes de l'investissement, l'innovation majeure du nouveau dispositif institutionnel mis en place par celle-ci. Sa création a été dictée par le souci de disposer, pour les pouvoirs publics, d'un instrument flexible qui permette une liberté de manœuvre assez grande et qui de ce fait, peut prendre les décisions qui peuvent ne pas avoir été prévues par la loi. Dans son essence donc, le CNI est venu pour parfaire le dispositif institutionnel de l'investissement en constituant un palliatif aux carences qui pourraient surgir de la gestion unique de la chaîne de l'investissement par une structure unique, comme ce fût le cas sous l'ancienne APSI. Ceci, pour la thèse officielle.

D'une manière générale, le CNI est un organe politique, appartenant au niveau stratégique du dispositif, qui représente l'Etat et qui cristallise tout le poids de l'instance politique dans la définition et la mise en œuvre des politiques publiques en matière d'investissement. Il a pour mission de définir les orientations gouvernementales en la matière et il a compétence à agréer les investissements qui lui semblent utiles au développement économique du pays. Il en résulte que ce nouvel organe se soit saisi d'un champ de décision très étendu et relègue de ce fait l'agence, c'est à dire l'ANDI, à un rôle auxiliaire. Ceci découle des attributions que lui confère la loi et qui sont définies par l'article 3 du décret exécutif n° 06-355 sus-cité. En vertu de ce texte, il lui revient de fixer les conditions d'accès aux avantages légaux, tout comme il a pour mission d'étudier toute proposition d'institution de nouveaux avantages ou toute modification de ceux existant. Il est en outre chargé, de proposer la stratégie en matière d'investissement et de veiller à la promotion et au développement de ce dernier. Il constitue de ce fait, le maillon essentiel de la politique nationale de développement de l'investissement. Il propose les mesures permettant l'adaptation aux évolutions constatées des mesures incitatives pour l'investissement. De même, il lui est dévolu la tâche d'examiner et d'approuver la liste des activités et des biens exclus des avantages et leur modification ou leur mise

à jour. La liste qui est fixée par voie réglementaire, doit recevoir l'avis conforme du conseil, selon l'article 3 modifié et complété de l'ordonnance de 2001. Il est également chargé de se prononcer sur les zones devant bénéficier du régime dérogatoire que nous examinerons plus loin. Enfin, il examine et approuve les conventions relatives à des projets d'envergure nationale pouvant donner lieu à l'établissement d'une convention d'investissement prévue dans le régime dérogatoire.

Créé auprès du ministre en charge de l'investissement, ce conseil est placé sous l'autorité du chef du gouvernement qui en assure la présidence et ce, en vertu de l'article 18 de l'ordonnance n°01-03 et de l'article 12 du décret exécutif n° 06-355 du 9 octobre 2006 relatif à sa composition, à son organisation et à son fonctionnement, le CNI se compose d'une palette assez large de ministères de souveraineté et techniques pouvant intervenir dans la chaîne de l'investissement. Le conseil se réunit, selon l'article 5 dudit décret, une fois par trimestre. Il peut cependant, être convoqué par son président ou l'un de ses membres à tout moment pour statuer sur des demandes d'avantages qui sortent du cadre légal fixé par l'ordonnance du 20 août 2001. En pratique, la règle de périodicité des réunions du CNI est souvent ignorée, tout comme l'est une certaine pratique qui voulait que les décisions émanant de cette structure fassent l'objet d'une large diffusion et de publicité à travers les organes de presse et les sites de l'ANDI. Le secrétariat du conseil est assuré par l'ANDI, dont nous verrons sous peu les attributions. Le président du conseil d'administration et le directeur général de cette agence peuvent assister, en tant qu'observateurs, aux réunions du conseil.

Comparativement au dispositif d'avant la réforme lourde de l'ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009, les textes qui sont intervenus à partir de cette date, ont consacré un renforcement du rôle du CNI. Ce dernier s'est opéré obligatoirement au détriment de celui de l'ANDI, qui, avant la réforme, disposait de prérogatives élargies en matière d'octroi d'avantages et autres. Le renforcement du rôle du CNI s'est traduit en pratique, par

les modifications qu'ont eu à connaître certaines dispositions essentielles du code des investissements. Aussi, l'alinéa 4 de l'article 57 de la loi de finances complémentaire pour 2009 confère au CNI la prérogative de prendre une décision dérogatoire de dispense au profit de l'investisseur de l'obligation de réinvestissement prévue par l'alinéa 1 du même article. De même, les multiples modifications de l'article 9 ter consacrent toutes la prééminence du CNI. Cette disposition confirme que les investissements dont le montant est égal ou supérieur à 1.500.000.000 DA, ne peuvent bénéficier des avantages du régime général que dans le cadre d'une décision du CNI. La définition d'un critère quantitatif de l'importance de l'investissement, à savoir, le montant prévu par l'article 9 ter, emporte compétence exclusive du CNI en matière de décision d'octroi d'avantages. De même, l'article 12 ter, en son alinéa 2 dernier paragraphe, donne au CNI la prérogative de décider d'avantages supplémentaires conformément à la législation en vigueur, au-delà de ceux prévus aux alinéas précédents. Dans la même logique, l'alinéa 2 de l'article précité habilite le CNI à consentir, sans préjudice des règles de concurrence, des exemptions ou réduction des droits, impôts et taxes, dont la Taxe sur la Valeur Ajoutée (TVA) frappant les prix des biens produits par l'investissement lorsque l'activité industrielle est naissante, et ce, pour une période qui ne peut excéder cinq (05) ans.

Les missions du CNI, sont donc considérables. De celles-ci, et dont la plupart découlent de la fonction classique d'animation de la chaîne de l'investissement, nous retiendrons que le CNI a été rendu dépositaire, par l'ordonnance de 2001, modifiée et complétée, d'un pouvoir de décision très étendu et ce, à travers notamment les missions de fixer les conditions d'accès aux avantages et d'approuver ou non les conventions pouvant être conclues avec des investisseurs dans des projets d'envergure nationale.

Si nous devons donner un sens à l'expression « *après approbation* » utilisée par l'article 12 de l'ordonnance de 2001, modifiée et complétée, nous ne pourrions que considérer que la décision ultime en matière d'octroi d'avantages dans le cadre

de la convention d'investissement sera celle que rendra le CNI, abstraction faite du projet de décision qu'a pu prendre l'ANDI à ce propos. Cette dernière devra donc soumettre à l'approbation du CNI tout projet de décision d'octroi d'avantages à charge pour ce dernier de l'approuver ou de le révoquer. De plus, l'article 12 bis donnent compétence au CNI de se prononcer en donnant un « avis conforme » sur la fixation des critères des investissements présentant un intérêt pour l'économie nationale, établis par l'agence et formalisés par un texte réglementaire.

L'étendue des attributions du CNI s'apprécie également par sa prérogative légale de définir et de délimiter les zones à promouvoir dans lesquelles les investissements bénéficient des avantages du régime dérogatoire et ce, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 10 de l'ordonnance du 20 août 2001. Alors que dans le dispositif du décret législatif de 1993, les avantages consentis au titre des régimes particuliers étaient assis sur une réglementation assez précise des zones rentrant dans la définition de ces régimes, le nouveau dispositif de 2001 donne une compétence générale et discrétionnaire au CNI de définir les zones à promouvoir sans être lié par un texte de loi. Enfin, le renforcement du rôle du CNI transparaît également dans la modification récente dont a fait l'objet l'article 9 de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement. L'article 58 de la loi de finances pour 2014¹, en son dernier alinéa, fait bénéficier les investissements dans les filières stratégiques de l'exonération de l'impôt sur le bénéfice des sociétés (IBS) et de la taxe sur l'activité professionnelle (TAP) pendant une durée de cinq ans sans condition de création d'emplois et charge le CNI de fixer la liste de ces filières.

¹J.O.R.A n°68 du 31 décembre 2013.

b : L'agence nationale de développement de l'investissement

Créée sur le modèle des agences de promotion des investissements qui a vu le jour dans la fin des années 50¹, modèle dans lequel le développement de l'activité de promotion s'inscrit dans un mouvement général d'ouverture aux investisseurs étrangers qui a touché l'ensemble des pays, L'agence nationale de développement de l'investissement (ANDI) qui succède à l'ancienne agence (APSI) et à l'instar de cette dernière, s'est vue assigner les objectifs généraux tenant à la promotion, le développement et le suivi des investissements. Seulement, la nouvelle démarche dans laquelle s'inscrit l'action de la nouvelle institution se veut plus décentralisée de celle qui l'a précédée, puisque la loi la charge de mettre en place des guichets uniques décentralisés au niveau de chaque wilaya. Le nouvel organe se doit d'être un « outil flexible » devant assurer une décentralisation effective afin de réduire les délais de traitement des dossiers. De même, il est utile de rappeler que, contrairement à la situation antérieure de l'ancienne agence, l'ANDI n'est plus le seul organe de l'investissement. Bien qu'ayant toujours des attributions assez élevées en la matière, l'essentiel du pouvoir de décision, dans le domaine de l'investissement, lui ait été retiré au bénéfice du CNI dont elle assure le secrétariat.

Instituée par l'ordonnance n°01-03 du 20 août 2001, modifiée et complétée, dans son article 6 et régie par les articles 21 et 22, l'ANDI est un établissement public à caractère administratif doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière. En règle générale, les agences en charge de l'investissement sont fréquemment issues des services de l'Etat lui-même. Cette précision est importante à faire lorsqu'on sait que les décisions d'octroi d'avantages sont rendues au nom de

¹ Historiquement, c'est en Irlande, dès la fin des années 50 du siècle dernier, qu'est apparue la première politique d'attraction des capitaux étrangers. Elle s'y est consolidée dans les années 60 pour être ensuite progressivement étendue aux autres pays européens dans les années 1970-1980. Voir à ce propos, « *Les outils de promotion de l'investissement dans la région MEDA. Présentation et Benchmarking des A.P.I.* », Notes et Etudes ANIMA, n° 2 juillet 2004

l'agence alors qu'elles sont prises par le CNI qui a un statut de conseil et par conséquent non doté de la personnalité juridique.

Placée sous la tutelle du ministère en charge de l'investissement, en vertu de l'article 2 al 2 du décret exécutif n°06-356 du 9 octobre 2006 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'ANDI, celui-ci s'assure, dans le cadre de ses pouvoirs de tutelle, de la conformité des actions de l'agence en matière d'octroi des avantages relevant du régime général. De même, il exerce vis à vis de l'agence un suivi concernant les négociations menées par elle avec les investisseurs dans le cadre du régime dérogatoire, tout comme, il veille à la mise en œuvre par l'agence des décisions prises par le CNI.

Les missions de l'ANDI ont été définies dans les articles 21 et 22 cités plus haut. Elles ont été davantage détaillées dans les articles 3 et 4 du décret exécutif n°06-356 du 9 octobre 2006 cité lui également plus haut. Parmi ces attributions, nous avons pu dénombrer des attributions classiques qui étaient déjà assignées à l'ancienne APSI et d'autres, nouvelles qui singularisent l'ANDI. A ce titre, l'article 3 du décret exécutif n°06-356 qui affine les dispositions de l'article 21 de l'ordonnance n°01-03 relative au développement de l'investissement définit une pluralité de missions que l'agence accomplit sous le contrôle et l'orientation du ministre chargé de la promotion des investissements dans le domaine des investissements et en relation avec les administrations et organismes concernés .

Au titre de la mission d'information, l'agence est chargée d'assurer, à titre d'exemple, un service d'accueil et d'information au profit des investisseurs dans tous les domaines qui leur sont utiles. Elle est, en outre, chargée dans le cadre de cette mission, de collecter et de traiter et produire toute la documentation nécessaire à une meilleure connaissance des législations et réglementations en rapport avec l'investissement par les milieux d'affaires.

Au titre de la mission de facilitation, l'agence se charge de la mise en place du guichet unique décentralisé et de l'identification des obstacles pouvant entraver les

investissements et de porter des propositions au ministère de tutelle afin d'y remédier.

Au titre de la mission de promotion des investissements, l'ANDI entreprend toute action de promotion et de collaboration avec des organismes publics et privés tant nationaux qu'étrangers en vue promouvoir l'environnement général de l'investissement en Algérie et de démarcher l'image de marque du pays à l'étranger.

Au titre de la mission d'assistance, il échoit à l'agence de mettre en place un service de conseil en recourant au besoin à l'expertise externe. Dans le même registre, l'agence est également chargée d'organiser un service de vis-à-vis unique pour les investisseurs étrangers et d'accomplir pour leur compte, les formalités liées à la réalisation de leur projet.

Au titre de la participation à la gestion du foncier économique, l'agence continue à exercer une mission d'information auprès des investisseurs. La gestion du portefeuille foncier qui lui est dévolue conformément à l'article 26 de l'ordonnance de 2001, et à l'article 3 du décret exécutif n°06-356 du 9 octobre 2006 que nous sommes en train de d'envisager, a été attribuée à une nouvelle agence spécialisée dans la gestion du portefeuille foncier et immobilier destiné à l'investissement, l'ANIREF, en l'occurrence que nous examinerons plus tard¹. A notre connaissance, une mise en cohérence des dispositions de tous ces textes de loi qui traitent de la même mission n'a pas été effectuée.

Au titre de la mission de gestion des avantages, l'agence octroie les avantages liés à l'investissement dans le cadre du dispositif en vigueur. Elle procède à la vérification de l'éligibilité aux avantages des investissements déclarés. Elle est, en outre, chargée d'identifier les projets présentant un intérêt particulier pour l'économie nationale, sur la base des critères définis par la réglementation et endossés par le CNI. Elle est également chargée de délivrer les décisions relatives

¹ Voir infra, 236 et s.

aux avantages, tout comme elle établit les annulations de ces décisions et les retraits totaux ou partiels d'avantages.

Au titre de la mission de suivi, l'agence est principalement chargée de collecter des informations et d'assurer le suivi de l'état d'avancement des projets, tout comme elle s'assure des engagements contractés par les investisseurs au titre des conventions. Enfin, l'agence est chargée de gérer le fonds d'appui à l'investissement prévu à l'article 28 de l'ordonnance n°01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement.

De l'énumération de ces attributions, il résulte qu'il a été dévolu à l'ANDI des missions classiques puisqu'elles ressortent déjà de la compétence de l'ancienne agence et tiennent aux objectifs généraux de promotion, de développement, de suivi des investissements et d'octroi d'avantages etc. L'ordonnance de 2001 et les modifications ultérieures qu'elle a connu ont innové en ce que, le nouvel organe représenté par l'ANDI, ait été rendu affectataire de la gestion de nouvelles attributions et qui la distinguent de l'ancienne agence et qui tiennent à la gestion du fonds d'appui à l'investissement, que nous étudierons sous peu, mais également la gestion du foncier industriel jusqu'à la création en 2007 d'un organisme spécialisé en la matière. De même les prérogatives de l'agence ont été renforcées concernant le suivi de l'état d'avancement des projets initiés par les investisseurs à travers une batterie de textes réglementaires, que nous examinerons en temps opportun, consacrant un pouvoir régalien de l'Etat, par l'entremise de l'ANDI, à contrôler l'usage qui est fait des avantages qu'il consent aux investisseurs.

c- : Le guichet unique décentralisé

Le guichet unique, créé au niveau de la structure décentralisée de l'ANDI, est une des autres innovations du dispositif institutionnel de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement. Institué par les articles 23 à 25 de l'ordonnance n° 01- 03. Les attributions et les règles de fonctionnement du guichet

unique décentralisé ont été détaillées dans les articles 21 à 29 du décret exécutif n°06-355 du 9 octobre 2006 relatif à l'ANDI. Ayant vocation, selon l'article 22 du décret exécutif n° 06-355, à être implanté au niveau de chaque wilaya, la mise en place du guichet unique décentralisé s'est faite sur la base d'un planning construit à partir de l'analyse de la densité des intentions d'investissements déclarés depuis 1993. Sur cette base et dans une première étape, quatre guichets uniques régionaux ont été ouverts à Alger- Oran- Annaba et Ouargla. Plus tard, l'essaimage de ces guichets uniques décentralisés a touché l'ensemble du territoire national et les quarante- huit (48) wilayas du pays disposent désormais de leur GUD.

Placé sous l'autorité d'un directeur classé et rémunéré, selon l'article 26 du décret exécutif de 2006, par référence à la fonction de sous-directeur des services de la chefferie du gouvernement, ce dernier exerce sur les représentants des administrations et organismes publics représentés au guichet unique une autorité exclusivement fonctionnelle. Cela revient à dire, au sens de l'article 29 dudit décret que, cette autorité n'est ni organique ni disciplinaire et que leur désignation tout comme leur relève de ce guichet se fait par arrêté de l'autorité de tutelle de l'agence sur proposition de leur administration de rattachement.

Le guichet unique décentralisé de wilaya regroupe en son sein, les représentants de l'ensemble des administrations et organismes concernés par l'acte d'investissement. Ceux- ci disposent de pouvoirs réels pour prendre en charge les préoccupations de l'investisseur, même lorsqu'il s'agit de terrains industriels. Il regroupe, en son sein, outre les cadres de l'Agence elle-même, les représentants des administrations intervenant à un moment ou à un autre dans le parcours de l'investissement notamment pour les formalités liées à la constitution et à l'immatriculation des sociétés, les autorisations et permis requis notamment le permis de construire, les avantages liés aux investissements.

A ce titre, Il est chargé, de l'accueil de l'investisseur, de la réception de sa déclaration, de l'établissement et de la délivrance de l'attestation de dépôt et de la décision d'octroi d'avantages, ainsi que de la prise en charge des dossiers en rapport

avec les prestations des administrations et organismes représentées au guichet unique, de leur acheminement en direction des services concernés et de leur bonne finalisation.

Pour revenir aux attributions légales du guichet unique décentralisé, l'article 21 du décret exécutif n°06-355 pose le principe de la compétence universelle du guichet unique à l'effet de faciliter la concrétisation des projets d'investissement par l'assistance apportée aux investisseurs dans l'accomplissement des formalités nécessaires et la prise en charge rapide de leurs sollicitations. Il est à regretter cependant, que les dispositions généreuses de l'article 24 du décret exécutif n° 01-282 du 24 septembre 2001, abrogées par le décret n°06-355 n'aient pas été reconduites. Elles élargissaient le bénéfice des prestations du guichet unique décentralisé à tout promoteur d'investissement désireux d'en bénéficier, combien même l'investissement projeté ne rentrerait pas dans la typologie des investissements éligibles au bénéfice des dispositions de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement. Un recentrage des missions du GUD a donc été opéré par la nouvelle réglementation et le guichet n'est habilité à n'enregistrer que les demandes d'avantages concernant des projets d'investissements déclarés en délivrant séance tenante les attestations de dépôt.

A l'effet de pallier aux carences constatées lors de l'exercice de l'ex- APSI en matière de prise en charge rapide et diligente des demandes de prestations formulées par les investisseurs, le législateur de 2001 a introduit un certain nombre d'aménagements tendant à lier le guichet unique décentralisé par des délais assez courts pour le traitement des dossiers d'investissement. L'article 22 du décret n° 06-355 est entièrement consacré à cette procédure.

Ainsi, L'alinéa 1 de l'article 22 confère au représentant de l'agence auprès du guichet unique décentralisé la prérogative d'enregistrer la demande d'octroi d'avantages et la déclaration du projet et le lie de délivrer séance tenante les attestations de dépôt pour tous les investissements déclarés. Pour ces derniers, il prévoit une solution toujours guidée par le souci d'un traitement rapide.

L'alinéa 2, de son côté, prescrit au représentant du centre nationale du registre du commerce (CNRC) de délivrer dans la journée même, le certificat de non-intériorité de dénomination, concernant les dénominations et les noms commerciaux. Séance tenante, il délivre le récépissé provisoire permettant à l'investisseur d'accomplir les formalités préliminaires, en transmettant les dossiers d'inscription au registre de commerce déposés la matinée, à l'antenne territorialement compétente pour la signature des extraits du registre de commerce par le préposé local, avec remise, dans un délai de 48 heures au plus tard, des extraits du registre de commerce.

L'alinéa 3 dudit article charge le représentant des impôts auprès du guichet unique décentralisé de fournir toutes les informations fiscales aux investisseurs et de les assister dans leur relation avec l'administration fiscale durant la réalisation du projet.

A la faveur des nouvelles mesures de suivi de l'état d'avancement des projets d'investissement, le représentant des impôts auprès du guichet unique réceptionne les demandes d'établissement du procès-verbal d'entrée en exploitation, de l'investissement bénéficiaire d'une décision d'octroi d'avantages de réalisation. Tout comme il notifie le procès-verbal d'entrée en exploitation de l'investissement bénéficiaire d'une décision d'octroi d'avantages de réalisation, constaté par les agents de l'inspection des impôts territorialement compétente sur le site de l'investissement. Il lui incombe également d'assurer le suivi de la levée des réserves mentionnées dans le procès-verbal d'entrée en exploitation de l'investissement bénéficiaire d'une décision d'octroi d'avantages de réalisation. Enfin, il réceptionne l'état d'avancement annuel de l'investissement bénéficiaire des avantages de l'ANDI.

L'alinéa 4 charge le représentant des domaines d'informer et d'assister l'investisseur de la disponibilité de l'offre foncière ainsi que les actifs fonciers résiduels disponibles. Il informe les investisseurs sur le niveau des prix appliqué au plan local ainsi que sur leur actualisation, tout comme il suit l'élaboration de tous les

actes de concession concernant les investisseurs sollicitant les prestations du guichet unique et dont les dossiers auront été acceptés par le Calpiref.

L'alinéa 5 de la même disposition charge quant à lui, le représentant des douanes de mettre à la disposition des investisseurs les informations concernant les formalités douanières, en leur fournissant les statistiques qu'ils demandent et en instruisant certains dossiers tels que les demandes d'entrepôt privé et les autorisations de dédouanement. Il informe les opérateurs sur l'évolution de leurs dossiers au niveau des services centraux et extérieurs des douanes et leur organise des rendez-vous s'ils le souhaitent.

Le représentant de l'urbanisme est chargé, en vertu de l'alinéa 6, d'assister l'investisseur dans l'accomplissement des formalités liées à l'obtention du permis de construire et autres autorisations relatives au droit de bâtir. Il est en outre, chargé de fournir les renseignements utiles sur la conformité de l'activité projetée sur le site, objet du projet d'investissement sollicité, par rapport aux instruments d'urbanisme tels que le plan d'occupation des sols (POS) etc. Il fait accomplir au sein de la direction de l'urbanisme et de la construction, l'ensemble des formalités relatives à la délivrance des documents à l'investisseur, dans les plus brefs délais.

L'alinéa 7 enjoint au représentant de l'aménagement du territoire et de l'environnement, d'informer l'investisseur sur le schéma régional d'aménagement du territoire, sur les études d'impact ainsi que sur les dangers et risques majeurs. Il assiste également l'investisseur en vue de l'obtention des autorisations exigées en matière de protection de l'environnement.

L'alinéa 8 de l'article 25 du même décret confère au représentant de l'emploi auprès du guichet unique décentralisé, le pouvoir de délivrer les permis de travail et tout autre document requis par la réglementation du travail.

Le représentant de l'APC est chargé par l'alinéa 9 dudit décret, de procéder, séance tenante, à la légalisation de tout document nécessaire à la constitution du dossier d'investissement.

Enfin, il est utile de noter que l'article 23 du décret charge le directeur du guichet unique décentralisé, d'être l'interlocuteur unique de l'investisseur étranger. Il est en quelque sorte le « guichet unique du guichet unique » des investisseurs étrangers.

Après avoir passé en revue les structures administratives en charge de la facilitation de l'acte d'investissement, nous allons examiner les structures et instruments financiers qui interviennent dans ce cadre.

B- Les structures financières de facilitation

Dans l'énumération des structures et modalités de financement des investissements, nous ne procéderons pas comme nous l'avons fait pour les structures administratives, au vu de l'importance de ces dernières. Nous adoptons cette fois-ci l'ordre chronologique de création. Il est évident que cette présentation n'est pas limitative, car il existe d'autres techniques et modalités de financement de l'investissement que nous excluons du cadre de cette analyse.¹

a- : Le fonds d'appui à l'investissement

Le fonds d'appui à l'investissement fait partie de ces instruments financiers mis en place dans le cadre de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au

¹ A titre d'illustration, les techniques du Build, Operate and Transfer (B.O.T) qui, schématiquement, consiste à permettre à une entreprise multinationale de réaliser l'ouvrage de le gérer durant une période définie contractuellement, mais qui reste assez longue afin de permettre un réel amortissement des fonds engagés, et en fin de cycle, restituer cet ouvrage au pays propriétaire. Le Project Financing., de son côté, consiste à rassembler et à combiner les divers apports de fonds nécessaires à des investissements de grande envergure, privés, publics ou mixtes, en s'assurant de leur viabilité financière. Il se caractérise par le fait que les apports de fonds seront majoritairement rémunérés par les flux générés par le projet lui-même. Ce dernier a été le mode de financement privilégié des unités de dessalement d'eau de mer ainsi que les complexes d'ammoniac et d'urée d'Arzew réalisés en partenariat entre Sonatrach et l'égyptien Orascom pour l'un et une entreprise omanaise pour l'autre. L'emprunt obligataire quant à lui, a permis le financement d'une partie des investissements de certaines entreprises publiques comme privées nationales. Enfin, les crédits commerciaux classiques participent également au financement des investissements.

développement de l'investissement, à l'effet d'accompagner l'effort financier des investisseurs par des mesures destinées à atténuer la contrainte du financement de leurs opérations d'investissement.

Institué par l'article 28 de l'ordonnance n°01-03 du 20 août 2001, ce fonds a été créé sous forme d'un compte d'affectation spéciale, et est destiné, selon les termes de l'article 2 du décret exécutif n°02-295 du 14 septembre 2002, « à financer la prise en charge de la contribution de l'Etat dans le coût des avantages consentis aux investissements, notamment les dépenses au titre des travaux d'infrastructures nécessaires à la réalisation de l'investissement... ». Seulement, le décret exécutif n° 06- 417 du 22 novembre 2006¹, modifiant et complétant le décret de 2002 procède à une modification de sa mission en la réduisant quelque peu et le charge seulement « ... de la prise en charge de tout ou partie des frais induits au titre des actions de promotion et de suivi des investissements. » Toujours en vertu du même texte, il revient au CNI d'arrêter la nomenclature des dépenses susceptibles d'être imputées à ce compte, alors que la gestion du fonds d'appui à l'investissement revient, selon l'article 3 du décret exécutif n°02-295 du 14 septembre 2002, à l'ANDI.

Le fonds d'appui à l'investissement a été effectivement mis en place dans le cadre de la loi n° 01-21 du 22 décembre 2001 portant loi de finances pour 2002. L'article 227 de ce texte de loi autorise l'ouverture dans les écritures du trésor d'un compte d'affectation spéciale n°302-107 intitulé « fonds d'appui aux investissements ». D'une façon générale, ce fonds est donc destiné à financer les dépenses induites par les opérations de promotion de l'investissement et notamment les frais engagés dans l'organisation de séminaires, journées d'études et autres supports de promotion et démarchage. Le volet suivi de l'investissement assigné à ce fonds nous semble quelque peu problématique. Cette mission est, comme nous venons de le voir, confiée à des structures telles que l'ANDI et le GUD. Le

¹J.O.R.A n° 74 du 22 novembre 2006.

personnel et les moyens de ces dernières comptent parmi leur mission ordinaire de procéder au suivi des investissements. Nous ne voyons, donc pas, l'utilité d'affecter des fonds supplémentaires pour la réalisation de l'opération de suivi, sauf si nous n'appréhendons pas le sens du terme suivi, de la même manière que le fait le législateur.

Pour ce qui concerne les instruments financiers extérieurs à l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement et destinés à atténuer la contrainte du financement, nous pouvons énumérer la loi n°01- 12 du 19 juillet 2001 portant loi de finances complémentaire pour 2001 qui a inclut deux dispositions considérées comme étant des mesures financières d'encouragement à l'investissement. Dans la première, et il s'agit de l'article 32, par lequel il a été ouvert un compte d'affectation spéciale n°302-106 intitulé « fonds de partenariat ». Ce fonds devait prendre en charge les études et charges relatives au processus de partenariat et d'ouverture de capital des entreprises publiques, mais également les coûts d'accompagnement des opérations de privatisation, notamment le financement des plans sociaux.

La deuxième disposition de la loi de finances complémentaire pour 2001 est représentée par l'article 20 qui établit la possibilité de faire bénéficier les sociétés de leasing (crédit-bail) des avantages prévus par la législation , au titre des contrats de leasing conclu avec des investisseurs pour l'acquisition de biens d'équipement rentrant dans le cadre de la réalisation de leurs investissements, entendus au sens de la législation sur les investissements ,c'est-à-dire l'ordonnance n°01-03 du 20 août 2001.

b- La société de capital-investissement

Les sociétés de capital investissement sont régies par la loi n° 06-11 du juin 2006 relative à la société de capital investissement¹ qui définit ce type de société

¹J.O.R.A n° 42 du 25 juin 2006.

comme ayant pour objet, selon l'article 2, « *la participation dans le capital social, et toute opération consistant en des apports en fonds propres et en quasi fonds propres dans les entreprises en création, en développement, en transmission ou en privatisation.* »

L'activité de capital investissement est exercée par la société pour son propre compte ou pour le compte de tiers et selon le stade de développement de l'entreprise, objet du financement. Elle intervient au moyen de la souscription ou de l'acquisition d'actions ordinaires, de certificats d'investissement, d'obligations convertibles en actions, de parts sociales et de façon générale de toutes les autres catégories de valeurs mobilières assimilées à des fonds propres.

Plus connu sous l'appellation de capital-risque, ce mode de financement consiste, pour des investisseurs en capital, en la prise de risque, en devenant des actionnaires d'une société non cotée en bourse, et dont ils n'assurent pas la direction. Par contre, ils l'assistent de leur compétence technique et le rôle du gestionnaire du fonds est d'identifier, sélectionner, négocier et procéder aux investissements en apportant son savoir-faire et son expertise pour faire fructifier l'entreprise, la développer et éventuellement la vendre avec profit.

La société de capital investissement est créée sous la forme d'une société par actions. Le capital social minimum prévu par l'article 2 du décret exécutif n° 08-56 du 11 février 2008 relatif aux conditions d'exercice de l'activité de la société de capital investissement¹, est de cent (100) millions de dinars algériens. Il peut être détenu par des investisseurs publics ou privés, personnes morales ou physiques, résidentes ou non-résidentes.

L'exercice de l'activité est soumis à autorisation préalable délivrée par le ministre chargé des finances après avis de la COSOB et de la Banque d'Algérie.

De ce qui précède, nous déduisons que le capital investissement est une technique de financement des investissements qui s'opère par des prises de

¹J.O.R.A n° 09 du 24 février 2008.

participations minoritaires et temporaires dans le capital d'une société. Il prend plusieurs formes définies par l'article 3 de la loi citée plus haut dont, le capital risque pour financer la création d'entreprise, le capital développement destiné au financement du développement de l'entreprise, le capital transmission à travers le rachat d'une entreprise par un acquéreur interne ou externe, et enfin, par le rachat des participations d'un autre capital investisseur.

L'intervention de la société de capital investissement permet de renforcer les fonds propres de la société financée et, par la même, améliorer les capacités d'endettement auprès des banques. L'autre avantage du capital investissement pour un jeune promoteur est celui d'être associé à un partenaire financier apportant également une expertise et des compétences managériales.

L'intervention de la société de capital investissement se fait sans prise de garanties réelles ou personnelles et, de ce fait, elle partage les pertes et les profits à concurrence de sa participation.

L'article 5 du décret exécutif du 11 février 2008, fixe à la société de capital investissement un taux maximal de participation de 49% au capital d'une même entreprise.

Les sociétés de capital investissement sont assez présentes en Algérie. Même si leur nombre n'est pas très élevé, le recours à ce mécanisme de financement des PME attire de plus en plus d'opérateurs économiques. A l'origine, et bien avant la mise en place d'un cadre juridique spécialement dédié à ce type de sociétés, la toute première société de capital-risque à être créée en Algérie a été la Financière Algéro-Européenne de Participations, par abréviation Finalep /SPA, et ce, en date du 30 juin 1991. Les actionnaires étaient représentés par deux banques publiques algériennes, la BDL et le CPA et d'un autre côté, par la caisse centrale de coopération économique, devenue Agence Française de Développement (AFD). Plus tard, un quatrième partenaire est venu se greffer à ce montage financier, à savoir la Banque Européenne d'Investissement (BEI) qui a fait son entrée dans le capital de la Finalep

en 1995. Depuis, ce capital-investisseur s'est engagé dans une dizaine de projets, dont cinq en création et deux en développement.

Afric Invest est un autre fonds de capitaux propres privés présent en Algérie. Les principaux actionnaires et les investisseurs de ce fonds sont : FMO (agence de développement néerlandaise), BIO (Fonds de développement belge), la BEI (Banque européenne d'investissements), ainsi qu'un investisseur public finlandais¹. Afric Invest est géré par AfricInvest-TunInvest Group, fondé en 1994. La plupart des participations de ce groupe ont été effectuées en Tunisie. La proximité avec l'Algérie lui a permis une implantation réussie. Ce capital investisseur a réalisé des participations dans un certain nombre de PME algériennes. Outre la Nouvelle Conserverie Algérienne de Rouiba (NCA) qu'il a accompagné dans son introduction à la Bourse d'Alger, ce fonds a pris des participations dans des entreprises privées à l'image de la société Général Emballage. D'autres sociétés de capital-risque, comme Djazair Istithmar créée entre les banques publiques, la BDL (70%) et la CNEP- Banque (30%) ont elles aussi émergé dans ce créneau d'activité. Enfin, sur les avantages spécifiques consentis à ce type d'activité, il y a lieu de souligner que les sociétés de capital-risque bénéficient d'une exonération au titre de l'impôt sur les bénéfices des sociétés (IBS) et ce, pour une période de cinq (05) années, à compter du début de leur activité et ce, conformément à l'article 27 de la loi n° 06-11 du 24 juin 2006 relative à la société de capital investissement.

c- : Le fonds national d'investissement

Le fonds national d'investissement (FNI), est un fonds d'investissement public qui a été créé en vertu de l'article 55 de la loi de finances complémentaire pour 2009. A ses débuts, ce fonds s'était substitué à la Banque Algérienne de Développement (BAD), sous la dénomination nouvelle de Fonds National

¹In, le quotidien Liberté du 13 février 2013.

d'Investissement- Banque algérienne de développement. L'article 56 de la même loi de finances, le dote d'un capital de cent cinquante (150) milliards de DA. A cette dotation de départ, l'état C relatif à la répartition par secteur des dépenses à caractère définitif de la loi de finances complémentaire pour 2010¹ lui ajoute une dotation supplémentaire de 75 milliards de DA, soit un total d'environ deux (02) milliard d'Euros². Issu de la restructuration d'une banque, le FNI hérite de ce fait, du statut institutionnel de celle-ci et prend la forme d'une société par actions (SPA). Plus tard, l'article 37 de la loi de finances complémentaire pour 2011³ est venu modifier encore une fois sa dénomination, son statut et préciser sa mission en disposant : « *Le Fonds National d'Investissement -Banque algérienne de développement (FNI-BAD) prend la dénomination de Fonds National d'Investissement (par abréviation F.N.I). Le FNI est une institution financière publique spécialisée, chargée de concourir au financement de l'investissement en vue de la réalisation des objectifs de développement national. Le FNI n'est pas soumis au contrôle prudentiel prévu par l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit.*

Les statuts du Fonds National d'Investissement (FNI) sont fixés par voie réglementaire... » Plus précisément encore, l'article 76 de la loi de finances complémentaire pour 2009 attribue au FNI la faculté de créer des filiales, de prendre des participations dans des sociétés existantes ou à créer, et enfin financer des projets d'investissements et fixer les conditions de leur financement. Il pourra accomplir ces missions lorsque le Conseil des Participations de l'Etat l'en chargera, selon la même disposition. Cette précision lève quelque peu le voile sur l'autorité de rattachement du fonds.

De ce qui précède, nous pouvons déduire que le rôle principal du FNI consiste, en sa qualité d'organisme financier soutenant la concrétisation de la politique de

J.O.R.A n° 49 du 29 août 2010.

² Les autorités monétaires pensent augmenter les dotations du fonds au fur et à mesure du développement de ses activités.

³J.O.R.A n°40 du 20 juillet 2011.

développement, à gérer les financements du Trésor destinés au secteur productif et d'administrer les concours définitifs octroyés par l'Etat pour financer des opérations d'équipement public. Cette vocation, selon certains avis¹, l'éloigne de la définition usuelle des fonds souverains et le rapproche davantage du modèle de la Caisse de dépôts française dans son rôle d'investisseur institutionnel. Le Fonds, dans son mandat originel se devait de prendre des participations notamment, dans le capital des petites et moyennes entreprises du secteur privé national qui le souhaitent et dans les secteurs d'activités en relation avec ses orientations stratégiques. Les critères d'investissement du Fonds en prises de participation exigent que le projet doive satisfaire à l'ensemble des critères économiques de placement et qu'il ait un impact substantiellement positif sur le développement économique. Ces prises de participation sont limitées à une durée à convenir entre les deux parties concernées et destinées à financer des investissements de création, d'extension ou de réhabilitation d'entreprises, ou des opérations d'augmentation de capital des entreprises privées nationales concernées y compris en prévision de la conclusion d'un partenariat avec un opérateur étranger. Loin de concrétiser cette vocation, les premières activités du FNI, entamées depuis sa création, l'ont amené à ne contribuer qu'aux programmes d'investissement de nombreuses entreprises publiques. Cette préférence pour le secteur public s'est essentiellement illustrée par des injections massives de capitaux dans un certain nombre d'entreprises réputées stratégiques.

Le processus a été engagé dès juillet 2009 avec le groupe des cimenteries publiques Gica, à qui, un prêt d'un montant de 180 milliards de dinars à échéance de plus de 20 ans, a été consenti. En contrepartie de quoi, le groupe devait porter sa production annuelle de 11 millions de tonnes à 18 millions de tonnes en 2014. L'une des interventions les plus importantes du FNI a concerné le renouvellement de la flotte d'Air Algérie. Plus récemment encore, le programme de développement

¹ C'est notamment le cas de Hassan Haddouche dans une tribune publiée dans le quotidien Liberté du 20 novembre 2013, qui a été suivie d'une autre tribune du même auteur publiée dans le même journal sous le titre « *l'irrésistible ascension du FNI* », en date du 1^{er} décembre 2010.

de l'opérateur public dans l'industrie pharmaceutique, Saïdal a mobilisé des prêts à long terme consentis par le FNI, estimés à plus de 100 milliards de dinars.

Parallèlement à ces nombreuses actions de financements de certaines des plus grandes entreprises publiques, le FNI commençait à faire l'apprentissage de prises de participation dans des entreprises publiques et privées. Peu de temps après sa création, en novembre 2009, le FNI avait contribué au plan de croissance de Cosider, leader national des travaux publics. Cela s'était traduit par la substitution pure et simple du fonds d'investissement public aux anciens actionnaires de la société, la Banque Extérieure d'Algérie (BEA) et le holding public du secteur, la SGP Injab, en l'occurrence¹. Par cette opération, le FNI est devenu le propriétaire et l'actionnaire unique de Cosider, SPA moyennant un investissement de 4 milliards de dinars.

Cette première prise de participation a été suivie par l'intervention du FNI, aux côtés de la BEA et du groupe AXA, dans l'accord de partenariat qui a permis au numéro un mondial de l'assurance de s'installer en Algérie. Il s'agit de la première prise de participation du FNI dans le capital d'un projet d'investissement réalisé en partenariat avec une entreprise étrangère. Le fonds public dispose d'une minorité de blocage de 36% dans les 2 filiales de la nouvelle société dans lesquelles il a investi environ 1 milliard de dinars.

La deuxième et non moins importante intervention du fonds concerne le partenariat établi entre la SNVI et le constructeur Français Renault chargé de la réalisation d'une usine automobile dans la région d'Oran. La répartition du capital dans la société mixte qui a été créée fait ressortir une intervention du FNI à hauteur de dix-sept (17) % dans le capital de la société.

En 2009, Le FNI avait été l'instrument majeur d'un plan de sauvetage du papetier privé Tonic Emballage, en situation de faillite. L'intervention du fonds s'est concrétisée par le rachat des dettes que des banques publiques détenaient sur

¹Voir à ce sujet, le quotidien El- Watan du 27 avril 2010.

l'entreprise suite à un crédit contracté au début des années 2000, le plus gros crédit de l'histoire en Algérie, plus de 80 milliards de dinars (1,1 milliard de dollars) dont 65 milliards engagés par la seule Badr Bank. Depuis, le Groupe Tonic Emballage a cédé la place à Tonic Industrie et est devenu une entreprise publique économique (EPE). Ses 10 sociétés sont devenues la propriété de l'Etat. La gestion du portefeuille des titres de ces dix Sarl a été confiée, par décision du directeur général du Trésor, à la Société de gestion des participations de l'Etat Chimie-Pharmacie (SGP – GEPHAC).

Tout récemment encore, la presse nationale¹ vient de faire état du règlement définitif du contentieux Djezzy entre l'Etat algérien et le groupe russo-norvégien vimplecom, qui s'est concrétisé par un accord portant sur une cession d'actions, sans recours au droit de préemption reconnu à l'Etat par l'article 4 quinqués de l'ordonnance de 2001, d'une valeur de 2,643 milliards de dollars que le Fonds national d'investissement (FNI) a dû déboursier pour prendre le contrôle du capital d'Orascom Telecom Algérie. Cette acquisition permet désormais à l'Etat algérien d'être propriétaire de 51% des actions par l'entremise du FNI. La conclusion de la convention d'achat d'action a été signée à Paris en date du 18 avril 2014.

Les différentes opérations initiées par le FNI ont été jugées relativement modestes au regard de l'importance de sa surface financière et ne représenteraient qu'une contribution financière d'environ 7 milliards de dinars (moins de 70 millions d'euros) soit à peine un peu plus de 1% du bilan de l'institution².

Les interventions du fonds public d'investissement, appelé également « *le fonds des fonds* » ont été jugées sélectives par un grand nombre d'observateurs de l'économie algérienne, mais surtout par ceux-là qui en sont les principaux acteurs, c'est-à-dire les industriels eux-mêmes. Les associations patronales ont même accusé le FNI de pratiquer une discrimination entre les entreprises publiques et les entreprises privées, et se demandaient pourquoi le FNI ne serait-il pas, comme l'y

¹ Les quotidiens El Watan et le Quotidien d'Oran du 19 avril 2014.

² Selon la tribune de H. Haddouche, citée plus haut.

invite ses statuts et sa vocation, un instrument de développement des PME privées nationales. Les organisations patronales ont porté haut et fort cette revendication et il semble qu'elles ont été entendues, puisque la dernière réunion tripartite¹ a décidé d'élargir le domaine d'intervention du FNI, qui s'est spécialisé jusque-là dans le financement du secteur public. Désormais, le FNI interviendra dans le financement des entreprises privées selon des engagements fermes des pouvoirs publics pris lors du forum cité plus haut². Le degré de participation du fonds dans le capital des entreprises privées sera limité au seuil que définit l'article 4 *quater* de l'ordonnance du 20 août 2001, modifiée et complétée, à savoir une participation qui ne peut être inférieure à 34%.

d-: Le financement extérieur

L'ordonnance n°09- 01 portant loi de finances complémentaire pour 2009, a, en son article 58, modifié et complété l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement par l'ajout d'un article 4 bis. Ce dernier, en son dernier alinéa, a posé la règle du financement local des investissements. A cet effet, il a disposé que : « *Les financements nécessaires à la réalisation des investissements étrangers, directs ou en partenariat, à l'exception de la constitution du capital, sont mis en place, sauf cas particulier, par recours au financement local... »*

¹Réunion du 23 février 2014. La tripartite est un espace de concertation et de décision regroupant l'Etat et les organisations syndicales patronales et des travailleurs.

² Malgré l'annonce solennelle de cette mesure, les organisations patronales continuent à exprimer une certaine réserve vis-à-vis de cette décision en réclamant des mécanismes concrets de mise en œuvre, mais surtout, en reprochant au FNI d'adopter les mêmes méthodes de l'analyse du risque que celles pratiquées par les banques commerciales. Ces dernières exigent souvent le risque zéro qui n'est pas très compatible avec l'esprit d'entreprise. Voir à ce sujet, le quotidien El- Watan du 9 mars 2014.

Intervenant dans un contexte d'aisance financière par suite de l'augmentation quasiment ininterrompue des recettes pétrolières¹, la position officielle vis-à-vis des investissements étrangers en matière de financement présentait cet excédent des liquidités internes comme un avantage comparatif de l'attractivité du marché algérien. Alors que le climat économique mondial était jugé morose des suites de la crise financière mondiale de 2008, l'Algérie présentait des indices macro-économiques satisfaisants. Un ministre de l'économie est allé jusqu'à proclamer que l'Algérie n'avait pas besoin de capitaux des investisseurs étrangers mais de leur savoir-faire. Aussi, dans la conjoncture de l'époque, les sociétés étrangères étaient appelées à financer leurs projets d'investissement par des ressources internes afin d'éponger l'excédent de liquidités. Cela permettait par la même occasion, d'éviter le recours à l'endettement extérieur.

Plus tard, et bien que les agrégats macro-économiques de l'Algérie soient toujours stables, la baisse des recettes pétrolières qui est observée depuis 2011, a commandé une gestion prudente qui s'est caractérisée sur le plan du financement des investissements étrangers, par un petit revirement de la politique suivie en la matière. Il s'agit de la réintroduction de l'apport en compte courant des associés.

Le décret exécutif n° 13-320 du 26 septembre 2013 précisant les modalités de recours aux financements nécessaires à la réalisation des investissements étrangers directs ou en partenariat², a admis, en vertu de l'article 2, qu'un apport en compte courant peut être mis à la disposition d'une société créée dans le cadre d'un investissement étranger.

C'est donc par référence au dernier alinéa de l'article 4 bis de l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001, modifiée et complétée, relative au développement de l'investissement, que ce nouveau décret exécutif définit les modalités de recours aux financements nécessaires à la réalisation des investissements étrangers directs ou en

¹Le ministre des finances Karim Djoudi, à l'occasion des débats sur le budget pour 2010 devant l'APN, en date du 16 novembre 2009, faisait part d'un accroissement des liquidités bancaires de 56,68% en 2006, de 74,48% en 2007 et de 42,2% en 2008. A ce propos, voir le quotidien El-Watan du 17 novembre 2009.

²J.O.R.A n° 48 du 29 septembre 2013.

partenariat. L'article 4 bis laissait la possibilité au règlement, en tant que de besoin, de préciser les modalités d'application de ces dispositions. Ce texte réglementaire a été matérialisé par ce décret. Il est à rappeler que cette pratique des apports en comptes courant d'associés a été prohibée par une note de la direction générale des changes de la Banque d'Algérie datée du 9 décembre 2010¹, qui est venue préciser le traitement qui devra être réservé aux avances de trésorerie consenties par des sociétés mères non-résidentes à leurs filiales de droit algérien. En termes plus précis, ces nouvelles dispositions prohibent le recours par les sociétés de droit algérien au financement externe, à l'exception de la constitution de leur capital social.

La diversification de la source de financement de l'investissement étranger direct, que le décret exécutif de 2013 consacre, en permettant les apports en compte courant, constitue un signe de flexibilité à l'adresse des investisseurs, puisqu'elle constitue une dérogation, limitée dans le temps, au principe du financement local. En effet, le financement se trouve limité à une durée de trois ans, car passé ce délai les apports devront être transférés au capital de la société, selon les dispositions de l'article 2 du décret. Ceci peut engendrer de sérieux problèmes au regard de la nouvelle règle 51/49 de répartition de capital entre associé national et associé étranger car, la conversion de ces apports en compte courant en capital va avoir pour effet immédiat de faire augmenter sa quote-part dans le capital de la société.

Après avoir passé en revue les différentes structures qu'elles soient administratives ou financières, intervenant dans la chaîne de l'investissement, nous allons nous pencher sur une autre mission, nouvelle celle-là, comparativement au dispositif d'avant 2001. Il s'agit de la gestion du portefeuille immobilier destiné à recevoir des implantations industrielles.

¹Voir à ce propos, le quotidien Liberté du 20 décembre 2010.

PARAGRAPHE II- : L'organisation d'une nouvelle mission de facilitation : le foncier industriel

De prime abord, nous tenons à souligner que cette mission est qualifiée de nouvelle par comparaison au dispositif législatif et réglementaire de l'investissement qui a précédé l'ordonnance du 20 août 2001. Il est vrai que la pratique empirique de ce dispositif a graduellement intégré cette charge dans ses missions par des textes extérieurs à la législation sur l'investissement. Cette vocation n'a pas été formalisée dès l'adoption du décret législatif du 5 octobre 1993 relatif à la promotion de l'investissement.¹ C'est pour cette raison que nous considérons qu'elle est nouvelle.

Le foncier industriel est répertorié parmi les plus importants obstacles à l'investissement en Algérie, aussi bien par les promoteurs industriels eux-mêmes que par les pouvoirs publics, à telle enseigne que les observateurs du climat des investissements y voient un « *désavantage comparatif*² » d'autant que les prix du foncier industriel pratiqués en Algérie sont supérieurs à ceux observés, à titre d'exemple, en Tunisie (foncier localisé dans les zones industrielles sans avantages) ou en France (prix pratiqués dans les zones industrielles en périurbain de la région du Doubs)³.

Cet état de fait est le résultat d'une série de facteurs objectifs pour certains d'entre eux, alors que d'autres, relèvent des dysfonctionnements attribués aux différents organes chargés de la facilitation dans ce domaine précis de l'octroi de

¹ Le CALPI a été créé par une instruction interministérielle n°28 en date du 15 mai 1994 relative aux modalités d'assistance et de facilitation en matière d'attribution de terrains aux investisseurs. Créé au niveau de chaque wilaya, il se devait de prendre en charge toutes sollicitations en matière foncière, exprimées par les investisseurs ou par le guichet unique de l'A.P.S.I.

² Par référence à contrario à la théorie de l'avantage comparatif de David Ricardo dans son ouvrage « *Des principes de l'économie politique et de l'impôt* » 1817. La théorie associée à l'avantage comparatif explique que, dans un contexte de libre-échange, chaque pays, s'il se spécialise dans la production pour laquelle il dispose de la productivité la plus forte ou la moins faible, comparativement à ses partenaires, accroîtra sa richesse nationale.

³ Selon une comparaison internationale réalisée dans une étude de l'ANIREF « *Bilan des opérations de mise en concession réalisées* » Avril 2011.

l'assiette foncière. Les conditions objectives ont fait que le marché de la promotion immobilière industrielle n'ait pas eu le dynamisme nécessaire pour répondre aux demandes d'assiettes foncières destinées à des implantations industrielles. A cela, une raison historique, observée par M. Haroun¹, peut expliquer les contraintes majeures qu'a connues le marché de la promotion immobilière industrielle. Il s'agit de la situation héritée de la phase pré-libérale avec la nationalisation des terres dans le cadre de la révolution agraire et la constitution des réserves foncières au profit des communes par la grâce de l'ordonnance n° 74-26 du 20 février 1974 portant constitution de réserves foncières au profit des communes², abrogée depuis. Ce texte visait clairement la réduction des propriétés privées existantes et l'interdiction des transactions immobilières avec l'intégration de celles-ci dans un circuit strictement administratif. Avec le passage à une économie libérale, l'Etat s'est trouvé tout naturellement, malgré lui impliqué dans la gestion et la régulation du marché de la promotion immobilière industrielle et ce malgré la levée des contraintes que nous venons de signaler. Il se devait de prendre en charge cette mission nouvelle qui vient en continuation de toutes les mesures d'encouragement et de facilitation symbolisées par les incitations fiscales et autres accordées aux investisseurs. Cependant, les organes étatiques ne peuvent intervenir que dans le cadre des biens du domaine privé de l'Etat, car ils n'ont plus de prise sur la promotion immobilière industrielle privée, qui comme le suggère son statut, est régie par les déterminants du marché. Or, il est paradoxal de constater que la situation du foncier industriel en Algérie est jugée problématique alors même que les biens relevant du domaine privé de l'Etat sont considérables, lorsque l'on sait que le législateur a en plus, doté ce portefeuille foncier de l'apport des actifs

¹In, « *Le régime des investissements en Algérie* »...op.cit., p, 367.

²Ordonnance n° 74-26 du 20 février 1974 portant constitution de réserves foncières au profit des communes. J.O.R.A. n°19, du 5 mars 1974. Ce texte prévoyait que les terrains de toute nature appartenant à des particuliers et qui sont incluses dans les limites du périmètre d'urbanisation doivent satisfaire en priorité les besoins familiaux des propriétaires en matière d'habitation. Toutefois, les superficies en excédent sont intégrées dans les réserves foncières communales afin de servir d'assiette aux investissements de toutes natures de l'Etat et des autres personnes publiques.

dormants constitués par le patrimoine immobilier des entreprises publiques nationales et locales dissoutes tout au long de la décennie 90 et qui ont libéré un appréciable lot d'actifs immobiliers. Ceci est encore plus paradoxal au regard des capacités du pays en superficie, et qui est de ce fait suffisamment doté de surfaces à même de recevoir des implantations industrielles.

En tout état de cause, nous comptons examiner cette mission de la gestion du portefeuille foncier industriel à travers deux séries de questions. La première a trait aux organes en charge de cette mission (A). La seconde se penchera sur les procédés juridiques de l'octroi de l'assiette foncière (B).

A- : Le dualisme en matière d'organes ad hoc

L'état actuel du dispositif institutionnel chargé de la gestion du foncier industriel fait ressortir la présence de deux organes spécialement créés à cet effet : il s'agit de l'Agence Nationale d'Intermédiation et de Régulation Foncier (ANIREF) et du Comité d'Assistance à la Localisation et à la Promotion des Investissements et de la Régulation du Foncier (CALPIREF) que nous allons examiner sous peu. Cependant, à titre de rappel, il serait utile de revenir à la proche période qui a précédé l'avènement de ces deux organes.

A l'effet d'apporter des réponses à ce facteur gênant à l'acte d'investissement, le dispositif issu de l'ordonnance de 2001 avait dévolu à l'ANDI, par le truchement de l'article 26, la gestion d'un portefeuille foncier et immobilier, constitué par les actifs résiduels des entreprises publiques dissoutes, représentant des immeubles bâtis et non bâtis. Nous rappelons que la gestion du foncier industriel était auparavant du ressort des CALPI institués au niveau de chaque wilaya et que l'agence de promotion de l'époque, l'APSI en l'occurrence, n'avait aucune emprise réelle sur les décisions d'affectation des terrains à usage industriel, en ce que les textes organisant ses missions ne lui conféraient aucune attribution précise en matière de gestion du portefeuille foncier industriel.

Dans le sillage des dispositions de l'ordonnance n°01-03 relative au développement de l'investissement et de l'article 3 du décret exécutif n° 01- 282 relatif à l'ANDI, le législateur avait doté ce portefeuille foncier par l'apport des actifs dormants que nous avons évoqué plus haut. Dans ce cadre, l'article 80 de la loi n°02 -11 du 24 décembre 2002 portant loi de finances pour 2003 a introduit des dispositions nouvelles en matière de cession, de concession ou de location de gré à gré des actifs résiduels des entreprises publiques dissoutes. En effet, cet article 80 permettait la cession, la concession ou la location des immeubles bâtis ou non- bâtis constituant les actifs résiduels des entreprises économiques dissoutes au profit des investisseurs, sur autorisation du ministre chargé du domaine national, et ce, dans le cadre de l'ordonnance de 2001 relative à la promotion de l'investissement. Il est vrai que par cette mesure, le législateur avait répondu à une attente exprimée depuis fort longtemps par les investisseurs et ce, malgré les fortes résistances qu'avait manifesté à l'époque, la représentation nationale lors de l'examen du projet de loi de finances pour 2003.

Aussi, l'ANDI était donc chargée, en vertu de l'article 3 du décret exécutif n° 01-282 du 24 septembre 2001 relatif à l'ANDI, de gérer le portefeuille foncier et immobilier destiné à l'investissement tel que prévu à l'article 26 de l'ordonnance de 2001. Ce dernier décret ayant été expressément abrogé par le décret exécutif n°06- 356 du 9 octobre 2006 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'ANDI, l'agence n'en a pas moins gardé, au titre de ses missions, la gestion du portefeuille foncier.

Après ce bref rappel, et à partir de 2007, nous avons assisté à une sorte de compétences croisées entre deux organes ad hoc créés pour les besoins de la gestion du foncier industriel, à propos desquels, il va falloir démêler l'écheveau de leurs interventions respectives.

a- : La création d'un organe spécialisé : L' ANIREF

Le décret exécutif n° 07-119 du 23 avril 2007 portant création de l'Agence Nationale d'Intermédiation et de Régulation du Foncier (ANIREF)¹, modifié et complété, plus tard, par le décret exécutif n°12-126 du 19 mars 2012², en vertu de ses articles 4 et 5, charge l'agence d'assurer une mission de gestion et de promotion de son portefeuille foncier et immobilier tout comme elle peut être chargée d'une mission de gestion, de promotion, d'intermédiation et de régulation foncières. Nous sommes en présence d'un schéma de compétence assez générale, à cette exception près, que certains secteurs particuliers, à l'image du tourisme et l'hôtellerie³, disposent de leur propre agence de gestion foncière. Dans ce contexte, l'Agence Nationale de Développement du Tourisme(ANAT), créée en vertu du décret exécutif n°98-70 du 21 février 1998⁴, s'identifie comme un outil spécialisé dans la gestion, le développement, la préservation, l'utilisation et l'exploitation du foncier touristique.

De façon concomitante à la création de l'Aniref, un autre organe a été créé à la même date, en vertu du décret exécutif n°07-120 du 23 avril 2007 ; il s'agit du Comité d'Assistance à la Localisation et à la Promotion des Investissements et de la Régulation du Foncier (CALPIREF). Ce dernier avait hérité de missions très générales de constitution de banques de données de l'offre foncière, d'assistance aux investisseurs pour localiser les terrains d'implantation des projets d'investissement et l'observation du marché du foncier et de l'immobilier destiné à l'activité économique. En somme, le comité était déchargé de la mission de gestion directe du portefeuille foncier industriel. Il est important de souligner dès à présent les attributions de ces deux organes, car l'évolution ultérieure des textes de loi a purement et simplement interverti leurs missions respectives.

¹J.O.R.A n° 27 du 25 avril 2007

²J.O.R.A n°17 du 25 mars 2012

³Loi n°99-01 du 6 janvier 1999 fixant les règles relatives à l'hôtellerie. J.O.R.A n° 2 du 10 janvier 1999.

⁴J.O.R.A n° 11 du 1^{er} mars 1998

En vertu des textes la créant, l'Aniref est un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC), doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Elle est régie par les règles applicables à l'administration dans ses relations avec l'Etat et est réputée commerçante dans ses rapports avec les tiers. L'agence est placée sous la tutelle du ministre du développement industriel et de la promotion de l'investissement. Des structures locales de l'agence peuvent être créées en tout lieu du territoire national.

Outre sa mission de gestion, de promotion, d'intermédiation et de régulation du foncier et de l'immobilier relevant du domaine privé de l'Etat situés dans les zones industrielles, les zones d'activités ou tout espace destiné à l'activité économique, l'Aniref est également chargée de par ses statuts d'assurer, une mission d'intermédiation foncière et immobilière pour le compte de tout propriétaire, et ce, en vertu de l'article 5 du décret n° 07-119. De plus, l'article 9 du décret confère à l'Agence la qualité de promoteur foncier. A ce titre, l'Agence est habilitée à aménager des assiettes foncières pour la réalisation de zones industrielles, zones d'activités et tout autre espace destiné à l'activité économique et à réaliser de l'immobilier à usage industriel, commercial, artisanal et de bureaux. Elle est habilitée, également, à assurer, directement ou indirectement, la gestion des zones et espaces ainsi aménagés.

Dans sa gestion du stock foncier industriel existant, l'Aniref était dépositaire d'un pouvoir de gestion sur les biens constitués de deux catégories de terrains relevant du domaine privé de l'Etat, régis par l'ordonnance n° 08-04 du 1^{er} septembre 2008¹, abrogeant l'ordonnance n°06-11 du 30 août 2006. La première concerne les terrains disponibles au sens de l'article 3 de l'ordonnance, c'est-à-dire non affectés ou en voie d'affectation à des services publics de l'Etat pour la satisfaction de leurs besoins, régis par le décret exécutif n°09-152 du 2 mai 2009 fixant les conditions et modalités de concession des terrains relevant du domaine

¹ J.O.R.A n° 49 du 3 septembre 2008.

privé de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissement¹. La seconde, concerne les actifs résiduels des entreprises publiques autonomes et non autonomes dissoutes et des actifs excédentaires des entreprises publiques économiques, au sens de l'alinéa 2 du même article, et régis par le décret exécutif n° 09-153 du 2 mai 2009 fixant les conditions et modalités de leur concession et de gestion². Dans ces deux catégories de terrains, l'Aniref disposait en vertu de l'article 13 du décret exécutif n° 09-153 du 2 mai 2009 sus indiqué d'un pouvoir de gestion pour le compte de l'Etat du portefeuille foncier et immobilier constitué à partir des actifs résiduels, des actifs excédentaires récupérés au fur et à mesure et des terrains situés dans les zones industrielles. En vertu de l'article 15 du même décret, l'Aniref était chargée de proposer la concession aux enchères publiques ouvertes ou restreintes des actifs résiduels et excédentaires y compris les terrains disponibles des zones industrielles qui devait être autorisée par arrêté du ministre chargé de la promotion des investissements.

Dans cette phase précise, l'agence était le dépositaire du pouvoir de décision en matière de gestion du foncier industriel. Au titre de sa gestion du stock existant, l'Aniref a eu à gérer un total de soixante - quinze (75) mise en concession aux enchères au cours de la période allant du mois d'octobre 2009 au mois de mars 2011³. Ces opérations d'enchères publiques d'actifs ont été autorisées par arrêtés du ministre de l'industrie, de la petite et moyenne entreprise et de la promotion de l'investissement et ce, en application des dispositions de l'article 3 du décret exécutif n° 09-152 du 02 mai 2009 et de l'article 15 du décret exécutif n° 09-153 du 02 mai 2009 précité.

Dans une deuxième phase qui a été inaugurée avec la création de l'autre organe ad hoc que nous allons examiner sous peu, cette situation allait très vite donner lieu

¹ J.O.R.A n° 27 du 6 mai 2009

² Ibidem.

³ Le nombre d'actifs proposés à la concession a été durant cette période de 227. Le nombre d'actifs adjugés a été de 161 et la superficie proposée à la concession a été 310 h, alors que la superficie effectivement adjugée a été de 211 ha. Ceci nous donne un taux de réalisation de 71% pour l'ensemble de cette période. In, « *Bilan des opérations de mise en concession réalisées* » ANIREF, avril 2011

à un revirement absolu. Par voie de conséquence, cette situation nouvelle a commandé la modification des missions et attributions de l'Aniref. Ceci a été effectué par la grâce du décret exécutif n°12 -126 du 19 mars 2012 modifiant et complétant le décret exécutif de 2007 portant création de l'Aniref. Dans ce cadre précis, et à partir de 2012, les changements intervenus ont permis une redéfinition des missions et attributions de l'Aniref dans une double direction. La première a consisté en un dessaisissement de la gestion du stock existant en foncier et immobilier industriels au profit du Calpiref, tout en étant présente au sein de ce dernier au titre de sa mission d'observation du marché foncier et ce, conformément à l'article 3 du décret exécutif n°10-20 du 12 janvier 2010 relatif à l'Aniref. Cette mission d'observation du marché foncier se décline à travers les missions de sujétion de service public que lui confient les pouvoirs publics et que l'agence assure conformément à l'article 10 du décret sus-cité. L'agence assure des sujétions de service public, telles que définies dans le cahier des charges annexé au décret. L'article 2 du cahier de charges en question enjoint à l'agence de mettre en place une banque de données de l'offre foncière et immobilière nationale destinée à l'activité économique. De même, l'observation du marché du foncier et de l'immobilier destiné à l'activité économique et l'élaboration et l'édition de mercuriales périodiques du foncier destiné à l'activité économique et de l'immobilier industriel, l'élaboration et l'édition de notes de conjoncture périodiques ayant trait aux tendances du marché du foncier et de l'immobilier destinés à l'activité économique, sont dévolues à l'agence.

La deuxième direction s'est traduite par l'engagement de l'Aniref, et pour son propre compte, à assurer des missions commerciales que détaillent l'article 9 du décret. Il confère à l'Agence la qualité de promoteur foncier et à ce titre, elle est habilitée à aménager des assiettes foncières pour la réalisation de zones industrielles, zones d'activités et tout autre espace destiné à l'activité économique et à réaliser de l'immobilier à usage industriel, commercial, artisanal et de bureaux. Dans ce cadre précis, l'agence a entrepris le lancement de quarante-deux (42) parcs

industriels qu'elle aura à gérer elle-même. Elle est habilitée, également, à assurer, directement ou indirectement, la gestion des zones et espaces ainsi aménagés, et ce conformément à l'article 3 du décret de 2010.

a- La réhabilitation d'un ancien organe : Le CALPIREF

Le décret exécutif n°10-20 du 12 janvier 2010 portant organisation, composition et fonctionnement du Calpiref¹, en abrogeant le décret exécutif n°07-20 du 23 avril 2007, a réhabilité dans ses missions et prérogatives, mais sous une nouvelle dénomination, le Calpi que nous avons connu dans la période qui s'était étalée jusqu'en 2007. Cet organe est redevenu le véritable centre de décision du dispositif institutionnel en matière de gestion du foncier industriel. A partir de la date de promulgation du décret en question, l'ensemble des textes législatifs et réglementaires subséquents traitant de la question de l'immobilier et du foncier industriels, ont été réaménagés afin de traduire la nouvelle orientation prise en matière de prérogatives des deux organes ad hoc. Dans la même logique, le décret exécutif n° 12-126 du 19 mars 2012 modifiant et complétant le décret exécutif de 2007, portant création de l'Aniref, comme nous l'avons souligné auparavant, a réaménagé les missions et prérogatives de cette agence.

A la faveur de la nouvelle réforme, le Calpiref a été conçu pour être la pierre angulaire de la gestion de l'immobilier et du foncier industriel afin de traduire le renforcement des structures locales décentralisées dans la prise de décision en la matière. En effet, dans sa composition que régit l'article 3 du décret sus-cité, la prééminence au sein du comité revient aux autorités locales décentralisées et déconcentrées. La présidence revient de droit au wali qui, en pratique, délègue ce pouvoir à son représentant. Ensuite, les présidents des assemblées populaires communales (APC) concernées par l'ordre du jour sont membres de droit du

¹J.O.R.A n°04 du 17 janvier 2010.

comité. Les chefs des services extérieurs de l'Etat, c'est-à-dire les directeurs exécutifs de wilaya sont dans leur majorité partie prenante dans ce comité, où le rôle tenu par le directeur des domaines est déterminant. A titre d'exemple et en vertu de l'article 33 de la loi de finances pour 2013 c'est l'administration des domaines qui est habilitée à fixer le montant de la redevance annuelle de la concession et à établir, à titre gracieux, les actes de concession non convertibles en concession dans le cadre de l'ordonnance n° 08-04 du 1er septembre 2008, modifiée et complétée, fixant les conditions et modalités de concession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissement.

Au titre de ces prérogatives, le Calpiref propose, conformément à l'article 2 du décret exécutif n°10-20 du 12 janvier 2010 portant organisation, composition et fonctionnement du Calpiref, les concessions aux enchères publiques ouvertes ou restreintes des terrains disponibles. A ce niveau, nous déplorons l'absence d'une mise en adéquation de cette disposition du décret de 2010 avec celle de l'article 15 de la loi de finances complémentaire pour 2011¹ qui modifie les articles 5, 8 et 9 de l'ordonnance n° 08-04 du 1er septembre 2008 fixant les conditions et modalités de concession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissement. L'article 5 en question, qui du reste, a fait l'objet d'une nouvelle modification par la loi de finances pour 2013², précise que le comité propose la concession de gré à gré qui est autorisée par arrêté du wali. Le premier texte continue à parler de concessions aux enchères publiques alors que ce procédé a été aboli en 2011 au profit du seul procédé de la concession de gré à gré. Une mise en cohérence des textes est plus que souhaitable pour une meilleure clarté du dispositif.

D'un autre côté, et entre autres missions et prérogatives, le Calpiref est chargé, en vertu des derniers alinéas de l'article 2 décret exécutif n°10-20 du 12 janvier 2010 de suivre la réalisation des projets d'investissements en cours, mais

¹J.O.R.A n° 40 du 20 juillet 2011.

²J.O.R.A n° 72 du 30 décembre 2012.

surtout de constater la mise en service des projets d'investissements afin d'évaluer l'adhésion ou le manquement du concessionnaire aux obligations contractuelles contenues dans le cahier des charges. Faute de quoi, la procédure de déchéance sera engagée, à la diligence du directeur des domaines territorialement compétent. Ce qui dénote, une fois de plus, la prépondérance de cette structure déconcentrée.

De tout ce qui a précédé, nous déduisons que la configuration du dispositif institutionnel se présente de la manière suivante : Le Calpiref est devenu, et en se substituant à l'Aniref, à la faveur de la réforme introduite par le décret exécutif n°10-20 du 12 janvier 2010, le véritable centre de préparation de la décision de mise en concession des terrains destinés à recevoir des implantations industrielles. De son côté, l'ANIREF hérite de la mission d'observation tout en ayant pour mission de se constituer son propre portefeuille à travers la création des parcs industriels.

En définitive, le retour en grâce de l'échelon local représenté par le Calpiref peut s'expliquer par la proximité de cet organe avec la réalité du terrain. La période dans laquelle l'Aniref disposait du droit de gérer les concessions a donné lieu à des parasitages de son action par les échelons locaux et à leur tête les wilayas et les directions des domaines de wilaya. C'est donc pour éviter de tels chevauchements de compétences que le réaménagement a pu intervenir.

B- : Les procédés juridiques de l'octroi de l'assiette foncière

Nous envisagerons cette question des modes affectation des terrains relevant du domaine privé de l'Etat et des actifs résiduels des entreprises publiques dissoutes, à travers d'une part leur évolution, puis, d'autre part, l'état actuel du droit en la matière.

a- : L'évolution des modes de transmission

L'octroi de l'assiette foncière relevant des terrains appartenant au domaine privé de l'Etat a connu une évolution dans les modalités juridiques de sa réalisation. Dans ce cadre, il convient de faire ressortir les modes de transfert de ces biens qui appartiennent au domaine privé de l'Etat et qui peuvent, de par cette nature, faire l'objet d'une appropriation privée. Cette dernière peut-elle être absolue, c'est-à-dire, prendre la forme d'une cession pure et simple de ces terrains aux personnes physiques et morales de droit privé ?

La législation algérienne du foncier industriel a été assez dense et a permis de mettre en place tout un dispositif procédural pour la gestion de l'offre publique en assiette foncière qui a dû évoluer en fonction de plusieurs facteurs.

En règle générale, l'ordonnance n° 08-04 du 1er septembre 2008, fixant les conditions et modalités de concession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat, modifiée et complétée par l'article 15 de la loi de finances pour 2001, et par les articles 33 et 34 de la loi de finances pour 2013¹, constituent le droit positif en matière de modalités juridiques d'octroi de l'assiette foncière pour la réalisation de projets d'investissements .

De l'économie générale de ces textes, il ressort que le régime de la concession est le seul à être consacré par la législation algérienne et que les terrains consentis aux investisseurs dans le cadre de leurs projets d'investissements ne leur sont attribués que pour une occupation précaire, quand bien même la durée de cette concession peut aller jusqu'à quatre-vingt-dix-neuf ans. Le choix fait pour le mode de la concession à l'exclusion des autres, tel que la cession pure et simple trouve sa justification dans la volonté de l'Etat de soustraire l'offre de foncier industriel à la spéculation. Le mode de la concession aux enchères publiques a été abandonné du fait des revendications exprimées par les investisseurs sur les niveaux de prix élevés que le procédé de l'adjudication a engendrés². Les initiateurs de projets désireux de

¹ J.O.R.A n° 72 du 30 décembre 2012.

² De l'aveu même de l'Aniref dans sa note de conjoncture du foncier économique de l'année 2010, la mercuriale des prix pour 2010 a montré un phénomène inflationniste avec une augmentation importante des prix.

lancer leurs investissements se sont trouvés devant un obstacle de taille que la pratique spéculative a exacerbé. Ceci a conduit à une reconsidération de la question.

Les modalités d'attribution de cette concession ont connu une certaine évolution.

Dans une première phase, l'ordonnance n°06-11 du 30 août 2006 fixant les conditions et modalités de concession et de cession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissement, comme son intitulé peut le suggérer, autorisait aussi bien la concession, pour une durée de vingt ans renouvelable, que la cession. Cette concession pouvait être convertie de plein droit en cession, à la réunion des trois conditions expresses fixées par l'article 10 de ladite ordonnance, à savoir, la demande expresse du concessionnaire, la réalisation effective du projet d'investissement et de sa mise en service.

Dans une deuxième phase, l'ordonnance n°08- 04 du 1er septembre 2008 fixant les conditions et modalités de concession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat est venue abroger les dispositions de l'ordonnance de 2006 et a par la même occasion, limiter le transfert des biens relevant du domaine privé de l'Etat destinés à recevoir des projets d'investissement, au seul mode de la concession. Cette dernière pouvant être consentie pour une durée minimale de trente-trois ans renouvelable par deux fois et maximale de quatre-vingt-dix-neuf ans, peut être accordée selon deux modes distincts. Le premier est celui des enchères publiques qui peuvent être ouvertes ou restreintes lorsque l'opération est limitée aux seuls investisseurs intervenant dans un créneau particulier. Dans ce premier cas, la concession est consentie moyennant le paiement d'une redevance locative annuelle fixée par la procédure d'adjudication. Le deuxième, est celui du gré à gré qui est consenti moyennant le paiement d'une redevance locative annuelle fixée par les services des domaines et correspondant à 1/20 de la valeur du terrain concédé.

Devant les appréhensions exprimées par les investisseurs et leur rejet de la procédure des enchères publiques qu'ils estiment non équitable puisqu'elle favorise les puissances de l'argent au détriment des investisseurs véritables, la loi de

finances pour 2011, en son article 15, a écarté le mode la concession aux enchères publiques pour ne retenir que le seul mode de la concession de gré à gré.

Sur le plan juridique, le concessionnaire qui bénéficie d'un droit d'occupation et d'exploitation stable du terrain destiné à recevoir un projet d'investissement, jouit d'une sécurité juridique certaine. Ce droit de jouissance qui est pérenne, ne peut être remis en cause, selon l'article 12 de l'ordonnance de 2008, par la déchéance ou la résiliation, que pour manquement dûment constaté et par voie de jugement. De plus, alors que l'hypothèque est un privilège du seul propriétaire, l'article 11 de l'ordonnance de 2008 confère au concessionnaire le droit d'hypothéquer le droit réel immobilier résultant de l'acte de concession. Enfin, l'article 14 de ladite ordonnance accorde au concessionnaire le droit de céder ce droit réel immobilier en même temps que les constructions dont il a la pleine propriété.

b- : L'état actuel du droit

L'état actuel du droit positif en matière de modalités de concession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat est suggéré par l'article 15 de la loi de finances complémentaires pour 2011 sus-citée et l'article 34 de la loi de finances pour 2013. Alors que la concession aux enchères publiques était la procédure normale, la concession de gré à gré était exceptionnellement réservée, selon l'article 6 de l'ordonnance de 2008, avant sa modification, aux projets d'investissement bénéficiant du régime de la convention. Le mode de la concession de gré à gré est devenu le seul mode d'accès au foncier industriel.

Selon l'article 3 de la loi de finances complémentaires pour 2011, et pour les besoins de projets d'investissement et sous réserve du respect des instruments d'urbanisme en vigueur, les terrains relevant de domaine privé de l'Etat disponibles sont concédés sur la base d'un cahier des charges de gré à gré au profit d'entreprises et établissements publics ou de personnes physiques ou morales de droit privé. La durée minimale de la concession est de trente-trois (33) ans renouvelable par deux

fois et maximale de quatre-vingt-dix-neuf (99) ans. Cette concession est consacrée par un acte administratif établi par l'administration des domaines, accompagné d'un cahier des charges fixant le programme précis de l'investissement ainsi que les clauses et conditions de la concession. Les biens immobiliers constituant des actifs résiduels des entreprises publiques dissoutes et excédentaires des entreprises publiques économiques sont soumis aux mêmes conditions fixées ci-dessus. Les projets d'investissement peuvent bénéficier, en vertu de l'article 8 de l'ordonnance de 2008, modifiée et complétée, sur proposition du CNI et après décision du conseil des ministres, d'un abattement supplémentaire sur le montant de la redevance locative annuelle. La redevance locative annuelle est fixée par les services des domaines territorialement compétents et, correspondant à 1/20 de la valeur vénale du terrain concédé. Selon l'article 9 de l'ordonnance de 2008, modifiée et complétée, un abattement sur le montant de la redevance locative annuelle fixée par les services des domaines est appliqué comme suit : - 90% pendant la période de réalisation de l'investissement pouvant s'étaler d'une (01) année à trois (03) années ; - 50 % pendant la période d'exploitation pouvant s'étaler également d'une (01) année à trois (03) années ; - au dinar symbolique le mètre carré (m²) pendant une période de dix (10) années et 50 % du montant de la redevance domaniale au-delà de cette période pour les projets d'investissement implantés dans les wilayas ayant servi pour l'exécution de programmes du Sud et des Hauts Plateaux ; - au dinar symbolique le mètre carré (m²) pendant une période de quinze (15) années et 50 % du montant de la redevance domaniale au-delà de cette période pour les projets implantés dans les wilayas du Grand Sud.

La redevance annuelle, fait l'objet d'actualisation à l'expiration de chaque période de onze (11) ans.

Ces dispositions s'appliquent également aux projets d'investissement ayant été concédés par décision du conseil des ministres. La concession confère à son bénéficiaire le droit d'obtenir un permis de construire, elle lui permet, en outre, de constituer au profit des organismes de crédit, une hypothèque affectant le droit réel

immobilier résultant de la concession, ainsi que les constructions à édifier sur le dit terrain et en garantie des prêts accordés exclusivement pour le financement du projet d'investissement. Tout manquement du concessionnaire à la législation en vigueur et aux obligations contenues dans le cahier des charges fait l'objet de procédure de déchéance, auprès de la juridiction compétente, à la diligence du directeur des domaines territorialement compétent. Les droits d'enregistrement ainsi que la taxe de publicité foncière dus à l'occasion de l'établissement des actes de concession des biens domaniaux dans le cadre de l'ordonnance n°01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, peuvent être fractionnés et acquittés annuellement à la demande du contribuable, sur la durée de l'acte de concession. Lorsque le fractionnement est exercé, le taux du droit d'enregistrement est fixé à 3%. Toutefois, ce taux est fixé à 4% dans le cas où la concession porte sur une durée supérieure à 33 ans.

Après avoir examiné le cadre organique de traitement des investissements, il convient de voir quelles sont les garanties qu'accorde le droit algérien à ces derniers.

PARAGRAPHE III : Les garanties accordées aux investissements

Tout dispositif d'incitation et d'attractivité des investissements repose sur le binôme avantages et garanties accordés aux investisseurs. Nous entendons par avantages, les bénéfices dont peut tirer profit un investisseur du fait des aménagements spécifiques que lui accorde la loi en matière fiscale, parafiscale, douanière. Par garanties, nous entendons l'engagement de l'Etat algérien à assurer l'exécution ou le respect des dispositions arrêtées dans le cadre de la loi, au profit de l'investisseur.

Aussi, dans le cadre de ce paragraphe, nous nous limiterons à l'étude des seules garanties accordées aux investisseurs. Ces dernières, comme on peut aisément le comprendre s'adressent principalement aux investisseurs étrangers. Elles constituent des standards internationaux en matière d'attractivité des investissements étrangers. De leur côté, les avantages feront l'objet de notre préoccupation dans la section à venir. Les garanties légales accordées aux investissements étrangers constituent la matière par excellence où se réalise l'imbrication des règles du droit interne avec celles du droit international. Le premier, en la matière, est souvent la parfaite illustration des mutations qu'a connues le second. Pour cette raison, les développements qui vont suivre feront beaucoup appel aux instruments du droit international surtout bilatéral, à travers les API, afin de préciser la teneur de ces garanties.

Les garanties organisées par l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, peuvent être regroupées en deux catégories. La première concernera les garanties liées à la sécurité juridique des investissements (A) tandis que la seconde traitera des garanties liées à la sécurité économique des investissements (B).

A- : Les garanties liées à la sécurité juridique des investissements

Celle-ci sont de trois ordres et concernent l'égalité de traitement, le gel du droit applicable et les modes de règlement des différends.

a-: L'égalité de traitement entre capital étranger et capital national

L'égalité de traitement entre capital étranger et capital national est consacrée à hauteur de l'article 14 de l'ordonnance n°01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, modifiée et complétée qui dispose à cet effet :

« Les personnes physiques et morales étrangères reçoivent un traitement identique à celui des personnes physiques ou morales algériennes, »

« Les personnes physiques ou morales étrangères reçoivent toutes le même traitement sous réserve des dispositions des conventions conclues par l'Etat algérien avec les Etats dont elles sont ressortissantes. »

Nous avons observé précédemment que les pays émetteurs d'investissements préféraient se remettre aux traités bilatéraux sur l'investissement plutôt qu'aux législations nationales pour la définition des instruments de protection des investissements de leurs ressortissants dans les pays d'accueil. Ceci est d'autant plus vrai puisque les instruments requis tournent autour du standard de droit international de préférence à celui du traitement national. A titre d'illustration, L'article 3 de l'accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements signé entre l'Algérie et la France en 1993¹, dispose que : *« Chacune des parties contractantes s'engagent à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international, aux investissements des nationaux et sociétés de l'autre partie,*

¹Décret législatif n°94-01 du 2 janvier 1994 portant ratification de l'accord entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République française sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements et l'échange de lettres y relatif, signés à Alger le 13 février 1993.p.4. J.O.R.A n°01 du 2 janvier 1994

faisant en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait, par des mesures injustifiées ou discriminatoires qui affecteraient la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation desdits investissements. »

Ces deux instruments ne se réfèrent pas au même niveau de protection, l'un étant purement d'origine nationale, le second de référence internationale.

Qu'en est-il de ces deux instruments ?

Le 1er juillet 1992, fût réunie à Paris, une conférence sur le cadre juridique du traitement des investissements étrangers. Un groupe de travail de la Banque Mondiale s'était vu confier la rédaction de « *Guidelines for the treatment of foreign direct investment* ». Il est courant de traduire cette locution par « *principes directeurs pour le traitement des investissements étrangers* ». Néanmoins, à ce propos, le Professeur Juillard¹, estime que les principes directeurs peuvent être compris comme étant des principes généraux du droit qu'il soit interne ou international et qu'ils soient à ce titre assimilés à des principes juridiques. Or « *la juridicité présupposant l'obligatorité* »², il leur dénie ce statut de principes directeurs pour leur octroyer celui de lignes directrices, en ce qu'elles ne constituent pas un instrument juridique, mais seulement un guide pratique qui a pris le langage du droit.

Quoi qu'il en soit, ces lignes directrices ont abordé la pratique en matière d'admission des investissements privés d'origine étrangère en dégagant un certain nombre de principes qui donnent leur consistance et leur teneur aux accords bilatéraux sur l'investissement et aux garanties que de nombreux codes d'investissement organisent.

Le traitement des investissements internationaux obéit à un certain nombre de principes dégagés par le droit international coutumier, que les principes directeurs de la Banque Mondiale ont repris pour l'essentiel. Ceux-ci partent du postulat que chaque Etat conserve le droit de régir l'admission des investissements étrangers sur

¹In : « *Chronique de droit international économique*, » précitée.

²Ibidem, p, 787.

son territoire. Toutefois, il serait de bonne pratique, toujours selon ces mêmes principes directeurs, que cet Etat mène une politique d'encouragement, plutôt que de dissuasion, en facilitant leur admission sur son territoire, et notamment, par l'allègement des formalités d'établissement en évitant de recourir à des mesures pouvant être assimilées à des contraintes grevant la bonne exploitation de l'opération d'investissement. Ceci donne toute son assise au principe de la « porte ouverte » consacré par les principes directeurs de la Banque Mondiale.

Le traitement non discriminatoire de l'investissement international se réalise à travers un certain nombre de mécanismes de droit interne comme de droit international. A ce propos, un foisonnement de concept singularise la question de la protection des investissements internationaux. L'Etat d'accueil est tenu de garantir aux investisseurs étrangers un principe bien connu en droit international à savoir le principe de la non-discrimination, c'est-à-dire un traitement non moins favorable que celui accordé aux investisseurs nationaux (traitement national) ainsi qu'aux investisseurs en provenance d'un Etat tiers (traitement de la nation la plus favorisée).

La Clause de la Nation la Plus Favorisée garantit que les parties à un traité, dans le cas des investissements, le traité bilatéral sur l'investissement, octroient un traitement non moins favorable que celui qu'elles accordent en vertu d'un autre traité dans les secteurs visés par la clause. Elle constitue de ce fait, « *un instrument de multilatéralisation par excellence des avantages accordés à des investisseurs étrangers*¹. »

En définissant une règle de traitement, l'Etat d'accueil fera en sorte qu'elle soit la même pour l'investissement national comme pour l'investissement international. Ce dernier jouit du même traitement que le premier : elle est définie comme étant « *...le traitement que définit dans son ordre interne, l'Etat de*

¹Voir à ce propos : « *Le traitement de la Nation la Plus Favorisée dans le droit international des investissements.* » Documents O.C.D.E. 2004.

territorialité, pour l'appliquer aux investissements de ses nationaux, dès lors que ceux-ci se trouvent dans les limites de sa juridiction territoriale. »¹

Cependant, la règle nationale de traitement doit pouvoir être corrigée par le standard international du traitement dans toutes les situations où aura été constaté un déséquilibre et dont l'issue aboutirait à la solution où l'investissement international ferait l'objet d'un traitement moins favorable que l'investissement national. De la même façon, elle jouerait pour le cas où l'investissement international jouirait d'un traitement plus favorable que l'investissement national. Dans ce cas de figure, on pourra se prévaloir du standard international de traitement pour corriger ce déséquilibre.

Ces deux instruments de non-discrimination constituent des clauses indirectes ou « standards comparatifs » dont l'objet est de garantir aux investisseurs étrangers l'ouverture des frontières et une concurrence égale. Ces deux clauses que l'on présente comme des « *sœurs mais pas jumelles*² », sont considérées « ... *indirectes car ce sont deux normes de référence dont le contenu sera déterminé par l'intermédiaire d'une autre norme interne ou internationale* ». Ainsi, « ...*la clause NPF opère un renvoi au droit international (tandis que) le TN opère un renvoi au droit national*³ ».

Ces clauses indirectes, selon C. Crepet, n'ont pas encore accédé au rang des règles de droit international coutumier. Elles sont qualifiées souvent de règles, normes, principes, standards ou concepts, mais leur caractère obligatoire ne peut résulter que d'un engagement conventionnel express.

Le traitement national ou le traitement accordé à l'investisseur ressortissant de la nation la plus favorisée, ne peuvent être assimilés ni à des standards ni à des principes généraux de droit international, en ce que leur application ne serait qu'au

¹ D. Carreau, P. Juillard, *Droit International Economique*, op-cit, p, 457.

² Crépet.C: « *Traitement national et traitement de la notion la plus favorisée* », in *colloque : nouveaux développements dans le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement international*, » 3 mai 2004, I.H.E.I, Université Panthéon Assas, Paris II ; p. 2.

³ Benhamida. W : « *L'arbitrage transnational unilatéral - réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique* », Thèse de doctorat, Paris II, 2003.

plus facultative, étant donné qu'elle reste tributaire du consentement express des Etats qui devra se matérialiser dans des instruments conventionnels, à l'image des A.B.I.

La pratique du traitement national n'exclut pas cependant, que l'investisseur étranger et l'investisseur national peuvent ne pas se voir appliquer le même traitement : il s'agit en l'occurrence des situations de traitement préférentiel et de traitement différentiel¹. Le premier est celui qui est plus favorable à l'étranger que ne l'envisage le traitement national, dans certaines situations où on voudrait hisser le niveau de traitement à celui en vigueur dans le standard international du traitement juste et équitable. Le second, c'est-à-dire le traitement différentiel, est celui qui serait moins favorable à l'étranger que le traitement national. Le traitement discriminatoire se situe en deçà des exigences posées par le standard international du traitement juste et équitable. Il peut s'agir à titre d'exemple, de certaines pratiques de l'Etat d'accueil qui ne s'appliqueraient pas invariablement à l'ensemble des étrangers, mais à certains d'entre eux seulement, en raison de leur propre nationalité², ou autre, ce qui constituerait un acte de discrimination différentielle.

Outre les clauses indirectes dont nous venons d'en préciser les contours, la protection des investissements étrangers fait surtout appel à la clause directe de traitement, qualifiée également de standard absolu, et qui repose sur le traitement juste et équitable. Elle est qualifiée de directe en ce qu'elle constitue un principe juridique qui renvoie aux principes généraux de droit international et non pas aux engagements conventionnels des parties. Avant de déterminer le corpus de la règle de traitement juste et équitable, il est utile de rappeler avec le Professeur Juillard qu'un « *standard n'est pas un critère. Le standard ne sert pas à distinguer. Il sert à*

¹Voir à ce propos, P. Juillard, in : « *Chronique de droit international économique*, » A.F.D.I.1992, vol 38, pp, 757-807.

²Tel est le sens de l'arrêt rendu par la cour permanente de Justice internationale : Belgique / Grande - Bretagne 12 février 1934, cité par D. Carreau et P. Juillard : *Droit International Economique* op- cit, en note de bas de page, p.459.

mesurer, et, plus précisément, à mesurer le degré de conformité de la pratique interne, ou du droit interne, à la pratique internationale, ou au droit international, comme c'est le cas du standard du traitement juste et équitable. » « ...Ce standard appartient au genre proche des principes généraux du droit international. Mais il présente, par rapport à ce genre proche, des différences spécifiques, qui tiennent à ce qu'il s'agit d'un étalon international permettant d'évaluer leurs principes et règles du droit national, et non d'une prescription qui devrait être appliquée indépendamment de toute référence au droit national. En bref, ce principe général d'évaluation s'applique de façon générale, mais il ne s'applique que de façon à combler les interstices laissés vides par les instruments conventionnels et non conventionnels¹ ».

Après avoir présenté ces instruments de protection des investissements internationaux, il convient, à présent, de faire ressortir leur contenu respectif.

L'obligation d'accorder un traitement juste et équitable constitue une pratique ancienne, elle a été prévue pour la première fois dans la charte de la Havane, signée le 20 mars 1948, créant l'Organisation Internationale du Commerce, et qui était de ce fait, aux sources de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Le traitement juste et équitable renvoie au standard minimum de traitement des étrangers, qui lui-même renvoie au droit international coutumier. En plus du traitement juste et équitable, il est aussi l'expression de la pleine et entière sécurité.

La norme minimale de traitement a été définie dans la sentence Neer rendue par le tribunal arbitral de 1926², qui a posé les jalons du contenu du standard du traitement juste et équitable. Elle a jugé que le traitement d'un étranger pour être illégal en droit international, peut consister pour l'Etat d'accueil en « ... *une offense, une mauvaise foi, une négligence grave de ses obligations, ou une insuffisance de*

¹ P. Juillard in, Les guidelines....., précité.

² Recueil des sentences arbitrales des Nations-Unies. 1926, Vol. IV, p. 60, cité in : D. Carreau, P. Juillard, Droit International Economique, op-cit. p, 365.

l'action gouvernementale tellement en deçà des standards internationaux que tout homme raisonnable et impartial ne manquerait pas de le reconnaître. »

Dans une autre sentence arbitrale rendue par le C.I.R.D.I- AMT (Etats- Unis) / Zaïre du 21 février 1997¹, le tribunal arbitral avait assimilé le traitement juste et équitable à une « *obligation objective qui ne doit pas être inférieure à la norme minimale de vigilance et de soin prescrite par le droit international.* » Une définition unanime du traitement juste et équitable étant difficilement réalisable, il se trouve, une conception large qui exige de l'Etat d'accueil, « *...le respect de toutes les règles conventionnelles et coutumières du droit international des investissements.* »

La pleine et entière sécurité exige pour sa part de l'Etat d'accueil, qu'il assure le degré de protection policière requis, en vertu du droit international. Cette exigence a été diversement appréciée par les tribunaux arbitraux. En règle générale, la sentence arbitrale AMT / Zaïre, mentionnée plus haut, a indiqué que cette règle impose à l'Etat d'accueil de prendre toutes mesures nécessaires pour assurer la jouissance et la protection de l'investissement. L'Etat d'accueil doit protéger les investissements étrangers de toute contrainte. La jurisprudence considère donc qu'il s'agit « *d'une obligation de moyen (due diligence) qui oblige l'Etat à conférer aux investisseurs étrangers une protection et une sécurité raisonnables qui ne devraient pas être inférieures au niveau minimum de vigilance et de prudence requis par le droit international*² »

b- : Le gel du droit applicable

Consacrée par l'article 15 de l'ordonnance du 20 août 2001, la garantie du gel du droit applicable, appelé également clause législative de stabilisation, ou

¹Vol 1, p.5.

² W. Benhamida, « *La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements* » Réunion d'experts sur les incidences sur le développement de l'élaboration de règles régissant l'investissement international, 28-29 juin 2007, Genève. Document C.N.U.C.E.D.

d'intangibilité, clause de non- rétroactivité, voire même clause de rémanence, est une garantie qui singularise, à croire certains avis¹, le code algérien des investissements, comparativement aux codes des pays voisins. Cette stabilité juridique du statut de l'investissement permet à l'investisseur étranger de jouir de la permanence du traitement de faveur dont il a bénéficié lors de la constitution de son investissement. L'Etat d'accueil de l'investissement est souverain dans son action législative. Il est, de par sa souveraineté, libre de modifier ou d'adapter sa législation sur les investissements ou autre. Cette situation peut constituer un aléa législatif pour l'investisseur. Mais, lorsque l'Etat d'accueil décide de geler la législation au moment de la constitution de l'investissement ou de la conclusion du contrat d'investissement, cela représentera, à ne point en douter un intérêt certain pour l'investisseur. La stabilité juridique du statut de l'investissement est une garantie reconnue à l'investisseur dont la consistance veuille qu'aucune modification ultérieure ne vienne bouleverser les droits acquis par lui au moment de la constitution de l'investissement, et qu'il pourra se prévaloir des avantages ou du régime de faveur qu'ils lui ont été reconnus. Toutefois, cette clause du gel du droit applicable peut être battue en brèche par la volonté explicite de l'investisseur lui-même. En effet, l'article 15 sus-cité, prévoit la possibilité d'appliquer les révisions ou abrogations intervenues à la demande expresse de l'investisseur. Bien entendu, ces modifications ne pourront intéresser l'investisseur que lorsqu'elles contiennent des dispositions plus favorables. En définitive, ceci constitue une garantie supplémentaire accordée à l'investisseur puisque le statut de son investissement se trouve conforté par le choix qui lui est donné d'opter pour l'une ou l'autre des situations. En outre, la clause d'intangibilité est également insérée dans beaucoup de conventions bilatérales de protection et d'encouragement des investissements conclues par l'Algérie. A titre d'exemple, l'accord algéro-italien du 5 octobre 1991²,

¹ I. Sarsar et M. A. Bettaieb « *L'investissement international au Maghreb : unité ou pluralité ?* In, Où va le droit de l'investissement ? Colloque précité, p, 153.

² Décret Présidentiel n° 91-346 du 5 octobre 1991 portant ratification de l'accord entre le Gouvernement de la République Algérienne Démocratique et Populaire et le Gouvernement de la République italienne sur la

au troisième alinéa de son article 10, stipule que, dans l'hypothèse où des lois et règlements venaient à intervenir, en envisageant un traitement plus favorable que celui prévu par l'accord, il sera fait application des normes les plus favorables à l'investisseur.

Néanmoins, une problématique persiste à propos des clauses légales de stabilisation contenues dans les codes d'investissement en dehors de toute référence à des conventions internationales de protection des investissements. En d'autres termes, les codes d'investissement créeraient-ils des rapports de droit international ? En réalité, il serait difficile, en dehors d'instruments internationaux, multilatéraux ou bilatéraux soient-ils, de créer un rapport de droit international entre l'investisseur et l'Etat de territorialité de l'investissement, ou entre ce dernier et l'Etat de nationalité de l'investisseur. Quoiqu'il en soit, en l'absence de ces instruments, l'investisseur étranger, mais pas seulement lui¹, pourra se prévaloir de cette clause légale de stabilisation pour se prémunir des changements éventuels de législation.

c-: Les modes de règlement des différends

L'article 17 de l'ordonnance du 20 août 2001 dispose : « *Tout différend entre l'investisseur étranger et l'Etat algérien, résultant du fait de l'investisseur ou d'une mesure prise par l'Etat algérien à l'encontre de celui-ci, sera soumis aux juridictions compétentes sauf conventions bilatérales ou multilatérales conclues par l'Etat algérien, relative à la conciliation et à l'arbitrage ou accord spécifique stipulant une clause compromissoire ou permettant aux parties de convenir d'un compromis par arbitrage ad hoc.* »

Dans son économie générale, cette disposition pose le principe que les engagements internationaux de l'Etat, à travers les conventions multilatérales ou

promotion et la protection réciproques des investissements signé à Alger le 18 mai 1991. J.O.R.A. n° 46 du 6 octobre 1991, p. 1470.

¹ L'investisseur local peut lui aussi se prévaloir de cette clause.

bilatérales, ainsi que l'autonomie de la volonté des parties à travers un accord spécifique, puissent déroger à la soumission de principe, des différends à la compétence du juge algérien¹. Aussi, l'article 17 en question, offre aux parties plusieurs alternatives afin de régler les différends qui les opposent. En premier lieu, le règlement du litige peut se faire en recourant aux juridictions compétentes. Cette première éventualité est en pratique, le plus souvent abandonnée, eu égard aux autres possibilités offertes en matière de règlement des différends. Celui-ci peut se faire, conformément à l'article 17 sus-cité, dans le cadre des procédures définies par les conventions multilatérales comme bilatérales. En dehors de ces dernières, il peut également être fait usage de l'arbitrage ad hoc.

Le contentieux pouvant naître par suite d'accords bilatéraux d'investissement peut surgir aussi bien entre les Etats, parties contractantes dans ces accords, qu'entre un investisseur et l'Etat d'accueil comme partie contractante. Ce contentieux peut faire l'objet d'un règlement soit par voie judiciaire, soit par voie d'arbitrage. Lorsque le contentieux oppose les Etats, le recours à l'arbitrage international est la solution la plus usitée. Lorsque le contentieux oppose un Etat et un ressortissant d'un autre Etat en matière d'investissement, celui-ci est, en règle générale, déféré devant un arbitre commercial international. Car en matière d'investissement, le règlement des différends a adopté les principaux rouages de l'arbitrage commercial. Cet arbitrage peut être mixte, c'est-à-dire choisi par les deux parties, et institutionnel, c'est-à-dire, rendu par une institution d'arbitrage à l'image du C.I.R.D.I, comme non institutionnel, lorsqu'il est rendu par un tribunal arbitral ad hoc.

Le contentieux entre Etats ou parties à un traité bilatéral d'investissement peut naître de l'interprétation ou de l'application de cet instrument conventionnel. Ce dernier aménage les modes de règlement des différends en optant avant toute chose,

¹ A titre de rappel, cette disposition constitue une avancée indéniable par rapport à la situation qui prévalait avant 1993 où la compétence exclusive du juge algérien était la seule solution retenue, donnant lieu à ce que le Pr N. Terki appelait « le nationalisme intransigeant ». In, « *Les sociétés étrangères en Algérie* » O.P.U. 1976.

pour la voie diplomatique. Si dans un délai que détermine l'accord, le différend n'a pu être réglé par cette voie, celui-ci sera porté, à la demande de l'une ou l'autre des parties, devant un tribunal arbitral, dont chaque partie désignera un membre, lesquels membres désigneront un président ressortissant d'un Etat tiers. Si les nominations nécessaires n'ont pas eu lieu dans les délais convenus, l'une ou l'autre des parties au traité, invitera le président de la Cour Internationale de Justice(CIJ)¹, voire le secrétaire général de l'Organisation des Nations-Unis², pour d'autres, à procéder aux nominations nécessaires.

Les mécanismes de règlement des différends entre Etat et ressortissant d'un autre Etat en matière d'investissements font l'objet d'une attention toute particulière dans les accords de protection des investissements. Ceux-ci posent le postulat du libre choix du mode de règlement. Dans ce cas de figure, la négociation entre les parties en conflit est privilégiée avant toute chose. Si cette négociation ne peut aboutir, les traités d'investissement s'en remettent aux tribunaux nationaux et spécialement ceux de l'Etat de territorialité de l'investissement, qui possèdent la compétence internationale de principe. Seulement, cette solution n'est pas de tout temps retenue. Certains accords d'investissement conclus par l'Algérie, et notamment celui en vigueur avec les Etats-Unis d'Amérique exclut ce mode de règlement. En effet, l'article 6 de la convention non réciproque signée entre ces deux pays, fait ressortir dans sa lettre a, la hiérarchie des modes de règlement des différends retenue. Il s'agit en premier lieu de la négociation, puis vient en second le mécanisme de l'arbitrage non institutionnel ou ad hoc, pour aboutir en troisième lieu, à l'arbitrage institutionnel, qui dans le cas de cette convention, sera celui du

¹Cette solution a été retenue par la convention algéro- finlandaise : Décret Présidentiel n° 06-469 du 11 décembre 2006 portant ratification de l'accord entre le Gouvernement de la République Algérienne Démocratique et Populaire et le Gouvernement de la République de Finlande relatif à la promotion et la protection réciproque des investissements signé à Alger le 13 janvier 2005. J.O.R.A. n° 82 du 17 décembre 2006, p.5, et également par la convention algéro-tunisienne : Décret Présidentiel n° 06-404 du 14 novembre 2006 portant ratification de l'accord entre le Gouvernement de la République Algérienne Démocratique et Populaire et le Gouvernement de la République tunisienne sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements signé à Tunis le 16 février 2006. J.O.R.A. n° 73 du 19 novembre 2006, p, 8.

²Cette solution a été retenue par la convention algéro- italienne précitée.

centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), créée par la Convention de Washington signée le 18 mars 1965.

A l'inverse, L'accord bilatéral sur les investissements signé entre l'Algérie et la France, en son alinéa 2 de l'article 8, établit une autre hiérarchie. Elle repose en premier lieu, comme il est d'usage de le faire, sur la négociation, exprimée par la formule « *tout différend relatif aux investissements...est, autant que possible, réglé à l'amiable...* » Ensuite, si dans un délai de six (6) mois il n'aurait pas trouvé de règlement, il sera soumis alternativement soit à la juridiction compétente de la partie contractante, qui selon toute vraisemblance sera celle de l'Etat de territorialité de l'investissement, soit à l'arbitrage CIRDI. A ce niveau, il est intéressant de noter que certains accords bilatéraux sont plus explicites que d'autres, dans leur clause attributive de compétence à la juridiction nationale. A titre d'illustration, la convention algéro-finlandaise citée plus haut pose en termes précis, que « *le différend peut être soumis au choix de l'investisseur soit aux juridictions compétentes de la partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement est réalisé...* » Certains autres accords par contre, bien que retenant le même principe de la compétence de la juridiction nationale, l'expriment néanmoins, dans une formulation un peu emmêlée. A titre d'exemple, les conventions algéro-française et algéro-tunisienne, citées plus haut, utilisent l'expression suivante : « *...Il est soumis à la demande du national ou de la société, soit à la juridiction compétente de la partie contractante impliquée dans le différend...* » Les accords bilatéraux précisent, dans leur ensemble, qu'une fois le choix opéré entre l'un ou l'autre de ces deux modes, le mode juridictionnel ou le mode arbitral, celui-ci sera irréversible et définitif. L'alinéa 3 de l'article 8 de la convention algéro-française prévoit quant à lui, que, si au bout de six (6) mois, le différend porté devant le tribunal arbitral n'a pas été réglé à partir du moment où il a été soulevé, il sera soumis, à la demande de l'une ou de l'autre partie, à l'arbitrage non institutionnel, c'est-à-dire ad hoc. Le même article organise l'éventualité où il y aurait forclusion dans les délais de nomination des deux arbitres et de l'arbitre président, en donnant

à chaque partie la latitude de solliciter le président de l'institut d'arbitrage de la chambre de commerce de Stockholm aux fins de procéder aux nominations nécessaires. Sur ce registre précis, d'autres traités bilatéraux d'investissement conclus par l'Algérie, à l'image de ceux signés entre l'Algérie et la République de Finlande, et entre l'Algérie et la Roumanie¹, à titre d'exemple, envisagent, à défaut d'autre arrangement direct entre les parties, que le tribunal ad hoc sera constitué conformément aux règles d'arbitrage de la commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.)

Sur la question du droit applicable au différend par le tribunal arbitral, les solutions sont aussi diversifiées que le sont les attentes et les statures des Etats en question. Elles sont aussi révélatrices du rapport de force de ces Etats dans la négociation de ces accords. En premier lieu, la convention algéro-américaine consacre l'absence à toute référence au droit interne, ce qui en somme, est tout à fait envisageable lorsque nous connaissons l'attachement des Etats-Unis d'Amérique à privilégier la solution de droit international, pour des raisons liées à son histoire². En effet, l'alinéa 2 de la lettre b de l'article 6 de la convention dispose que « *Le tribunal arbitral base sa décision sur les principes et règles applicables de droit international public...* »

De son côté, la convention algéro-française se veut moins « exclusive », en optant par principe pour la solution de droit international, mais sans interdire le recours à d'autres sources possibles. L'article 8 en son alinéa 4, opte pour la classification par ordre de préférence qui commence par le droit international, puis par l'accord lui-même et les engagements particuliers, pour arriver en fin de compte, « *au droit national de la partie contractante impliquée dans le différend.* »

¹ Décret Présidentiel n° 94-328 du 22 octobre 1994 portant ratification de l'accord entre le Gouvernement de la République Algérienne Démocratique et Populaire et le Gouvernement de la République de Roumanie concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, fait à Alger, le 28 juin 1994. J.o.r.a n° 69 du 26 octobre 1994, p.4.

² Les contentieux ayant opposé les Etats-Unis d'Amérique avec ses voisins du Sud, à l'occasion de certaines opérations de nationalisation de compagnies américaines notamment au Mexique, en 1936, ont donné lieu à de violentes diatribes doctrinales que cristallisent les doctrines Hull d'une part et Carlos Calvo, juriste argentin, qui défendirent le principe de la compétence du juge national.

A l'inverse, d'autres traités bilatéraux, à l'image des conventions algéro-italienne et algéro-tunisienne, privilégient la solution de droit national dans un ordre de hiérarchie qui est différent dans l'un et l'autre de ces accords. La convention algéro-tunisienne, en son article 9, alinéa 4, pose que « *le tribunal arbitral statuera sur la base du droit national de la partie contractante, partie au différend sur le territoire de laquelle a été réalisé l'investissement, puis conformément au droit international.* » l'énumération des sources du droit applicable à ce traité nous semble alternative. La convention algéro-italienne, dans l'alinéa 6 de l'article 9 retient, de son côté, le principe de la primauté du droit national, mais l'insère dans une énumération cumulative qui comprend l'accord représenté par le traité lui-même, les accords particuliers intervenus entre les deux Etats en matière d'investissements, et enfin, les principes du droit international.

B- : Les garanties liées à la sécurité économique des investissements

Ces garanties concernent en premier lieu le libre rapatriement des fruits découlant de l'investissement, et, dans un second temps, la protection de l'investissement contre les mesures d'expropriation ou de nationalisation.

a- : Le régime de la liberté de transfert

Les lois nationales, et le cas échéant, les traités bilatéraux sur l'investissement définissent le régime applicable aux opérations de transfert des paiements afférents aux investissements. La législation nationale algérienne en la matière est représentée par l'article 31 de l'ordonnance du 20 août 2001 ainsi que des règlements émanant de la Banque d'Algérie relatifs aux investissements étrangers. A ce niveau, il est à noter que la liberté de transfert du capital investi et des revenus qui en découlent n'a pas été traitée par l'ordonnance de 2001 au titre des garanties, comme cela été le cas pour les autres. Elle a fait l'objet d'un traitement à part, au

titre des dispositions diverses traitées dans les dernières dispositions de l'ordonnance. En regard de l'importance de cette question, nous la logeons pour ce qui nous concerne parmi les garanties accordées aux investissements étrangers.

Les modalités pratiques du transfert des bénéfices et autres produits découlant de l'investissement sont définies par les règlements de l'institut émetteur comme nous venons de le souligner. A cet effet, l'état du droit actuel est représenté par le Règlement de la Banque d'Algérie n°05-03 du 6 juin 2005 relatif aux investissements étrangers¹ et de l'arrêté du ministère des finances du 1^{er} octobre 2009 relatif à la souscription de la déclaration et à la délivrance de l'attestation pour les transferts de fonds vers l'étranger². En toute état de cause, de la lecture cumulée de ces deux textes, il ressort que les demandes de transfert de fonds vers l'étranger s'entendent des paiements et les virements de fonds, y compris le rapatriement des revenus des capitaux. De même, ils s'entendent également de tous remboursements, produits de cession, de désinvestissement ou de liquidation. Enfin, ils s'entendent des redevances, intérêts et dividendes. La nouveauté introduite par le règlement de 2005, comparativement à celui de 2000 qu'il a abrogé, réside dans le fait que les demandes de transfert ne sont plus instruites par les services de la Banque d'Algérie depuis que délégation a été donnée aux banques commerciales agréées pour le traitement de ces demandes.

Les intérêts contradictoires des investisseurs comme de leurs Etats nationaux d'une part, et les pays d'accueil d'autre part, ont abouti à considérer que les dispositions relatives au transfert des paiements soient les plus ardues à traiter dans les instruments conventionnels bilatéraux.

Le libre transfert est un thème essentiel pour les investisseurs et les Etats de territorialité dont ils sont ressortissants, puisque le rapatriement des bénéfices et de façon générale, de tous produits de l'investissement aura sa part de contribution dans la création de la richesse nationale. Par contre, il en est tout autrement des pays

¹J.O.R.A n° 53 du 31 juillet 2005.

²J.O.R.A n° 62 du 25 octobre 2009.

d'accueil qui sont enclin à encourager plutôt le réinvestissement et acceptent de ce fait avec une réticence certaine, l'engagement de liberté de transfert, spécialement lorsqu'ils traversent une phase de morosité économique qui grève l'équilibre de leur balance des paiements. Devant ces intérêts divergents, une solution médiane a été aménagée dans la majorité des ABI, et qui consiste à retenir le principe de la liberté de transfert et à l'écarter dans des situations précises¹.

La première exception est courante en la matière. Dans la majorité des traités d'investissement, il est permis à l'Etat d'interdire les transferts dans les circonstances de faillite ou d'insolvabilité de l'entreprise, et ce dans le but bien compris de protection des droits des créanciers. Il en est de même en matière d'infractions pénales et d'exécution des jugements dans des procédures civiles, administratives et pénales. L'exception n'est généralement admise que si elle est équitable, non discriminatoire et invoquée de bonne foi. A l'inverse, l'exception portant sur les difficultés relatives à la balance des paiements est moins fréquente. Celle-ci est prévue dans un nombre important de traités conclus entre des Etats en développement mais elle figure de moins en moins dans les traités conclus entre ces Etats et les Etats développés. Mais, dans des cas exceptionnels, le Pr Juillard² estime que si les réserves de change de l'Etat considéré ne lui permettent pas de faire le nécessaire, alors, cet Etat pourra prévoir l'échelonnement des transferts, sur une période qui ne pourra excéder cinq années. Un intérêt courra au bénéfice de l'investisseur.

La quasi-totalité des traités d'investissement consacre le principe du libre transfert. Ce dernier couvre un large éventail de situations. La majorité de celles-ci énumère une liste qui peut être soit limitative soit illustrative et qui peut recouvrir plusieurs catégories : le capital initial et bénéfices qu'il aura engendré, les produits

¹Certains pays s'y refusent totalement et les ABI qu'ils concluent se caractérisent par une liberté absolue de transfert et ne reconnaissent aucune dérogation à cette liberté. Le traité d'investissement Suisse-Ukraine (1995), à titre d'exemple, cité par : W. Benhamida, « *La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement* »...précité.

²In : » *Les guidelines ...* » précité, p. 795.

de la liquidation, les paiements afférents aux transactions avec des tiers tels que les prêts et la rémunération du personnel étranger, les compensations et les paiements effectués à l'issue d'un règlement des différends entre l'investisseur et l'Etat hôte. D'autres traités d'investissement intègrent les revenus de la propriété industrielle, tels les brevets d'invention, licences, marques déposées et autres, mais également les charges découlant des concessions accordées pour l'exploitation de richesses nationales, de même que les indemnités de dépossession à la suite d'une expropriation ou de perte due aux faits de guerre et autres.

L'Etat de territorialité de l'investissement doit permettre le libre transfert des revenus générés par l'investissement. Ces derniers sont le plus souvent des bénéfices nets, qui sont constitués par la différence des valeurs nettes d'actif. Ces bénéfices nets doivent s'entendre des bénéfices après impôts. A titre d'exemple, la lettre a de l'article 6 de la convention algéro-française sur les investissements citée plus haut, oblige chaque partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle des investissements ont été effectués par des nationaux ou des sociétés de l'autre partie contractante d'accorder à ces « *...nationaux ou sociétés le libre transfert des intérêts, dividendes, bénéfices après impôts et autres revenus courants* » »

De même, dans le cas de la cession ou de la liquidation qu'elle soit totale ou partielle de l'investissement, l'Etat de territorialité de cet investissement permettra le libre transfert des produits de la liquidation. La lettre d de l'article 6 de la Convention algéro-française le prévoit expressément.

Le libre transfert des paiements, s'entend également des transferts des rémunérations du personnel étranger. Le transfert périodique et régulier concerne une partie de la rémunération éligible au transfert qui est arrêtée, en règle générale, par voie contractuelle entre l'employeur et le travailleur étranger. Les modalités de transfert sont quant à elles définies par la réglementation des changes du pays hôte. Les économies sur salaires qui n'auront pas été transférées antérieurement, peuvent également l'être dans le cas de la liquidation ou de la résiliation du contrat entre le

salarié étranger et son employeur, l'investisseur étranger. De même, le libre transfert des paiements pourra également englober les crédits nécessaires à l'amortissement des dettes, en remboursement des emprunts contractés à l'étranger, à la condition que ces dettes seraient liées à l'établissement ou au financement de l'investissement.

Les accords bilatéraux d'investissement déterminent, dans leur majorité les conditions dans lesquelles doivent s'effectuer ces transferts. Ils doivent l'être sans délais et dans la monnaie d'origine, c'est-à-dire, celle dans laquelle a été constitué l'investissement, ou à défaut, dans toute autre monnaie librement convertible. Certains accords déterminent également à quel taux de change devra s'effectuer le transfert. Néanmoins, les clauses relatives au libre transfert dans les traités bilatéraux d'investissement ne protègent pas pour autant les investisseurs contre les risques de dévaluation de la monnaie nationale, qui au demeurant, peut faire l'objet d'une assurance spéciale.

b- : La protection contre les mesures d'expropriation et de nationalisation

L'article 16 de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement consacre une garantie qui porte sur la question sensible de la propriété. Cette dernière tient à ce qu'il est convenu d'appeler les risques non-commerciaux. Cette disposition n'envisage nullement la possibilité de nationalisation, mais considère seulement l'hypothèse de la réquisition par voie administrative, en disposant : « *Sauf dans les cas prévus par la législation en vigueur, les investissements réalisés ne peuvent faire l'objet d'une réquisition par voie administrative. La réquisition donne droit à une indemnisation juste et équitable.* » Il eût été maladroit d'évoquer un droit de reprise par l'Etat c'est à dire un droit de nationalisation dans un dispositif destiné avant toute chose à « *attirer les capitaux étrangers dans un environnement mondial incertain. Consacrer le principe de la nationalisation, même de manière formelle, n'aurait pour effet que de*

créer un effet psychologique de méfiance et susciterait un climat défavorable à l'investissement international », observe à ce propos R. Zouaimia¹. Le droit de réquisition qu'organise l'article 16 est, par principe, d'une application limitée aux situations qui relèvent généralement de l'état d'urgence. C'est un procédé de police administrative et non pas un instrument de l'interventionnisme économique de l'Etat. En tout état de cause et dans l'hypothèse où l'Etat exercerait cette faculté, c'est à dire de procéder à une réquisition administrative, l'article 16 fait obligation de procéder à une indemnisation juste et équitable.

Le terme générique de dépossession est celui que l'on rencontre le plus fréquemment dans les clauses de protection des accords bilatéraux d'investissement. La majorité d'entre elles utilisent la formule générique : *« Toutes autres formes de dépossession, directes ou indirectes, qu'elles résultent ou ne résultent pas d'un texte »*. La convention algéro-française d'investissement citée plus haut, reprend la même formule dans l'alinéa 2 de l'article 5 : *« Les parties contractantes ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder directement ou indirectement, les nationaux et sociétés de l'autre partie des investissements leur appartenant, sur leur territoire et dans leur zone maritime, si ce n'est pour une cause d'utilité publique et à condition que ces mesures soient prises conformément aux procédures légales et ne soient ni discriminatoires ni contraires à un engagement particulier.... »* Avant toute chose, il y a lieu de s'attarder quelque peu sur cette notion d'expropriation. Cette dernière n'étant pas spécialement visée par la législation interne, les traités bilatéraux conclus par l'Algérie, lui donne un sens différent selon la culture juridique de l'Etat co-contractant. Cette notion d'expropriation est d'application courante dans certains instruments du droit international. Le traité de l'Accord de Libre Echange Nord-Américain (ALENA)² considère en son article 1110 qu'un

¹In, « *Le régime des investissements étrangers en Algérie* », op-cit, p.123-124

²Entré en vigueur le 1er janvier 1994, ce traité a créé une zone de libre-échange entre les États-Unis, le Canada et le Mexique.

investisseur étranger n'a pas été traité comme un national du seul fait qu'il fasse l'objet d'une restriction à l'accès à un marché, car cette expropriation affecte la jouissance de la propriété. De même, le contrôle des exportations et autres actes de la puissance publique peuvent, en vertu de cet article, constituer une forme d'expropriation qui retarderait la jouissance effective de la propriété d'un étranger et qui pourrait donner lieu à son retrait du territoire de l'Etat d'accueil de l'investissement.

La notion générique de dépossession, dont traite un certain nombre d'API conclus par l'Algérie, et d'après son acception usuelle, selon les Pr Carreau et Juillard,¹ « est la mesure qui prive l'investisseur de ses droits essentiels sur l'investissement au profit de l'autorité publique... » Elle recouvre un certain nombre de réalités spécifiques, dont les deux principales formes ont été esquissées dans l'alinéa 2 de l'article 5 de la convention algéro-française : il s'agit de l'expropriation et de la nationalisation. Ces deux procédés de transfert de propriété du secteur privé vers le secteur public sont des actes émanant de la puissance publique. Alors que le premier procède d'un acte administratif et s'accomplit sous le contrôle, du juge, le second, c'est-à-dire la nationalisation résulte quant à elle d'un acte législatif et s'affranchit de tout contrôle. Cette distinction serait, selon les Pr Carreau et Juillard, propre à la tradition civiliste, et ne se retrouve pas « dans les autres traditions, qui connaissent l'expropriation, mais ne connaissent pas la nationalisation, celle-ci étant englobée dans celle-là »².

La mesure de dépossession, qu'elle se réalise par voie d'expropriation ou de nationalisation ne doit pas être assimilée à une spoliation. Pour s'en distinguer, elles doivent reposer sur le principe de l'indemnisation. Dans ce cas de figure, elles seront considérées comme licites aux yeux du droit international. Dans le cas contraire, ils les considèrent comme mesures illicites.

¹D. Carreau et P. Juillard, Droit international économique, précité, p.522.

² Ibidem.

Enfin, il y a lieu de distinguer également ces mesures de dépossession de la confiscation qui est envisagée comme une forme de sanction prononcée par les juridictions au titre de la répression de certains actes répréhensibles dans des matières économiques, telles les infractions douanières et celles relatives au change.

Le droit international ne dénie pas à l'Etat de territorialité le droit de prendre des mesures d'expropriation, de nationalisation, ou de dépossession. Le débat, longtemps galvaudé, a été tranché sous le couvert de l'idée de souveraineté qui a justifié le droit reconnu à l'Etat de prendre ces mesures de dépossession. Seulement, l'Etat d'accueil a toute latitude de renoncer à l'exercice de ce droit souverain de dépossession des investissements étrangers et ce, aussi bien par la voie conventionnelle, dans le cadre des accords bilatéraux d'investissement ou encore par la voie contractuelle dans le cadre des conventions d'investissement. Enfin, elle peut l'être par la voie unilatérale, dans le cadre des codes d'investissement. L'alinéa 2 de l'article 5 de la convention passée entre l'Algérie et la France citée plus haut, utilise bien la forme indicative pour appuyer cette idée de renonciation en disposant « ... ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation..... » Cette renonciation à prendre des mesures de dépossession a été jugée comme traduisant une certaine « ...régression de la notion de souveraineté permanente sur les ressources naturelles¹. »

Quelles seraient les conditions de licéité de ces mesures de dépossession ?

Au regard du droit international, dont les concepts principaux en la matière se retrouvent dans la majorité des accords bilatéraux d'investissement, la licéité des mesures d'expropriation et de nationalisation doit reposer sur le respect des procédures applicables en la matière et qu'organise la législation ou la réglementation de l'Etat hôte de l'investissement, ou des engagements internationaux souscrits par lui . De même, l'existence d'un motif d'intérêt public devra fonder cette mesure de dépossession. En troisième lieu, cette mesure doit être

¹D. Carreau et P. Juillard, « *Droit international économique* » précité, p.525.

exclusive de toute discrimination à raison de la seule nationalité de l'investisseur. Enfin, le paiement d'une indemnisation « *adéquate, prompte et effective* », selon la formule consacrée, fait en sorte que la mesure ne soit pas assimilée à une confiscation. L'alinéa 2 de l'article 5 de la convention conclue entre L'Algérie et la France citée plus haut reprend ces exigences et a posé la règle que « *...Les mesures de dépossession qui pourraient être prises, doivent donner lieu au paiement d'une indemnité adéquate et effective dont le montant sera calculé sur la valeur réelle des investissements concernés et évalué par rapport aux conditions économiques prévalant à la veille du jour ou des mesures ont été prises ou connues dans le public.*

Cette indemnité, son montant et ses modalités de versement sont fixés au plus tard à la date de dépossession. Cette indemnité est effectivement réalisable, versée sans retard et librement transférable. Elle produit, jusqu'à la date de versement, des intérêts calculés au taux d'intérêt officiel du droit de tirage spécial, tel que fixé par le FMI. » Il est curieux de relever que le texte de l'article 5 de la convention algéro-française se réfère à une formulation héritée de la tradition juridique américaine : « *adéquate, prompte et effective* », selon la fameuse formule de Hull, plutôt que d'utiliser la formule héritée de la tradition juridique française : « *juste et équitable* »

En quoi consiste l'« adéquation » d'une indemnisation à une mesure de dépossession? La tendance actuelle en matière d'indemnisation des investissements expropriés ou nationalisés prend en compte la nature des biens sur lesquels a porté la dépossession, c'est-à-dire que l'indemnisation sera adéquate lorsqu'elle se fonde sur la valeur réelle des biens saisis.

La promptitude et l'effectivité s'entendent qu'il soit mis à la disposition de l'investisseur dépossédé, en l'absence de tout délai, les montants qui ont fait l'objet d'une évaluation préalable et sur lesquels un accord aura été dégagé, de telle sorte qu'ils soient librement utilisables, soit par leur réinvestissement ou par leur transfert.

Après avoir passé en revue les garanties accordées aux investisseurs, nous nous proposons de voir, dans une deuxième section, quels sont les avantages qui leur sont consentis et selon quelles procédures ceux-ci seront déclinés.

SECTION II : LE CORPS DE PROCEDURE DE DECLARATION, DE DEMANDE ET DE DECISION D'OCTROI D'AVANTAGES

La procédure administrative de traitement de l'investissement, telle qu'elle découle des articles 3, 4 et 4 bis de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, modifiée et complétée, requiert, de la part de l'investisseur, l'accomplissement de deux formalités distinctes par les conditions de leur existence, leur nature, les effets en découlant, et leur mise en œuvre. Il s'agit de la déclaration d'investissement d'une part, et de la demande d'octroi d'avantages, qui, sous réserve de la régularité de la procédure, devrait aboutir à une décision d'octroi d'avantages, d'autre part. Dans leur calendrier, cependant, les deux procédures citées en premier, peuvent être sinon simultanées, du moins très proches l'une de l'autre, puisqu'il est exigé, pour ce qui concerne les investissements prétendant au bénéfice des avantages prévus, que la déclaration de l'investissement doive être préalable à tout début de réalisation, selon l'alinéa 2 de l'article 4 de l'ordonnance du 20 août 2001. Seulement cette règle de liaison de la déclaration avec la demande d'octroi d'avantages peut ne pas exister dans l'hypothèse sur laquelle nous reviendrons plus tard, où l'investisseur ne sollicite pas un régime d'avantages. A pousser le raisonnement encore plus loin, ni l'une ni l'autre de ces deux formalités ne serait exigible dans certaines hypothèses précises, à l'image d'un investissement réalisé par un résident sous le plafond fixé par la rédaction nouvelle de l'article 9 ter de l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001¹ et qui n'exprime pas le vœu de solliciter aussi bien les avantages que les services rendus par les structures de l'investissement.

Aussi, pour la clarté de l'exposé, nous entendons séparer ces deux formalités et nous consacrerons à chacune d'elle une séquence particulière de notre réflexion.

¹Nous reviendrons sur cette hypothèse ultérieurement.

Le régime de la déclaration d'investissement fera l'objet d'un premier paragraphe. Le deuxième sera consacré pour ce qui le concerne au régime de la demande d'octroi d'avantages.

PARAGRAPHE I : LE REGIME DE LA DECLARATION D'INVESTISSEMENT

Avant de procéder à l'examen des règles régissant la déclaration d'investissement telles qu'elles ressortent du dispositif de 2001, il nous paraît opportun de rappeler à travers une brève digression l'évolution du droit des investissements en Algérie sur la question précise des modalités de leur contrôle.

D'une façon générale, la réglementation des investissements procède par le moyen de l'acte administratif unilatéral qui est de nature à remplir la fonction d'information et d'investigation et de réglementation qui lui sont assignées. Lorsque le contrôle doit porter sur l'appréciation d'opportunité, le régime de l'autorisation préalable, dont les modalités sont variées allant de l'autorisation générale à l'autorisation particulière, de l'autorisation explicite à l'autorisation implicite¹, sera le procédé retenu. Mais lorsque le contrôle doit porter sur le domaine de l'information économique et statistique, le procédé de la déclaration qu'elle soit à priori ou à posteriori, peut suffire. Nous remarquerons donc, que le contrôle de la constitution des investissements surtout étrangers, utilise des procédés différents selon que l'on se place dans une logique de dirigisme ou de libéralisme.

L'évolution de la législation algérienne des investissements, par les mutations opérées à partir des années 90, exprimant l'option de la construction d'une économie libérale, s'est traduite sur cette question des procédés de contrôle des investissements, par le passage d'un régime d'agrément préalable à un régime plus libéral, celui de la déclaration préalable, voire à un régime de contrat par le truchement de la convention d'investissement². A ce propos, A. Bencheneb avait

¹Voir à ce sujet, D. Carreau et al, « *Droit international économique*, » op-cit, p.605.

²Cette question fera l'objet d'un examen ultérieurement dans le cadre du deuxième chapitre, p.351.

noté que « *la mise en place d'un système déclaratif de l'investissement est un corollaire du principe de liberté d'investissement. Comme toujours, il s'agit d'une liberté relative : l'Etat reste donc soucieux de disposer de l'information économique comme de la réalisation effective de l'investissement, en sorte que ce nouveau rapport de l'Etat à l'investissement exige une organisation*¹. »

En appui à ces arguments avancés par le Pr Bencheneb, nous serions tentés d'ajouter que la déclaration ne se limite pas simplement à une fonction informative abstraite. Cette formalité servira au moment de la mise en exploitation de l'investissement d'étalon de mesure des engagements formellement pris par l'investisseur, consignés dans la déclaration, tels que le nombre d'emplois à créer, à titre d'exemple avec la réalisation effective de ces derniers. La déclaration sera donc un instrument de la mise en œuvre du suivi des investissements que les structures en charge de l'investissement doivent effectuer afin de permettre à l'Etat, par l'entremise de l'ANDI et des services fiscaux, de vérifier l'usage des deniers publics qu'il a consenti lors de la décision d'octroi des avantages sous forme de défiscalisation.

La suppression de l'agrément préalable et son remplacement par une déclaration d'investissement consacre l'émergence d'un nouveau régime de contrôle des investissements en Algérie qui s'inscrit, comme il a été noté plus haut, dans l'optique d'un contrôle statistique et de suivi des investissements et non dans une optique d'appréciation de l'opportunité de ces derniers.

Le principe de la liberté d'investir qui sert de référence théorique à la technique de la déclaration a été énoncé de façon explicite par l'article 4 de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, avec toutefois la réserve émise par la même disposition concernant les activités réglementées² et le

¹ « *La loi algérienne...* » op- cit, p.42.

² Le décret exécutif n°97-40 du 18 janvier 1997 relatif aux critères de détermination et d'encadrement des activités et professions réglementées soumises à inscription au registre du commerce. J.O.R.A. n°5 du 19 janvier 1997, précité, soumet l'exercice de ces activités, en raison de préoccupations de sécurité, de préservation de la santé publique ou encore d'intérêts primordiaux nécessitant un encadrement juridique

respect de l'environnement¹. Toutefois, cette formalité de la déclaration ne doit pas être lue comme une entrave au libre exercice du principe en question et ne constituerait pas « *une condition de forme exigée ad validatem* (sous peine de nullité), *mais seulement une formalité* » d'accomplissement du principe, selon M. Haroun². En plus des limitations objectives auxquelles il est exposé et que nous venons d'évoquer, ce principe de liberté d'investissement, va être parasité par des engagements qui vont s'imposer à l'investisseur, non pas parce qu'il y aura souscrit lors de la déclaration de son investissement ou de sa demande d'avantages, mais par des mesures d'autorité qui vont intervenir dans la décision d'octroi, du seul fait que des avantages vont lui être accordés. Il en est ainsi de l'obligation consacrée par l'article 9 bis de l'ordonnance de 2001 et reprise par la loi de finances pour 2014³ qui pèse sur l'investisseur d'accorder la préférence aux produits et services d'origine algérienne⁴. L'octroi des avantages du régime général est subordonné à l'engagement écrit du bénéficiaire. De même, ladite disposition limite le bénéfice de la franchise de la taxe sur la valeur ajoutée aux seules acquisitions d'origine algérienne, avec cette exception toutefois, que cet avantage peut être consenti lorsqu'il est dûment établi l'absence d'une production locale similaire⁵. Ces

approprié, à divers procédés de contrôle parmi lesquels nous pouvons citer, les autorisations et les agréments préalables.

¹ Voir à ce propos, la loi n° 83-03 du 5 février 1983 relative à la protection de l'environnement, J.O.R.A n° 6 du 8 février 1983. L'article 76 de la loi en question soumet les installations classées en raison de la gravité des dangers ou des inconvénients que leur exploitation peut présenter, à un régime d'autorisation préalable. De son côté, l'article 131 de la même loi, fait obligation, dans le cadre des études préalables à la réalisation de l'aménagement ou d'ouvrages, qui, par leur importance ou incidences sur le milieu naturel, peuvent porter atteinte à ce dernier, de procéder à une étude d'impact afin d'évaluer les incidences éventuelles sur l'équilibre écologique et le cadre et la qualité de vie de la population.

² In, « *le régime des investissements en Algérie...* », op-cit, p,286.

³ L'article 74 dispose que les avantages fiscaux accordés aux promoteurs d'investissements dans le cadre du dispositif d'aide à l'investissement et du dispositif d'aide à l'emploi sont consentis au prorata du taux d'intégration des produits fabriqués localement, tout en renvoyant l'application de cette mesure à un texte réglementaire.

⁴ Cette obligation se retrouve formalisée même dans des conventions d'investissement conclues entre l'ANDI et des investisseurs.

⁵ Cette pratique n'est pas nouvelle et remonte à la période de l'A.P.S.I dont les articles 27 et suivants du décret du 17 octobre 1994 fixant les attributions de l'agence, chargent cette dernière d'octroyer les avantages par application de barème et grille d'analyse conforme aux politiques publiques en matière d'investissement.

engagements vont être formalisés dans la décision d'octroi des avantages, en vertu de l'article 8 qui indique que la décision de l'agence mentionne outre le bénéficiaire, les avantages accordés à celui-ci, les obligations à sa charge conformément aux dispositions de l'ordonnance de 2001. Les effets attachés à la décision d'octroi d'avantages sont exprimés en un ou plusieurs articles dans le corps même de la décision.

Le législateur algérien a opté pour le mécanisme de la déclaration à priori et non à posteriori, puisque le deuxième alinéa de l'article 4 de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, modifiée et complétée, dispose en son dernier alinéa, « ... *Les investissements bénéficiant des avantages de la présente ordonnance font l'objet, préalablement à leur réalisation, d'une déclaration d'investissement auprès de l'agence visée à l'article 6 ci-dessous* ».

Bien qu'étant préalable, il résulte, en première lecture, que la déclaration d'investissement ne constitue pas une procédure particulièrement contraignante pour l'investisseur, eu égard aux mentions que cette déclaration doit comporter. La souscription à la déclaration d'investissement se fait par le biais de formulaires fournis par l'A.N.D.I, les services du guichet unique décentralisé existant au niveau de chaque wilaya. La forme et les modalités de la déclaration d'investissement, devant être fixées par voie réglementaire, selon l'article 5 de l'ordonnance de 2001, celles-ci ont été réglementées par le décret exécutif n°08-98 du 24 mars 2008¹, et de l'arrêté émanant du ministère de l'industrie et de la promotion des investissements du 18 mars 2009², modifié et complété, fixant la composition du dossier et la procédure d'introduction de la déclaration d'investissement .

De plus, et dans le cas précis des entreprises publiques économiques, nous imaginons qu'elles doivent faire accompagner la déclaration d'investissement par l'avis favorable du holding public d'appartenance ou de la tutelle comme cela était le cas sous l'empire du décret législatif de 1993 relatif à la promotion de

¹J.O.R.A n°16 du 26 mars2008.

²J.O.R.A n° 31 du 18 mars 2009.

l'investissement dont le décret exécutif n°97-320 du 24 août 1997 fixant les modalités d'application de l'article 43 dudit décret législatif , et en son article 3 alinéa 2, fait peser cette obligation sur les entreprises publiques économiques.

Aussi, nous envisagerons cette formalité de la déclaration à travers, dans un premier temps, l'identification de ses attributs (A), pour nous interroger, par la suite, sur le caractère facultatif ou obligatoire de ce procédé (B).

A- : Les attributs de la déclaration d'investissement

Les formalités de déclaration et de demande d'avantages sont en réalité extrêmement interdépendantes l'une par rapport à l'autre. Les effets respectifs de ces deux formalités vont connaître une variation selon que l'investisseur demande expressément des avantages ou ne le fait pas. Les effets de la déclaration de l'investissement sont gradués et dépendent de la volonté de l'investisseur de prétendre ou non au bénéfice des avantages prévus par l'ordonnance de 2001.

a- : Nature et contenu de la déclaration d'investissement

Au sens de l'article 2 du décret n° 08-98 du 24 mars 2008 relatif à la forme et aux modalités de la déclaration d'investissement, de la demande et de la décision d'octroi d'avantages, la déclaration est une formalité par laquelle un investisseur exprime son intention de réaliser un investissement dans une activité de production de biens ou services telle que définie par l'article 1^{er} de l'ordonnance de 2001. De plus, cette activité ne doit pas figurer sur la liste des activités exclues du bénéfice des avantages prévues par le décret exécutif n°07-08 du 11 janvier 2007, modifié et complété, fixant la liste des activités, biens et services exclus des avantages prévus par l'ordonnance de 2001. Cette déclaration, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 2 cité plus haut, doit être préalable à tout début de réalisation de l'investissement, dans l'hypothèse où l'investisseur sollicite soit des avantages, soit les prestations de

l'agence. Cette disposition nous semble prendre l'apparence d'une véritable autorisation préalable inhérente au modèle d'économie administrative que le droit des investissements issu de l'ordonnance de 2001 était censé bannir. Cet état de fait prouve, à l'évidence que le droit algérien en la matière ne s'est pas encore totalement adapté à l'esprit du libéralisme qui a présidé à la nouvelle législation sur les investissements. La déclaration d'investissement est établie, en vertu de l'article 3 du décret de 2008, selon les formes mentionnées à l'annexe 1 dudit décret. Celle-ci est effectuée sur la base d'un formulaire fourni par l'agence¹.

L'examen de ce formulaire fait ressortir un ensemble de mentions qui doivent figurer dans la déclaration d'investissement. Parmi celles-ci, les rubriques de 1 à 4 de la déclaration concernent des informations générales tenant à l'identification de l'investisseur pour déterminer si ce dernier serait une personne morale ou une entreprise individuelle. Dans le premier cas, des informations relatives à l'identité et la nationalité des associés et actionnaires sont requises. L'origine des capitaux ainsi que le secteur juridique de l'investisseur doivent être déclarés. La deuxième rubrique est pour sa part, relative à l'identification du représentant légal ou statutaire. La troisième concerne l'historique des décisions d'octroi d'avantages dans l'éventualité où l'investisseur a eu à en bénéficier par le passé. La quatrième, enfin, renseigne sur la nature de l'investissement que compte réaliser l'investisseur, s'il s'agit d'une création nouvelle ou une extension d'activité etc.

La cinquième rubrique porte sur des questions de première importance au regard des effets que les mentions demandées peuvent induire. L'identification de la nature et la consistance du projet va se décliner à travers des informations qui vont déterminer dans une grande mesure l'octroi des avantages sollicités. En premier lieu, le domaine et code d'activité vont permettre de s'assurer que l'investissement projeté ne porte pas sur des activités réglementées, auquel cas, il faudra produire en appui de la déclaration les autorisations nécessaires à l'accomplissement de

¹Dans ses actions proactives nouvellement engagées par l'ANDI, il est permis de procéder à la déclaration d'investissement online.

l'activité réglementée, et ce, en application du décret exécutif n° 97-40 du 18 janvier 1997, modifié et complété relatif aux critères de détermination et d'encadrement des activités et professions réglementées¹. De plus, et par-delà ces activités réglementées, les informations relatives au domaine d'activité vont permettre d'éliminer tout risque d'investissement dans des activités tout simplement prohibées ou expressément réservées à l'Etat, à l'image des activités de fabrication militaire ou de frappe de monnaie, à titre d'exemple. De même, la spécification du domaine de l'activité et la consistance du projet vont permettre de savoir une fois de plus, si cette dernière ne figure pas dans la liste négative des activités exclues du bénéfice des avantages de l'ordonnance de 2001 telles que fixées par le décret exécutif n°07-08 du 11 janvier 2007 mentionné précédemment. Auquel cas, la demande d'avantages qu'introduira l'investisseur se verra naturellement notifier un refus de la part de l'agence.

La localisation de l'investissement va revêtir, elle également une importance particulière. L'indication du lieu d'implantation dans la déclaration d'investissement, une fois recoupée avec la demande d'avantages, va permettre de déterminer avec précision le régime fiscal auquel pourra prétendre l'investisseur. En d'autres termes, l'implantation pourra être projetée dans des zones à promouvoir, au sens de l'article 18 de la loi 2001-20 du 12 décembre 2001 relative à l'aménagement et au développement durable du territoire² et bénéficient du seul fait de cette localisation d'un statut fiscal privilégié, celui du régime dérogatoire de l'ordonnance de 2001³. L'indication de la localisation du lieu d'implantation dans la déclaration d'investissement peut cependant, soulever une difficulté, très justement observée par M. Haroun⁴. Il s'agit de la situation où un investissement projette de se

¹L'exercice de ces activités, au sens du décret dont il est question, met en œuvre une palette assez variée de procédés de réglementation tels que l'autorisation administrative, l'autorisation d'exploitation, l'agrément, l'accord préalable, le permis et l'homologation.

²J.O.R.A n°77 du 15 décembre 2001.

³ Outre cette référence réglementaire, les zones à développer ont été définies dans une décision émanant du CNI que nous examinerons ultérieurement.

⁴In, *Le régime des investissements... op.cit.*, p, 273.

déployer dans des lieux d'implantation différents qui ressortent pour l'un du régime général concernant par exemple le siège social de l'entreprise, et pour l'autre du régime des zones à développer concernant l'unité de production de l'entreprise. La solution logique en la matière serait de faire bénéficier les deux localisations des avantages accordés aux zones géographiques auxquelles ils appartiennent respectivement l'un et l'autre. C'est cette solution qui a été retenue par l'article 13 de l'arrêté du 18 mars 2009 fixant la composition du dossier et la procédure d'introduction de la demande d'investissement, cité auparavant, puisque le dernier alinéa précise qu'en cas de pluralité d'unités ou d'implantations, la décision d'octroi d'avantages doit distinguer celles qui relèvent du régime général de celles qui relèvent du régime dérogatoire des zones à développer². Cette solution est également retenue par l'article 22 de l'arrêté interministériel du 25 juin 2008 relatif au constat d'entrée en exploitation des investissements déclarés dans le cadre de l'ordonnance de 2001¹ qui soumet, en cas de pluralité d'unités ou d'implantations, celles relevant du régime général aux avantages y afférents et celles du régime dérogatoire aux avantages s'y rapportant. Seulement, sur un plan fiscal général, et dans l'hypothèse où ces implantations sont localisées dans des sites différents, et que les initiateurs des projets d'investissements sont des entreprises différentes appartenant au même groupe de sociétés, la modification de l'article 141 du code des impôts directs et taxes assimilées par l'article 4 de la loi de finances complémentaire pour 2010², admet désormais, que les bénéfices qui auraient été réalisés par des entreprises du même groupe, soient inclus dans les bénéfices imposables du groupe.

Toujours en matière de consistance du projet, la déclaration d'investissement contient une rubrique relative au nombre d'emplois directs que le projet compte créer. Les prévisions de créations d'emplois directs sont d'une importance réelle et ont une incidence directe sur le régime ou la durée de certains avantages dont

¹J.O.R.A n° 57 du 5 octobre 2008.

²J.O.R.A n°49 du 29 août 2010.

l'investissement pourra bénéficier. Dans ce cadre, il est à noter que l'article 9 de l'ordonnance du 20 août 2001, à l'issue de sa modification par l'article 49 de la loi de finances complémentaire pour 2010, prévoit dans son alinéa 2 relatif aux avantages du régime général que l'investissement pourra bénéficier d'une exonération en matière d'IBS et de TAP pour une durée de trois (3) ans, à partir du démarrage de l'activité lorsque le nombre d'emplois créés peut arriver à cent (100). La même durée est portée à cinq (5) ans lorsque le nombre d'emplois créés dépasse le nombre de cent (100). La rubrique relative aux emplois à créer ne concerne que les emplois directs aussi bien en personnel d'encadrement, de maîtrise que d'exécution et ne contient pas de mentions relatives aux emplois indirects ou saisonniers que le démarrage de l'activité pourrait induire. Ce serait là un levier à ne pas négliger pour la définition d'éléments fiables en matière de statistiques relatives aux taux d'occupation de la population si cette mention venait à figurer dans le canevas du formulaire de déclaration.

L'impact du projet d'investissement sur l'environnement en matière de pollution, de toxicité ou de nuisance fait l'objet, lui aussi, d'une attention toute particulière. L'Algérie, dans le sillage de la prise de conscience universelle en matière de préservation de l'environnement, se manifestant par un développement soutenu des instruments internationaux qui lui sont dédiés, a adopté une législation et réglementation spécifiques en la matière¹. L'impact environnemental des projets d'investissement est pris en compte à travers deux niveaux de préoccupation dans le régime des avantages de l'ordonnance de 2001. Un niveau général qui vise la préservation du milieu naturel à travers les schémas mis en place par la loi de 1983 sur la protection de l'environnement et de son décret d'application, à savoir l'étude d'impact et l'autorisation et qui bénéficie des avantages du régime général. Le

¹Loi n° 83-03 du 5 février 1983 relative à la protection de l'environnement, J.O.R.A n°6 du 8 février 1983 et le décret exécutif n° 98-339 du 4 novembre 1998 définissant la réglementation applicable aux installations classées et fixant leur nomenclature .J.O.R.A n°82 du 4 novembre 1998. Cette nomenclature dresse une liste des activités économiques polluantes qui sont soumises soit au régime de la déclaration préalable soit celui de l'autorisation.

deuxième niveau, qui est spécifique, est celui du régime dérogatoire de la convention régie par l'article 10 de l'ordonnance de 2001 pour les investissements qui présentent un intérêt écologique particulier pour l'économie nationale, et ce, en utilisant des technologies propres susceptibles de préserver l'environnement, de protéger les ressources naturelles, d'économiser l'énergie et de conduire au développement durable, selon les termes mêmes de cet article. Ces dispositifs d'encouragement, visent, dans leur essence à faire coupler les objectifs de croissance économique et de préservation de l'équilibre écologique si difficile à réaliser¹, lorsque nous constatons l'état désastreux de certains bassins de vie où des activités industrielles polluantes ont été implantées.²

La durée de réalisation du projet fait l'objet d'une rubrique contenue dans la déclaration d'investissement à l'effet de renseigner l'administration sur la durée prévisionnelle du montage du projet. Cette mention est d'autant plus importante que le bénéfice des avantages liés à la période de réalisation de l'investissement est prédéfini selon le régime choisi pour certains, à l'image des investissements réalisés sous le régime de la convention, qui ouvrent droit aux avantages pour une durée de réalisation de cinq (5ans), selon les termes de l'article 12 ter de l'ordonnance de 2001. Pour les autres, la durée de réalisation doit être convenue préalablement entre l'investisseur et l'agence, lors de la décision d'octroi des avantages. Ce délai commence à courir à compter de la date de la notification de cette décision, sauf décision de l'Agence fixant un délai supplémentaire.

Enfin, les rubriques 8, 9 et 10 de la déclaration d'investissement renseignent sur la structure de l'investissement éligible aux avantages, au cout global de l'investissement et aux données financières du projet.

¹Nous aurons l'occasion de revenir sur cette difficile équation entre l'environnement et l'investissement dans nos développements ultérieurs. Voir, infra, p, 330 et s.

²A titre d'exemple, une étude épidémiologique conduite par des chercheurs de la faculté de médecine d'Oran dans les années 2000 et rapportée par le quotidien La Tribune du 11 juin 2013, a établi que «8 à 10% de la population des villages environnants des décharges et pools de pollution industrielle présentent des rhinites ou de l'asthme et 8% des enfants en âge d'être scolarisés étaient atteints de crise d'asthme alors que la moyenne est de 5%». L'enquête avait été réalisée à Arzew, localité à très forte pollution industrielle en raison de la présence de nombreuses unités de traitement de produits pétroliers et gaziers.

La structure de l'investissement éligible aux avantages doit révéler des informations quantifiées monétairement sur les frais préliminaires engagés par l'investisseur, le terrain sur lequel il compte implanter son projet d'investissement, les équipements de production qu'il compte mettre en place et sur la construction du projet. Pour ce qui concerne le coût global de l'investissement, celui-ci renseignera en monnaie locale, le coût des biens et services qui peuvent bénéficier des avantages, qu'ils soient produits localement ou importés, mais également ceux ne bénéficiant pas des avantages fiscaux. Parmi tous ces biens, les apports en nature doivent faire l'objet d'une évaluation précise. Les données financières générales du projet revêtent pour leur part, une importance particulière. Elles doivent faire ressortir un ensemble de données relatives au montant des apports en fonds propres, les emprunts bancaires dont a pu bénéficier l'investissement ainsi que les subventions éventuelles qui peuvent lui être accordées. Sur le plan des données financières, c'est la question des fonds propres qui nous interpelle le plus, compte tenu des évolutions intervenues en la matière. La mention des schémas d'investissement et de financement ne fait plus référence aux seuils minimums de fonds propres que les données présentées dans la déclaration devaient inclure. Ces seuils qui existaient sous l'empire du décret exécutif n°94-323 du 17 octobre 1994 fixant le seuil minimum de fonds propres relatifs aux investissements¹, ne sont plus exigés dans le cadre de l'ordonnance de 2001. Ceci reviendrait à dire que l'A.P.S.I exerçait un avis de conformité de la déclaration d'investissement au sujet des fonds propres apportés par l'investisseur. Dans l'hypothèse du non-respect par l'investisseur du seuil minimum, l'A.P.S.I était en droit de lui refuser l'octroi des avantages sollicités. Or, l'ordonnance de 2001, et spécialement avec la réforme lourde qu'elle a connue par la grâce de la loi de finances complémentaire de 2009, a opté pour un autre schéma de financement des investissements. En effet, L'article

¹J.O.R.A n° 67 du 19 octobre 1994. Le décret en question précisait en son article 2 qu'il était entendu par « fonds propres », l'apport initial en capital de l'investisseur lorsqu'il s'agit d'investissements nouveaux. Les seuils, quant à eux, étaient définis par l'article 3 et variaient selon le montant global de l'investissement et se situaient dans une fourchette allant de 15 à 30% du montant global.

58 de la loi de finances précitée , a modifié et complété l'ordonnance du 20 août 2001 par l'ajout d'un article 4 bis, lequel, en son dernier alinéa, a posé la règle du financement local des investissements en disposant que : « *Les financements nécessaires à la réalisation des investissements étrangers, directs ou en partenariat, à l'exception de la constitution du capital, sont mis en place, sauf cas particulier, par recours au financement local...* » Ce texte est donc venu pour préciser davantage les nouveaux schémas mis en place qui s'articulent selon la règle du financement local en admettant toutefois, des apports en fonds propres lorsqu'il s'agit de la dotation en capital initial de la société au moment de sa constitution. Toutefois, il faudrait ajouter à cela que le décret exécutif n° 13-320 du 26 septembre 2013 précisant les modalités de recours aux financements nécessaires à la réalisation des investissements étrangers directs ou en partenariat¹, admet désormais le recours au financement extérieur dans les limites fixées par le texte. Aussi, sur la base de ces nouveautés introduites, il est désormais entendu par fond propres les apports en capital de l'investisseur qu'ils soient en nature ou en numéraire, qui constituent la contribution des actionnaires au capital de la société, mais également les avances d'actionnaires telles que désormais admises pour les investisseurs étrangers.

b- : Effets et mis en œuvre de la déclaration d'investissement

La relation opérée par l'alinéa 3 de l'article 4 de l'ordonnance n°01-03 du 20 août 2001, entre la décision d'octroi d'avantages et l'obligation de déclaration des investissements nous permet de penser que ces derniers font l'objet à la fois, d'un contrôle en amont de l'appréciation de l'opportunité, puisque les avantages ne sont consentis que pour ceux qui s'insèrent dans la stratégie définie par le CNI et en aval, d'un contrôle d'information, statistique et de suivi, à travers le mécanisme de

¹Voir, à ce sujet, supra, p, 230

la déclaration pour les investissements qui ne souhaitent pas bénéficier du régime de faveur. L'effet principal de la déclaration consiste en ce que cette dernière constitue une formalité génératrice de droits.

La souscription à la déclaration de l'investissement n'emporte pas automatiquement le bénéfice de ces avantages. Tout au plus, celle-ci donne lieu au bénéfice des garanties légales qu'organise l'article 4 de l'ordonnance de 2001 en admettant, in fine, que les investissements bénéficient de plein droit de la protection et des garanties prévues par les lois et règlements en vigueur. Quel est le sens à donner à cette reconnaissance ? Avant toute chose, il est à remarquer qu'il s'agit là de garanties légales, c'est-à-dire des engagements pris par un instrument législatif de l'Etat algérien à assurer la protection selon les standards reconnus en la matière, des investissements qui auront satisfait aux conditions de leur admission. Les garanties contractuelles seront celles que des engagements bilatéraux de l'Etat auront définies pour les ressortissants des Etats parties aux TBI. Aussi, la disposition de l'article 4 que nous venons d'évoquer va surtout s'adresser aux investissements étrangers car, on n'imaginerait mal un investisseur résident, c'est-à-dire local, se prévaloir, à titre d'exemple, de la garantie de transfert des bénéfices. Tout comme il serait difficilement concevable qu'il se prévale de l'égalité de traitement puisque ce standard du traitement identique est destiné à assurer la protection de l'investisseur étranger.

En tout état de cause, et dans l'hypothèse sur laquelle nous reviendrons plus tard, où l'investisseur ne sollicite pas d'avantages, l'article 4 assure aussi bien à l'investisseur résident comme non-résident, la protection de plein droit de leurs biens.

En outre, sur le plan procédural, l'article 6 du décret exécutif n°08-98 du 24 mars 2008 relatif à la déclaration d'investissement, de la demande et de la décision d'octroi d'avantages, dont les dispositions ont été précisées par l'article 7 de l'arrêté 18 mars 2009 fixant la composition du dossier et la procédure d'introduction de la demande d'investissement, exige que la déclaration doive être accompagnée de

plusieurs pièces, dont notamment, en cas de demande d'avantages, d'une liste de biens et services éligibles aux avantages fiscaux qui vise à attester la conformité des informations qui y sont contenues avec celles de la déclaration, et plus largement encore, avec les dispositions réglementaires relatives aux activités, biens et services exclus des avantages.

Le dossier que l'investisseur devra fournir, en appui à sa déclaration, varie selon qu'il sollicite ou non les avantages. L'article 3 du décret exécutif susmentionné prévoit explicitement que la procédure de déclaration est engagée selon des dossiers différenciés selon que des avantages sont ou ne sont pas sollicités. Dans le premier cas, et outre la liste des biens et services éligibles aux avantages, qui constitue donc, la clé de voute du dispositif procédural, l'article 7 de l'arrêté du 18 mars 2009 cité plus haut, distingue deux procédures distinctes, selon que l'investissement projeté concerne une création nouvelle, ou bien, lorsqu'il s'agit d'extension, de restructuration ou de réhabilitation, et ce, en exigeant d'une part, des pièces communes à tous les types d'investissements, et d'autre part, des pièces concernant seulement les investissements autres que les créations nouvelles. Dans ce dernier cas, de par leur nature d'investissements déjà réalisés, et ayant bénéficié d'une décision initiale d'avantages, la déclaration relative à ces types d'investissements doit être accompagnée, selon le point 2 de l'article 7, soit d'un procès-verbal de constat d'entrée en exploitation totale, soit d'une attestation de clôture, soit d'une main-levée définitive.

La déclaration d'investissement est effectuée auprès du guichet unique territorialement compétent de l'agence, selon l'article 4 dudit décret par l'investisseur lui-même, ou toute personne le représentant, sur la base d'une procuration légalisée établie selon le modèle fixé à l'annexe II du décret exécutif n° 08-98 du 24 mars 2008 relatif à la forme et aux modalités de la déclaration d'investissement, de la demande et de la décision d'octroi d'avantages.

Sur le plan de la vérification des mentions portées dans la déclaration, cette dernière peut faire l'objet d'une double vérification, instantanée pour la première,

différée et à posteriori, pour la seconde. L'article 14 du décret exécutif n°08-98 sus-cité, charge les services de l'ANDI de procéder à une vérification de la déclaration d'investissement, à l'effet de s'assurer de la conformité des renseignements qui y figurent avec les pièces fournies en appui du dossier, concernant tout particulièrement l'activité et les biens et services s'y rapportant, qui ne doivent pas faire l'objet d'une exclusion au regard de l'ordonnance de 2001 et des textes subséquents. Ceci pour la vérification immédiate. Pour la vérification à posteriori, l'article 15 du décret de 2008, charge aussi bien l'ANDI que les autres administrations chargées de la mise en œuvre des avantages, en l'occurrence, les services des impôts, des douanes et des domaines, d'effectuer des contrôles a posteriori, à l'effet de vérifier si les avantages ont été bel et bien affectés à l'usage pour lequel ils ont été consentis. Si d'aventure, le lien entre les avantages et l'activité venait à manquer, l'article 15 permet, selon le cas, la suppression des biens et services litigieux de la liste des biens et services ayant bénéficié d'avantages, ou bien le rappel pur et simple des droits en cas de consommation des avantages. Ces procédures contraignantes de contrôle ont été rendues nécessaires après que des constats de détournements d'avantages ont été relevés du fait d'un manque de suivi né de l'enchevêtrement de compétences entre les différents intervenants que nous venons de citer auparavant. Depuis la première réforme de 2006, les attributions des uns et des autres ont été précisées afin de permettre à chacun des maillons de la chaîne de l'investissement, d'intervenir dans son champ de compétence spécifique¹.

En tout état de cause, l'achèvement des opérations de vérification, selon les termes de l'article 12 de l'arrêté du 18 mars 2009 fixant la composition du dossier et

¹Ces conclusions ont été tirées d'un entretien accordé par le directeur général de l'ANDI à l'édition économie du journal El Watan du 29 au 29 novembre 2009. De plus, et avant que la liste négative des activités, biens et services exclus des avantages ne soit promulguée, conformément au décret exécutif de 2007, des abus ont été constatés dans l'intégration des véhicules à usage personnel dans la catégorie de biens bénéficiant d'avantages. Depuis, l'annexe II du décret exécutif n°07-08 du 11 janvier 2007 fixant la liste des activités, biens et services exclus des avantages, a introduit le matériel de transport routier de marchandises et de personnes pour propre compte, dans la liste des biens exclus.

la procédure d'introduction de la déclaration d'investissement, donne lieu à l'établissement d'une attestation de dépôt de déclaration d'investissement, selon un modèle pré-établi, qui clôture la procédure de déclaration.

B- : Le caractère obligatoire ou facultatif de la déclaration

La sémantique générale de l'article 4 de l'ordonnance du 20 août 2001, modifiée et complétée, donne à penser que la déclaration d'investissement est une formalité dont l'accomplissement est obligatoire en disposant que : « *les investissements bénéficiant des avantages de la présente ordonnance, font l'objet préalablement à leur réalisation, d'une déclaration d'investissement.....* » Une lecture attentive de ce texte de loi nous permet de penser que la perspective d'une demande d'avantages fait peser sur l'investisseur une véritable obligation de déclaration de son investissement selon les procédures que nous venons de préciser un peu plus haut. Ce sentiment est corroboré par l'alinéa 2 de l'article 2 du décret exécutif du 24 mars 2008 relatif à la forme et aux modalités de la déclaration et de la demande d'avantages qui prescrit lui également le caractère préalable de la déclaration avant tout début de réalisation, en cas de demande d'avantages, et ce, en disposant « *La déclaration est préalable à tout début de réalisation.* ». A ce niveau précis, et avant de poursuivre la réflexion sur cette question de l'obligation ou non de la déclaration, une clarification d'ordre lexicologique nous semble s'imposer. Les deux textes que nous venons de citer n'utilisent pas les mêmes temps dans leurs rédactions respectives. Ceci peut donner lieu à une appréciation divergente de leur disposition. Le texte de l'article 4 de l'ordonnance de 2001 utilise le terme de bénéficiant, qui est un participe présent sous forme verbale. Ceci peut indiquer que l'investissement bénéficie déjà des avantages, auquel cas, il rentrerait en contradiction avec la prescription de l'article qui exige l'accomplissement de la formalité avant tout début de réalisation. La rédaction de cet article introduit de ce fait un certain doute quant à la simultanéité de la

déclaration d'investissement et de la demande d'avantages qui constitue une règle de procédure expressément établie par l'article 7 du décret précité et sur laquelle nous reviendrons un peu plus loin. A l'inverse, la rédaction de l'article 2 du décret exécutif de 2008 nous semble plus appropriée puisque l'alinéa 2 a été rédigé sous une forme qui ne prête à aucune confusion. Aussi, pour ce qui nous concerne, nous pensons qu'il serait plus avisé de reformuler l'article 4 de l'ordonnance de 2001 dans le sens que nous venons d'indiquer afin d'éviter tout risque de lecture erronée de cette disposition légale.

Sur un autre plan, la règle de l'obligation de la déclaration d'investissement que nous venons de mettre en évidence à travers les deux dispositions citées en appui, est contrariée par une autre disposition contenue dans l'arrêté du ministère de l'industrie et de la promotion des investissements du 18 mars 2009, cité plus haut, relatif à la composition du dossier et la procédure d'introduction de la déclaration d'investissement. L'article 2 du texte en question, pose le principe que la déclaration d'investissement « ... *est une formalité facultative, par laquelle un investisseur exprime son intention de réaliser un investissement dans une activité économique de production de biens et de services entrant dans le champ d'application de l'ordonnance n°01-03 du 20 août 2001, susvisée.* » Cette disposition vient révéler une ambivalence des textes en matière de déclaration. Alors que les premiers textes cités traduisent une règle d'obligation de la déclaration, l'arrêté sus-visé, et en termes qui ne souffrent d'aucune ambiguïté, définit la déclaration comme une formalité facultative. Du point de vue sémantique, ce qui est facultatif n'est pas obligatoire. De ce fait, ceci rentrerait en totale contradiction avec l'esprit même qui aurait présidé à l'instauration de cette formalité, mais également avec des dispositions légales relatives à des questions assez sensibles telles que celles concernant les investissements étrangers. Si nous devons nous arrêter à une lecture formelle de cette disposition, nous pouvons considérer que les investissements étrangers peuvent ne pas accomplir cette formalité que l'article 2 qualifie de facultative, et qui de ce fait, peuvent contourner

l'ensemble des mesures d'autorité mises en place afin, précisément de contrôler ces investissements. Ceci irait à contre-sens de toute la législation actuelle des investissements en Algérie.

En tout état de cause, la question du caractère obligatoire ou facultatif de la déclaration d'investissement, donne lieu à deux hypothèses possibles.

Dans la première, l'investisseur procède à la déclaration de son investissement sans prétendre accéder aux avantages prévus par l'ordonnance de 2001. Dans ce cas de figure, l'investisseur procède à la déclaration préalable de son investissement, en vertu des articles 4 bis de l'ordonnance de 2001, mais surtout 4 de l'arrêté du 18 mars 2009 qui prescrit, seulement que la déclaration revêt valeur de document statistique. L'article 6 du même texte précise quant à lui, que dans cette hypothèse, la déclaration sans demande d'avantages est réceptionnée sans autre formalité. Cela veut dire que les conditions de forme relatives à la composition du dossier y afférent n'ont pas lieu d'être exigées par les structures de l'agence par le seul fait que des avantages ne sont pas sollicités. Elle doit donner lieu à attestation de dépôt de déclaration tout comme c'est le cas pour les déclarations avec demande d'avantages. La déclaration d'investissement est donc suffisante pour accéder aux garanties légales prévues dans le titre III de l'ordonnance de 2001. Toujours dans cette hypothèse, nous estimons pour notre part, qu'étant facultative, la déclaration peut très bien ne pas être accomplie lorsque un investisseur ne compte solliciter ni les avantages ni les services des structures de l'investissement et, lorsque le montant de l'investissement projeté, se situe en deçà du seuil fixé par l'article 9 ter de l'ordonnance de 2001, à savoir 1.500.000.000 DA. Il reste entendu que cette éventualité ne concerne que les investissements locaux. Par contre, les investissements étrangers sont astreints à cette obligation qui constitue un prérequis à leur admission d'autant, que des règles subséquentes, en matière de niveau de participation, de financement et autres, leur sont imposées¹. La soustraction de

¹Voir supra, p, 197 et s.

l'investisseur local à l'obligation de la déclaration de son investissement n'expose en rien ce dernier à des sanctions dûment consacrées par un texte de loi. Aucune disposition n'est prévue pour sanctionner la situation où un investisseur dans le cas de figure que nous avons évoqué plus haut, venait à ne pas accomplir cette formalité, qui est et qui reste facultative. Dans cette logique, l'article 25 de l'arrêté interministériel relatif au constat d'entrée en exploitation cité plus haut, exonère l'investisseur n'ayant pas sollicité d'avantages, de cette formalité qui, elle reste obligatoire pour ceux qui ont bénéficié du régime de faveur. Cette solution nous paraît logique puisque l'investisseur dans ce cas de figure, n'est redevable, sur le plan des avantages, à aucune des administrations fiscale, douanière, domaniale ou financière. De plus, cette impression est confortée par le dernier alinéa de l'article 22 du décret exécutif de 2008 cette fois-ci, qui définit l'attestation de dépôt de déclaration. Il précise que cette dernière concerne l'investisseur sollicitant des avantages ou bien celui, qui renonçant aux avantages «... *souhaite*¹ *obtenir une déclaration.* »

Cependant, l'article 25 de l'arrêté sus-mentionné, prévoit tout de même la fourniture par l'investisseur des états annuels d'avancement des projets, et ce, dans le strict cadre d'information de la déclaration d'investissement. Au demeurant, cette dernière formalité n'est pas obligatoire dans l'absolu, dans le cas où l'investisseur n'aurait pas déclaré son investissement. Cependant, le réflexe de citoyenneté économique devrait, même en cas de non demande d'avantages, pousser les investisseurs à procéder à la formalité de déclaration afin de permettre la mise sur pied d'informations économiques et de statistiques fiables pouvant aider à une bonne gouvernance de l'économie du pays.

Dans la deuxième hypothèse, l'investisseur exprime son désir d'accéder aux avantages prévus par l'ordonnance de 2001. Dans ce cas de figure, la déclaration d'investissement est un acte obligatoire que nous retrouvons quasiment dans toutes

¹ C'est nous qui soulignons.

les étapes du déroulement de la procédure de demande d'avantages. Nonobstant l'indication de facultative de l'article 2 de l'arrêté émanant du ministère de l'industrie et de la promotion de l'investissement du 18 mars 2009, il est fait, en pratique, obligation au promoteur de l'investissement de faire accompagner la demande expresse de demande d'avantages d'une liste de biens et services éligibles aux avantages fiscaux, introduite, auprès du guichet unique décentralisé de l'ANDI par une déclaration d'investissement. L'article 7 du décret exécutif n°08-98 relatif à la déclaration, demande d'avantages et décision d'octroi d'avantages rend obligatoire la formalité de déclaration dans ce cas précis de demande d'avantages. Il en est de même de l'arrêté du 18 mars 2009, qui sans aborder de manière frontale la question de l'obligation de la déclaration, n'en place pas moins cette dernière en tête des pièces constitutives du dossier de demande d'avantages, et ce, conformément à son article 7 point 1. Dans le même registre, l'arrêté interministériel du 25 juin 2008 relatif au constat d'entrée en exploitation des investissements déclarés, fait lui également obligation, en son article 4, à l'investisseur de produire une copie de sa déclaration d'investissement, à côté d'autres pièces, en vue d'obtenir le constat d'entrée en exploitation qui lui permet d'accéder aux avantages de la phase d'exploitation. Aussi bien l'article 4 de l'ordonnance de 2001 que les textes subséquents pris pour son application établissent, dans leur totalité, une règle de concordance entre la procédure de déclaration d'investissement et celle de la demande d'octroi d'avantages.

Le dépôt de la déclaration se fait auprès du GUD territorialement compétent de l'agence, en vertu de l'article 4 du décret exécutif de 2008 et cette formalité devra se limiter exclusivement à comporter des mentions ou formalités prévues par les seuls lois et règlements régissant l'investissement, selon l'article 5, sans qu'il soit permis aux structures susmentionnées d'y ajouter quelque mention, exigence ou obligation que ce soit.

La formalité de déclaration s'achève par la délivrance d'une attestation de dépôt de déclaration qui clôture les opérations de vérification auxquelles elle a

donné lieu. Elle est délivrée séance tenante à l'investisseur, selon l'article 20 du décret de 2008, dans les deux hypothèses de demande comme de non demande d'avantages. Les déclarations portant sur des activités sortant de la définition que donne l'ordonnance de 2001 de l'investissement sont déclarés irrecevables et font l'objet d'une notification de rejet prise par le directeur du GUD.

Après avoir fixé le cadre de déroulement de la procédure de déclaration, il y a lieu d'examiner celui de la procédure de demande d'octroi d'avantages.

PARAGRAPHE II : LE REGIME DE LA DEMANDE ET DE LA DECISION D'OCTROI D'AVANTAGES

Nous avons précédemment défini les avantages comme étant des bénéfices dont peut tirer profit un investisseur du fait des aménagements spécifiques que lui accorde la loi en matière fiscale, parafiscale, douanière ou autres, d'après l'énumération opérée par l'article 9 de l'ordonnance de 2001. Le dispositif d'encouragement offre de nombreux avantages en matière de financement, de fiscalité et de droits de douane, de réalisation d'infrastructures, de concession de terrains etc. En matière d'investissements, l'avantage fiscal représente l'ensemble des exonérations ou des réductions d'impôt sur les bénéfices des sociétés, et de tous impôts, taxes, dont bénéficie l'investisseur dans le cadre du dispositif de soutien à l'investissement. Ces avantages fiscaux peuvent être redéfinis, précisés ou modifiés chaque année dans la nouvelle loi de finances.

L'avantage fiscal peut également concerner les taxes parafiscales. Ces dernières sont des prélèvements obligatoires réalisés par voie d'autorité, recevant des affectations déterminées d'ordre économique et social, au profit d'institutions ou organismes publics autres que l'Etat ou les collectivités locales¹, ou privés. Ce

¹Le Conseil d'Etat, dans son arrêt rendu en assemblée le 21 novembre 1958 « *Syndicat national des transporteurs aériens* » a défini la redevance pour service rendu qui est l'autre dénomination de la taxe parafiscale comme étant « *Toute redevance demandée à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement ou d'entretien d'un ouvrage public, et qui trouve sa*

prélèvement obligatoire est souvent qualifié d'« *impôt corporatif* » en ce qu'il bénéficie exclusivement aux corporations de métiers ou à des activités d'intérêt public¹. Leur régime juridique est hybride et leur recouvrement obligatoire peut nécessiter le recours à la contrainte, ce qui les apparente à l'impôt. Mais, en raison de leur affectation à des organismes privés ou parapublics spécifiques, le caractère d'impositions ne leur est pas reconnu.

Les avantages en matière douanière consistent en l'exonération, conformément aux dispositions des articles 09 et 11 de l'ordonnance de 2001, des droits de douane pour les biens entrant directement dans la réalisation de l'investissement et définis comme étant « *les biens destinés à être immobilisés à l'actif de l'entreprise, y compris ceux constituant un apport en nature à son capital, acquis pour être utilisés de manière durable comme instrument de travail ou moyens d'exploitation et sans lesquels l'investissement ne peut être mis en exploitation. Il y est particulièrement visé les machines, les équipements, les outillages et les autres biens accessoires de production ; Les biens incorporables nécessaires à l'opération d'immobilisation; il s'agit notamment des intrants devant servir ou être utilisés dans la construction des bâtiments et autres installations amortissables fixes. Les équipements et matériels amortissables, y compris les véhicules utilitaires, destinés à la gestion et au fonctionnement en relation avec la nature et le niveau de l'activité envisagée (bureaux, immobilier....etc.* »²

Les avantages en matière de concessions foncières sur le domaine de l'Etat peuvent être octroyées avec abattements conséquents sur le prix de la concession en

contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage. » Disponible sur l'url. [www.conseil d'Etat.fr](http://www.conseil-d-etat.fr).

¹A titre d'exemple, en droit algérien, les taxes perçues par l'institut national algérien de la propriété industrielle (INAPI) sont affectées à la protection des marques de fabrique, des dessins et modèles constitutifs de la propriété commerciale. De même, le produit de la taxe sur les sacs en plastique, instituée par l'article 53 de la loi de finances pour 2004 (J.O.R.A n°83 du 29 décembre 2003). Elle s'applique aux sacs en plastique importés ou fabriqués localement et le produit de cette taxe est affecté au compte d'affectation spéciale n° 302- 065 intitulé « fonds national pour l'environnement et la dépollution. »

²Circulaire n° 293/DGD/SP/D.420 du 03 mars 2008 relative à la mise en œuvre des dispositions de l'ordonnance n° 06-08 du 15 Juillet 2006 modifiant et complétant l'ordonnance n°01-03 du 20 Août 2001 relative au développement de l'investissement.

fonction de l'implantation du projet pouvant aller jusqu'au dinar symbolique le mètre carré dans les wilayas du Grand Sud¹. Enfin, en matière d'avantages financiers, des bonifications sur les taux d'intérêt sont accordées pour les crédits octroyés par les banques aux PME dans la phase de création ou d'extension d'activité et les programmes de soutien public à la mise à niveau des entreprises. Il en est de même du financement participatif du Fonds National d'Investissement qui peut être octroyé aux Sociétés par Actions dont le capital est supérieur à 100 millions de DA et la participation peut aller jusqu'à 34% des fonds propres.² Le financement des équipements par leasing est également à inscrire au titre des avantages financiers accordés aux investisseurs grâce aux nombreuses mesures fiscales accordées aux établissements financiers de leasing.

La graduation dans les avantages consentis est consubstantielle de l'importance de l'investissement et de ses effets structurants sur l'économie nationale. Ces derniers se caractérisent également par le principe de leur double modulation. La première est celle du régime choisi, où la nature des avantages varie selon que l'investisseur ait opté soit pour le régime général soit pour le régime dérogatoire. La seconde modulation est déterminée par le degré d'avancement du projet et les avantages varient selon que l'investissement est en phase de réalisation ou en phase d'exploitation. Dans ce registre précis, les avantages du régime général fixés par l'article 9 de l'ordonnance du 20 août 2001, modifiée et complétée, se distinguent aussi bien par leur nature que par leur durée. Dans la phase de réalisation, l'investisseur bénéficie avant toute chose d'une exonération de droits de douane pour les biens non exclus importés et entrant directement dans la réalisation de l'investissement, ceci au titre des avantages en matière douanière.

En matière fiscale proprement dite, il bénéficie d'une franchise de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) pour les biens et services non exclus des avantages, importés ou fabriqués localement. Il bénéficie également de l'exemption du droit de mutation

¹ Voir supra, p, 247.

² Voir supra, p, 225 et s.

à titre onéreux¹ pour toutes les acquisitions immobilière effectuées dans le cadre de l'investissement concerné. Dans la phase d'exploitation, et à sa diligence, c'est-à-dire sur sa demande, il va pouvoir bénéficier d'une exonération de l'impôt sur le bénéfice des sociétés (IBS)² et de la taxe sur l'activité professionnelle (TAP)³ pour une durée de trois (3) ans lorsque l'investissement procédera à la création jusqu'à cent (100) emplois et, pour une durée de cinq (5) ans pour plus de cent (100) emplois créés. Ces avantages peuvent être encore plus importants aussi bien par leur nature que par leur durée dans les sous régime du régime dérogatoire, celui des zones à développer régies par l'article 11 et celui de la convention prévu par l'article 12 de l'ordonnance de 2001, modifiée et complétée. La durée d'exonération peut aller jusqu'à dix (10) ans.

Il y a donc lieu de distinguer deux procédures distinctes : la demande d'avantages d'une part, et la décision d'octroi d'avantages qui sera rendu dans le sillage de la demande, d'autre part.

A- : La procédure de demande d'avantages

La demande d'avantages, au sens de l'article 16 du décret exécutif n°08-98 du 24 mars 2008 est une formalité par laquelle un investisseur exprime son souhait de solliciter des avantages en prétendant au bénéfice d'un régime prévu par l'ordonnance de 2001, dans une activité de production de biens ou de services non exclue, et pour laquelle il a en parallèle, exprimé cette intention dans une déclaration d'investissement concomitante. Cette procédure se caractérise par un

¹Appelé également droit d'enregistrement et même improprement droit de notaire. Ces droits s'appliquent à la quasi-totalité des mutations à titre onéreux portant sur des biens immobiliers telles que les achats ou ventes de logements.

²Le code des impôts directs et taxes assimilées, en son article 150, fixe le taux de cet impôt à 19% du chiffre d'affaires réalisé pour les activités de production de biens, le bâtiment, les travaux publics et les activités touristiques, hors activités minières et d'hydrocarbures qui obéissent à leur propre régime fiscal.

³ L'article 222 du code des impôts directs et taxes assimilées fixe le taux de cette taxe à 2% du chiffre d'affaires. Cet impôt indirect est perçu au profit des collectivités locales et son produit est réparti entre les wilayas, les communes et le fonds commun des collectivités locales.

foisonnement de textes réglementaires intervenus dans le sillage de la réforme de 2006, afin de pallier aux insuffisances relevées dans le processus de contrôle et de suivi des avantages consentis. Aussi, il convient de faire ressortir les éléments de la mise en œuvre et du suivi de la demande d'avantages ainsi que les sanctions auxquelles peut s'exposer l'investisseur en cas d'inobservation des engagements par lui souscrits lors de la procédure mixte de déclaration et de demande d'avantages.

a- : Mise en œuvre et suivi

Les investissements qui bénéficient des avantages accordés font l'objet durant leur période d'exonération d'un suivi. Ce dernier est effectué par l'agence en relation avec les administrations et organismes chargés de veiller au respect des obligations et engagements nés du bénéfice des avantages octroyés. Le suivi exercé par l'agence se réalise par un accompagnement et une assistance aux investisseurs ainsi que par la collecte d'informations statistiques diverses.

Au titre du suivi, les autres administrations et organismes concernés par la mise en œuvre du dispositif d'incitations sont chargés de veiller, conformément aux procédures régissant leur activité et pendant toute la durée des exonérations, au respect, par les investisseurs, des obligations mises à leur charge au titre des avantages accordés.

La pratique du dispositif de gestion des demandes d'avantages consistant à séparer les avantages de réalisation et les avantages d'exploitation, revient à l'amendement qui avait été introduit par la première réforme lourde de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement, celle de l'ordonnance n°06-08 du 15 juillet 2006. Cet amendement qui avait touché les articles 9 et 11, en adjoignant l'expression « *à la diligence de l'investisseur* » laissait à l'investisseur le soin de demander les avantages concernant l'une des deux phases, comme de ne pas le faire, par le biais de cette procédure de demande d'octroi d'avantages. L'article 17 du décret exécutif de 2008 cité plus haut, traduit ce principe de

séparation en posant la règle que la demande doit être exprimée séparément selon la phase de déroulement de l'investissement.

La demande d'octroi d'avantages est introduite par un formulaire délivré par l'agence selon un modèle différencié spécifique à chaque phase. Ceci découle des articles 18 et 19 du décret sus-mentionné qui prévoient que cette demande doit être formalisée dans des imprimés différents dont les modèles ont été joints comme annexes au décret en question.

A la lumière des annexes du décret exécutif de 2008, la mise en œuvre des demandes d'avantages de réalisation et d'exploitation se fait selon des procédures distinctes au regard des mentions qui doivent figurer dans les imprimés de demande. Pour la phase de réalisation, les mentions portées dans la demande n'appellent pas de remarques particulières et se limitent à indiquer, outre l'identité du demandeur, et la référence à la déclaration qui doit accompagner la demande, le régime d'avantages auquel il aspire. Le document de demande d'avantages pour la phase de réalisation est donc un document simplifié dans lequel l'investisseur devra préciser s'il sollicite soit le régime général soit le régime dérogatoire en précisant dans ce dernier cas, le choix qu'il a fait entre le sous régime des zones dont le développement nécessite la contribution de l'Etat ou bien celui de la convention.

A l'inverse, la demande d'avantages concernant la phase d'exploitation met en exergue un certain nombre de mentions qui, à bien des égards, lui donnent l'aspect d'une déclaration bis. A l'instar de cette dernière, la demande d'avantages d'exploitation reprend toute la rubrique 1 de la déclaration relative à l'identification de l'investisseur concernant la forme juridique de l'exploitation, l'origine des capitaux, le secteur juridique de l'investissement etc. De plus, des mentions sur le type d'investissement et les activités couvertes par ce dernier et leur localisation sont exigées. De même, des informations sur la décision d'octroi des avantages de la phase de réalisation doivent figurer dans le canevas soumis à l'investisseur, en précisant si le projet a été totalement ou partiellement réalisé avec présentation du taux d'avancement. Enfin, d'autres mentions essentielles doivent également être

renseignées. Elles sont relatives à l'état des réalisations effectuées, la structure de financement de l'investissement ainsi que le nombre d'emplois créés. Seulement, et en application de l'article 30 du décret exécutif de 2008, il est fait obligation à l'investisseur de faire accompagner sa demande d'avantages d'exploitation par un constat d'entrée en production des investissements, établi par les services fiscaux. Dans tous les cas de figure, que cela concerne la phase de réalisation ou celle d'exploitation, l'article 25 in fine du décret exécutif de 2008, garantit à l'investisseur un traitement diligent de sa demande d'avantages en disposant qu'elle « ...donnera lieu à une décision qui ne saurait excéder le délai légal de 10 jours. »

La procédure de suivi des investissements ayant fait l'objet d'une décision d'octroi d'avantages va se décliner à travers ce mécanisme nouveau mis sur pied en vertu de l'arrêté interministériel du 25 juin 2008 relatif au constat d'entrée en exploitation des investissements déclarés, cité plus haut. Ce mécanisme, d'après l'article 2 de l'arrêté, va constituer l'instrument qui va sanctionner le passage de la phase de réalisation à la phase d'exploitation, en procédant d'une part, à la vérification de la réalisation effective de l'investissement, et que d'autre part, cet investissement est d'ores et déjà en exploitation pour prétendre au régime de faveur correspondant à cette phase.

Cette procédure est d'une extrême rigueur et prouve à l'évidence, que l'Etat a décidé de rompre avec le laxisme dont il avait fait preuve pendant les premières années d'application de l'ordonnance de 2001 en matière de suivi des investissements. Est-ce pour autant que les mesures de suivi et de contrôle soient suffisantes afin d'éradiquer les détournements d'avantages¹ ?

¹ Dans son rapport d'appréciation sur l'avant-projet de loi portant règlement budgétaire de l'exercice 2010, transmis à l'Assemblée populaire nationale (APN), la cour des comptes fait état d'une gestion opaque de la dépense fiscale par le ministère des Finances. Toujours dans la dépense fiscale, la Cour des comptes précise que le montant des exonérations fiscales et douanières accordées aux investisseurs et aux jeunes entrepreneurs avait atteint 93,66 milliards de dinars. L'Agence nationale de développement de l'investissement (ANDI) a octroyé 73,18 milliards de dinars et l'Agence nationale pour l'emploi des jeunes 20,48 milliards de dinars.

La Cour des comptes fait état du « *non-respect par certains bénéficiaires de leurs obligations ou engagements en raison de l'absence de contrôle des réalisations desdits projets d'investissement* ». Elle

Le constat d'entrée en exploitation, de par les finalités qui lui sont assignées, constitue un levier assez efficace de lutte contre les cas de fraude supposés ou réels. Il est tout de même assez révélateur, à l'image de certaines autres procédures, de l'excès de réglementation qui singularise l'accomplissement des formalités requises. L'arrêté interministériel du 25 juin 2008 relatif au constat d'entrée en exploitation des investissements déclarés dans le cadre de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement se veut un outil permettant à l'ANDI de délivrer la décision d'octroi d'avantages aux investissements y ouvrant droit. Lorsque les services fiscaux constatent, en vertu de l'article 6 de l'arrêté sus-indiqué, que l'investisseur a honoré ses engagements en matière d'acquisition de biens et services à un niveau lui permettant d'exercer l'activité déclarée et que l'investissement est entré en exploitation, un procès-verbal est établi par leurs soins, à la demande de l'investisseur. La mise en exploitation s'entend, au sens de l'article 3 de l'arrêté interministériel, de la production de biens et services destinés à être commercialisés ou la fourniture de prestations de services facturés, au titre de l'investissement déclaré. Le constat d'entrée en exploitation doit être délivré dans des délais assez raisonnables ne devant pas dépasser un (01) mois, en vertu de l'article 4, à compter de la date de la demande formulée par l'investisseur. Outre ces missions, il est également assigné au constat d'entrée en exploitation, en regard de l'article 6 sus-mentionné, la fixation du pourcentage d'exonération accordé au titre des avantages d'exploitation et ce, à l'exception des investissements de création, selon la règle du prorata, c'est-à-dire proportionnellement aux investissements nouveaux réalisés.

Dans le même registre, la formalité d'établissement du constat d'entrée en exploitation est rendue obligatoire pour l'ensemble des investissements ayant fait l'objet d'une décision d'avantages, et ce, en application de l'article 12 de l'arrêté interministériel de 2008. L'absence d'accomplissement de cette formalité peut

évoque le détournement des projets de leur destination initiale et la vente d'équipements acquis grâce aux subventions de l'État In, le quotidien El Watan du 7 novembre 2012.

constituer une cause d'annulation de la décision d'octroi d'avantages, conformément à la même disposition, si, après une mise en demeure, l'investisseur n'aura pas satisfait à cette formalité sous le délai de 30 jours prévu par la mise en demeure en question.

b- : Sanctions de l'inobservation des engagements

La sanction de l'inobservation du non-respect des obligations prises par les investisseurs, trouve son fondement général dans l'article 33 de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement, modifiée et complétée. Le principe général posé par cette disposition pose la règle que les avantages fiscaux, douaniers, parafiscaux, financiers, peuvent être retirés, sans préjudice des autres dispositions législatives. La décision d'annulation des avantages est prononcée par l'agence en charge des investissements.

En premier lieu, et en cas de fausse déclaration, celle-ci entraîne systématiquement l'annulation de la décision sans préjudice des autres dispositions légales en vigueur prévues en la matière. Ceci ressort des dispositions de l'article 15 du décret exécutif n° 08-98 du 24 mars 2008 relatif à la forme et aux modalités de la déclaration d'investissement, de la demande et de la décision d'octroi d'avantages, précédemment cité. Cet article permet à l'agence et aux autres administrations et organismes concernés par la mise en œuvre des avantages, de procéder au retrait partiel des avantages consentis, par le procédé de la suppression des biens ou services de la liste ayant bénéficié d'avantages, dans l'hypothèse où un contrôle a posteriori révélerait une non concordance entre l'activité et les biens figurant dans la liste. Mieux encore, si les avantages venaient à être consommés, l'article 15 permet le rappel des droits, c'est-à-dire le remboursement pur et simple des avantages consentis et indûment consommés. De plus, l'arrêté du 17 février 2009 émanant du ministère de l'industrie et de la promotion de l'investissement, fixant la procédure de traitement et la composition du dossier de modification des décisions

d'octroi d'avantages¹, en son article 2, fait obligation à l'investisseur d'informer l'agence de tout changement affectant l'investissement de nature à modifier la finalité de la décision d'avantages. Cette obligation doit être effectuée sous peine de suspension voire d'annulation de la décision initiale d'octroi d'avantages. Il doit par voie de conséquence, solliciter sa modification en raison des changements intervenus. Dans le même esprit, l'article 3 du même arrêté, prévoit de son côté, un autre cas de figure d'annulation de la décision d'octroi d'avantages, qui serait le fait de l'investisseur lui-même. Lorsque le délai imparti pour la réalisation du projet est arrivé à échéance, l'investisseur est dans l'obligation de solliciter un constat d'entrée en exploitation tel que prévu par l'article 2 de l'arrêté interministériel du 25 juin 2008 précédemment cité. A défaut de quoi, et en cas de renonciation au projet d'investissement, l'investisseur est tenu de solliciter l'annulation de la décision d'octroi d'avantages dont il a pu bénéficier auparavant.

Sauf cas de force majeure, l'article 38 du décret exécutif du 24 mars 2008 prévoit que la décision d'octroi d'avantages devient caduque, si une année après sa délivrance, le projet objet de ladite décision, n'a pas connu un début d'exécution. Il peut toutefois, selon l'article 2 de l'arrêté interministériel cité plus haut, et s'il le souhaite, obtenir des délais supplémentaires afin de poursuivre la réalisation de son investissement, mais sous les conditions fixées par l'article 11 de l'arrêté, à savoir, une prorogation d'une année renouvelable une seule fois. A titre exceptionnel et lorsque des circonstances particulières l'exige, une prorogation exceptionnelle peut être accordée sur décision motivée du directeur du guichet unique après approbation du directeur général de l'agence.

Pour ce qui concerne la cession des investissements ayant bénéficié d'avantages, les biens acquis dans le cadre de l'investissement déclaré sont incessibles pendant toute leur durée d'amortissement légale, sauf si une autorisation est accordée dans le cadre de l'article 30 de l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001 relative au

¹ J.O.R.A n°25 du 29 avril 2009.

développement de l'investissement. La condition posée par cette disposition exige du repreneur un engagement auprès de l'agence à honorer toutes les obligations prises par l'investisseur initial ayant permis l'accès à ces avantages. La cession ou le transfert doivent être postérieurs à l'autorisation de l'agence, laquelle est sollicitée légalement par le cédant. Faute de quoi, la décision d'octroi d'avantages fera l'objet d'une annulation. Concernant les investissements étrangers, ces dispositions s'ajoutent à celles de l'article 4 quinquies de l'ordonnance de 2001 organisant le droit de préemption reconnu à l'Etat sur les cessions de participations d'actionnaires étrangers.

Enfin, dans le chapitre des sanctions du droit commun, parce que l'investissement peut très bien basculer vers ce régime au terme de la période d'exonération, les articles 194 bis et ter du code des impôts directs et taxes assimilées, instituent des sanctions à l'encontre des investisseurs défaillants. L'article 194 bis prévoit que lorsque les investissements énumérés dans les décisions d'octroi d'avantages fiscaux ne sont pas exécutés, les droits, taxes et redevances dont ils ont été dispensés deviennent immédiatement exigibles, et cela, sans préjudice des pénalités de retard de paiement prévues à l'article 402 du code des impôts directs et taxes assimilées et décomptées à compter de la date à laquelle elles auraient dû être acquittées.

Ces dispositions s'appliquent également lorsque le bénéficiaire des avantages fiscaux se rend coupable postérieurement à la date de décision, de manœuvres frauduleuses au sens de l'article 193-2 du code des impôts directs et taxes assimilées et que cette infraction est sanctionnée par une décision judiciaire ayant autorité de la chose jugée. L'article 194 ter, de son côté, prévoit qu'en cas de constat de flagrance dont la procédure est prévue par les dispositions de l'article 20 quater du code des procédures fiscales, il est fait application par l'administration fiscale, au titre des contribuables verbalisés, d'une amende de 600.000 DA.

L'investisseur ayant fait l'objet d'une décision d'annulation des avantages peut toutefois contester cette dernière dans le cadre de ses droits à recourir contre cette

décision, soit auprès d'une commission ad hoc, soit devant les instances juridictionnelles compétentes. Nous examinerons ultérieurement cette question.

B- : La décision d'octroi d'avantages

Le chemin normal de toute la procédure que nous venons d'évoquer devrait aboutir à la délivrance par les services relevant de l'ANDI, d'une décision d'octroi d'avantages à l'investisseur qui en aurait fait expressément la demande. Cette dernière peut prendre deux formes. Ce peut être une décision initiale comme elle peut revêtir la forme d'une décision de modification des avantages déjà consentis. Ce serait là une situation où l'investisseur n'aura pas à contester le contenu de cette décision. A l'inverse, si une situation conflictuelle venait à apparaître, l'investisseur fera valoir ses droits dans la contestation des décisions dont il a fait l'objet selon les voies de recours que lui reconnaît la législation.

a- : Pluralité des décisions relatives aux avantages

En vertu de l'article 26 du décret exécutif du 24 mars 2008, les opérations d'octroi comme d'annulation, comme de modification des avantages font l'objet d'une décision établie par l'agence et ce en application des articles 8 et 33 de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement. L'article 8 précise que la décision doit indiquer le bénéficiaire, les avantages accordés ainsi que les obligations mis à sa charge. Toujours selon la même disposition, cette décision fait l'objet d'une publication au bulletin officiel des annonces légales. En outre, les phases de réalisation et d'exploitation font elles aussi l'objet de décisions séparées.

La décision initiale est celle par laquelle un investisseur se voit accorder, à sa demande, des avantages fiscaux et autres, dans le régime qu'il aura choisi et dont il aura exprimé le souhait dans la déclaration d'investissement établie parallèlement à

sa demande d'avantages. La décision d'octroi d'avantages inhérente à la phase de réalisation, à l'instar de toutes les autres, devra se conformer aux prescriptions contenues dans l'annexe X du décret exécutif de 2008 et relatives à la forme et au contenu des décisions que nous allons rappeler sous peu. La décision d'octroi d'avantages inhérente à la phase d'exploitation nécessite, pour ce qui la concerne, l'accomplissement d'une formalité spécifique que nous avons déjà mentionné. Il s'agit, selon les termes de l'article 30 du décret exécutif, du constat d'entrée en exploitation établi par les services fiscaux et qui établit que le projet d'investissement objet de la déclaration a bien été réalisé et mis en exploitation.

La décision d'octroi d'avantages peut revêtir la forme d'une décision modificatrice lorsque des changements interviennent en cours de validité de la décision d'octroi d'avantages initiale ou sont susceptibles de se produire, selon les termes de l'article 31 en son alinéa 3. Ceux-ci doivent se rapporter à des éléments essentiels de l'investissement, tel que le délai de réalisation, la forme d'exercice de l'activité, la localisation ou d'autres éléments moins importants mais qui doivent être communiqués à l'agence. Parmi ces derniers, nous pouvons citer la dénomination ou la raison sociale et le domicile fiscal. Dans cette hypothèse, l'article 31 du décret exécutif de 2008, autorise la modification de la décision d'avantages à la demande de l'investisseur ou de son représentant dûment mandaté. Cette modification doit s'effectuer selon une procédure que précise l'arrêté du 17 février 2009, émanant du ministère de l'industrie et de la promotion de l'investissement fixant les procédures de traitement et la composition des dossiers de modification des décisions d'octroi d'avantages, cité plus haut¹.

En premier lieu, l'article 2 précise d'emblée ce que nous avons mentionné précédemment, à savoir que les changements affectant l'investissement doivent, sous peine de suspension, voire d'annulation de la décision d'octroi d'avantages correspondante, être obligatoirement signalés à l'ANDI. En conséquence de quoi,

¹ Voir supra, p, 301.

l'investisseur est tenu, chaque fois que de tels changements se produisent, d'en informer l'ANDI et de solliciter les modifications de la décision initiale. Dans le cas où le délai imparti pour la réalisation du projet venait à arriver à échéance, l'investisseur est tenu, selon l'article 3 de l'arrêté en question, soit engager une procédure d'établissement du constat d'entrée en exploitation, telle que prévue par l'arrêté interministériel du 25 juin 2008, cité auparavant, soit solliciter l'annulation de sa décision s'il renonce au projet. Toutefois, la même disposition lui accorde la possibilité, s'il souhaite poursuivre la réalisation de son projet, obtenir des délais supplémentaires.

En second lieu, la modification des décisions obéit à des conditions de forme que précise l'article 7 de l'arrêté du 17 février 2009. Les modifications ne peuvent être opérées que pour les décisions d'octroi d'avantages encours de validité. En outre, les bénéficiaires des décisions objet des modifications doivent avoir établi leur registre de commerce et être en possession de la carte d'immatriculation fiscale et en situation régulière vis-à-vis de l'ANDI, notamment au regard de l'obligation de fourniture des états annuels d'exécution prévus par l'arrêté interministériel du 24 février 2009 relatif à l'état annuel d'avancement des projets d'investissements¹. De plus, l'article 8 spécifie de son côté que, les prorogations de délai de réalisation ne sont accordées qu'aux investisseurs ayant signalé les éventuels changements ayant affecté un des éléments de leur décision d'octroi d'avantages et mis cette dernière en conformité. Dans le cas contraire, l'investisseur devra accomplir les formalités de régularisation de sa situation en même temps que celles relatives à la prorogation de délai.

Enfin, et c'est là, la troisième hypothèse, la décision peut prendre la forme d'une décision d'annulation des avantages telle que prévue par l'article 32 du décret exécutif n° 08-98 du 24 mars 2008 relatif à la et aux modalités de déclaration de la déclaration d'investissement, de la demande et de la décision d'octroi d'avantages.

¹J.O.R.A n° 25 du 29 avril 2009.

Les cas d'ouverture de cette procédure peuvent varier et être du fait soit de l'investisseur lui-même comme de l'administration. Dans le premier cas, la démarche serait consensuelle, dans le second, elle serait conflictuelle. L'article 32 sus-cité, prévoit pour la première démarche que la décision d'annulation des avantages, lorsqu'elle est sollicitée par l'investisseur, est prononcée par le responsable concerné de l'agence. Lorsqu'elle est du fait des services de l'Etat en charge de faire respecter les obligations et engagements liés au bénéfice des avantages, l'annulation de ces derniers doit être prononcée dans le strict respect du droit de l'investisseur à être entendu. Les décisions d'annulation d'avantages peuvent de leur côté faire l'objet d'un retrait lorsqu'elles interviennent en exécution d'une décision de la commission de recours instituée à cet effet, d'une décision de justice et enfin, d'une sentence arbitrale exécutoire, et ce, dans le cadre de la démarche conflictuelle que nous allons préciser.

b- : Les recours reconnus à l'investisseur

L'article 7 bis de l'ordonnance du 20 août 2001 définit les voies de recours que reconnaît la loi aux investisseurs. En cas de contestation de la décision de l'agence, il est reconnu à l'investisseur le droit de porter un recours auprès d'une commission de recours ad hoc, spécialement créée à cet effet¹. Dans l'éventualité où ils auraient à contester une décision de refus ou de retrait d'avantages les investisseurs. peuvent introduire ce recours pour des cas d'ouverture allant du refus des avantages demandés, l'attribution d'une période d'exonération inférieure à celle demandée, l'octroi d'un régime d'encouragement autre que celui demandé ou enfin, de non réponse à la demande d'octroi d'avantages dans les délais légaux fixés à 15 jours qui suivent la notification de l'acte objet de la contestation. En cas de silence de

¹ Cette commission a été créée en vertu du décret exécutif n° 06-357 du 9 octobre 2006 portant composition, organisation et fonctionnement de la commission de recours compétente en matière d'investissement. J.O.R.A n° 64 du 11 octobre 2006. Toutefois, aucune indication ne nous permet de dire que cette commission est bel et bien opérationnelle.

l'administration, ce délai ne peut être inférieur à 60 jours à compter de la date de saisine. Ceci constituerait une décision implicite de rejet de la demande d'octroi des avantages qui servirait de fondement à un recours juridictionnel de la part de l'investisseur. L'article 7 bis prévoit également que le recours porté devant la commission de recours est suspensif des effets de l'acte contesté. L'administration garde toutefois, la possibilité de prendre des mesures conservatoires et aller à l'encontre du gel induit par l'effet suspensif du recours. La commission de recours est tenue de statuer dans un délai d'un (01) mois et sa décision devient opposable à l'administration ou à l'organisme en cause. Le non aboutissement du recours porté devant la commission ne prive pas, conformément aux articles 7 bis alinéa 3 de l'ordonnance du 20 août 2001 et 11 du décret exécutif n° 06-357 du 9 octobre 2006 portant composition, organisation et fonctionnement de la commission de recours compétente en matière d'investissement, l'investisseur de son droit de recourir devant les juridictions.

Le recours juridictionnel dont il est fait mention dans l'alinéa 3 de l'article 7 bis de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement s'insère dans le cadre du contentieux administratif eu égard à la qualité de personne publique de l'ANDI. L'alinéa 1 de l'article 1er du décret exécutif n°06-356 du 9 octobre 2006 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'ANDI, lui attribue la qualité d'établissement public à caractère administratif, doté de la personnalité morale. Ayant pour missions d'octroyer les avantages liés à l'investissement dans le cadre du dispositif en vigueur et de notifier à l'investisseur la décision d'octroi ou de refus des avantages, l'ANDI représente donc l'Etat dans les recours qui pourraient être portés contre ses décisions. Il est à remarquer que dans beaucoup de cas, à l'image des conventions conclues avec des investisseurs, que l'ANDI va défendre une décision qu'elle n'aura pas prise, puisque le pouvoir de décision en matière d'octroi d'avantages revient en dernier ressort au CNI. Quoiqu'il en soit, ce litige étant administratif, la compétence d'attribution revient tout naturellement à l'ordre juridictionnel administratif et ceci, en vertu de l'article 9 de

la loi organique n°98-01 du 30 mai 1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat qui dispose : « *Le Conseil d'Etat connaît en premier et dernier ressort :*

1- des recours en annulation formés contre les décisions réglementaires ou individuelles émanant des autorités administratives centrales, des institutions publiques nationales et des organisations professionnelles nationales... »

Une décision rendue par le Conseil d'Etat, au bénéfice de l'investisseur, aura donc pour effet de faire retirer une décision d'annulation d'avantages, rendue à titre d'exemple, pour une raison ou une autre par l'agence.

Sur un autre registre, le recours à l'arbitrage des litiges entre l'Etat et les investisseurs étrangers a été consacré par le droit algérien au double plan du droit international et du droit interne.

Au niveau du droit international, les conventions bilatérales conclues par l'Algérie et ses principaux partenaires ont toutes intégré le mécanisme de l'arbitrage comme mode de règlement des différends, à l'image de l'accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements conclu entre l'Algérie et la France. Cet accord, ratifié par le décret présidentiel n° 94-01 du 2 janvier 1994, donne la possibilité à l'investisseur de porter le différend devant la juridiction de la partie contractante locale ou de souhaiter l'arbitrage du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I). De même, le recours au mécanisme des conventions multilatérales a permis à l'Algérie de se mettre aux normes internationales en matière d'arbitrage. L'adhésion de l'Algérie à des conventions multilatérales, dont essentiellement la convention de Washington portant création du C.I.R.D.I a définitivement adopté ce mode alternatif de règlement des litiges¹.

¹ Cette question a fait l'objet d'innombrables études et contributions, parmi lesquelles nous pouvons citer à titre non exhaustif, Ahmed Mahiou, « *évolution du droit de l'arbitrage en Algérie*, » Revue Mutations, n°44-2003, Trari-Tani, Mostafa, « *Droit algérien de l'arbitrage commercial international* » Editions Berti, Alger.2007, Philippe Fouchard, « *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce*

Au niveau du droit interne et sur la question de la soumission des litiges à l'arbitrage, le législateur algérien se devait de mettre en conformité la législation interne avec ses engagements internationaux. A cette fin, il dote l'Algérie d'une législation sur l'arbitrage commercial international. La loi n° 08-09 du 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative¹, institue et organise l'arbitrage international qui, selon l'alinéa 3 de l'article 1006, dispose que : « ...*Les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés publics.* » Cette disposition limite donc la possibilité de recourir à l'arbitrage aux seules relations nouées avec des investisseurs étrangers dont les Etats d'origine seraient liés avec l'Algérie par un TBI. Cette affirmation doit cependant être relativisée puisque le droit de recourir à l'arbitrage international, même s'il est limité aux investisseurs étrangers, n'exclut pas ce mode de règlement des litiges, en vertu de l'article 17 de l'ordonnance du 20 août 2001, en dehors des conventions multilatérales ou bilatérales. Un accord spécifique stipulant une clause compromissoire ou permettant aux parties de convenir d'un arbitrage ad hoc, peut mettre en mouvement ce mode de règlement.

Parallèlement au régime général dont nous venons de clarifier les contours, l'ordonnance du 20 août 2001 organise un deuxième régime d'incitation que nous nous proposons d'examiner. Il s'agit du régime dérogatoire.

international », in «, Souveraineté étatique et marchés internationaux. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI ». Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn. Litec. Année 2000- Volume 20.

¹ J.O.R.A n° 21 du 23 avril 2008.

CHAPITRE II : LE REGIME DEROGATOIRE

A l'inverse du régime général, que nous venons d'examiner, le régime dérogatoire soulève des problématiques dont l'intérêt théorique est évident. Certaines notions qui servent de fondement aux mesures d'incitation que ce régime décline, continuent de faire l'objet de débats assez âpres sur leur nature et, méritent de ce fait, l'analyse. La notion de convention à titre d'exemple, prévue par l'article 12 de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, qui renvoie plus généralement à celle de contrat d'Etat, continue de susciter des controverses.

De même, la notion d'intérêt écologique, qui donne droit, dans ce régime dérogatoire, à l'accès à un niveau supérieur d'incitations, essaie de réaliser un équilibre incertain dans l'équation difficile à trouver entre la préservation de l'environnement et la croissance économique.

Les investissements présentant un intérêt particulier pour l'économie nationale constituent eux aussi une catégorie soumise aux incitations prévus par le régime dérogatoire. Seulement, cette notion n'a pas fait l'objet de précision de la part du législateur et ce, malgré l'indication qu'un texte réglementaire devrait définir les critères de leur identification contenue dans l'article 12 de l'ordonnance de 2001, modifiée et complétée.

Enfin, la notion de zones à développer, présente, elle également, un intérêt avéré, du fait qu'elle s'inscrit dans une perspective de développement des territoires afin de rompre, ou à tout le moins, atténuer le déséquilibre qui peut exister entre les régions géographiques et souvent, entre des zones équipées et d'autres sous-équipées d'une même région.

Nous avons souligné par le passé que la graduation dans les avantages consentis est consubstantielle de l'importance de l'investissement et de ses effets structurants sur l'économie nationale. Cette équation constitue le fondement même du régime dérogatoire. Ce régime repose sur le postulat selon lequel, plus l'intérêt de l'investissement est grand et plus les avantages qui pourraient lui être consentis le seraient aussi. Aussi, la différence fondamentale qui existe entre ce régime, qui s'apparente du reste à un régime exorbitant, spécialement celui de la convention, et le régime général, réside dans la nature, la durée et le contenu des avantages consentis.

Le système des incitations du régime dérogatoire se caractérise donc par des avantages plus marqués. Dans ce régime, les avantages sont quasiment systématiques, contrairement au régime général et peuvent couvrir une durée qui peut s'étaler jusqu'à dix (10) ans.

Le régime dérogatoire de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement trouve son fondement dans les articles 10 et 12 de cette dernière. Il est disposé dans le premier, qui détermine la typologie des investissements rentrant dans la définition de ce régime, que : « *Bénéficiaire d'avantages particuliers :*

1-les investissements réalisés dans les zones dont le développement nécessite une contribution particulière de l'Etat,

2- ainsi que ceux présentant un intérêt particulier pour l'économie nationale et notamment lorsqu'ils utilisent des technologies propres susceptibles de préserver l'environnement, de protéger les ressources naturelles, d'économiser l'énergie et de conduire au développement durable.

Les zones visées à l'alinéa 1er, ainsi que les investissements visés à l'alinéa 2 ci-dessus sont définis par le Conseil National de l'Investissement cité à l'article 18 ci-dessous. »

De son côté, l'article 12 soumet les investissements visés à l'alinéa 2, c'est-à-dire ceux présentant un intérêt particulier pour l'économie nationale, à un processus de contractualisation de la relation d'investissement puisqu'ils peuvent donner lieu

à établissement d'une convention, passée entre l'agence, pour le compte de l'Etat, et l'investisseur.

Le régime dérogatoire des incitations s'articule, au sens des articles 10 et 12 de l'ordonnance du 20 août 2001, modifiée et complétée, autour de deux sous-régimes .Le premier est relatif aux zones nécessitant une contribution particulière de l'Etat. Ceci fera l'objet de notre attention dans le cadre de la première section. Le second, visé par l'alinéa 2 de l'article 10, et se rapportant aux investissements présentant un intérêt particulier pour l'économie nationale, accorde un régime fiscal privilégié pouvant être négocié dans le cadre d'une convention. Cette dernière fera l'objet de la deuxième section.

SECTION I : LES ZONES A DEVELOPPER ET L'IMPORTANCE ECOLOGIQUE ET ECONOMIQUE DU PROJET

Nous avons relevé des dispositions de l'alinéa 1 de l'article 10 de l'ordonnance de 2001, que les investissements éligibles aux avantages du régime dérogatoire sont ceux réalisés dans des zones dont le développement nécessite une contribution particulière de l'Etat, c'est à dire ceux situés dans des zones à développer ainsi que ceux pouvant présenter un intérêt particulier pour l'économie nationale. De même, L'alinéa 2 de l'article 10 de l'ordonnance de 2001 donne une compétence discrétionnaire au CNI de définir à la fois ces zones et les investissements présentant un intérêt particulier.

Les politiques publiques en matière de planification spatiale ont de tout temps manifesté un intérêt certain pour le développement des zones dévitalisées. Celles-ci font l'objet d'une attention particulière dans le cadre de la nouvelle démarche de « développement durable des territoires » qui a pour finalité l'introduction dans ces espaces du progrès économique, social, culturel et environnemental, avec pour finalité le développement humain.

Aussi, pour la suite de nos développements, nous faisons le choix d'utiliser le vocable de zones à développer pour cette raison essentielle que cette locution est utilisée par les structures en charge de l'investissement elles-mêmes, et à leur tête l'ANDI. Ce libellé nous semble plus commode à évoquer que la formule de zones dont le développement nécessite une contribution particulière de l'Etat, qui reste assez longue et ce, par simple souci de simplification.

En premier lieu et pour ce qui concerne ces dernières, il y a lieu de signaler avant toute chose, que cette appellation est venue remplacer les substantifs de zones à promouvoir, zones isolées, et zones du Grand-sud, auxquels il était fait référence

dans les textes législatifs et réglementaires antérieurs¹. Dans les différentes réglementations qui les concernaient, ces entités géoéconomiques ont fait l'objet de traitement privilégié au regard de leur déficit en matière de développement.

Pour ce qui concerne les investissements présentant un intérêt particulier pour l'économie nationale, le législateur s'est limité dans le texte de l'article 10 alinéas 2 à ne citer que certains investissements éligibles à ce statut, à l'image des investissements utilisant des « *technologies propres susceptibles de préserver l'environnement, de protéger les ressources naturelles, d'économiser l'énergie et de conduire au développement durable* ». Cette piste des investissements d'intérêt écologique n'est ni exclusive, ni exhaustive et il nous appartiendra de préciser un peu plus la réalité assez large du reste, que peut couvrir cette notion d'intérêt particulier pour l'économie nationale. L'utilisation de l'adverbe notamment indique bien que les investissements visés par cette dénomination dépassent bien les exemples cités par l'article 10 de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement.

Aussi, dans le cadre de cette section, nous nous proposons de consacrer un premier paragraphe aux zones à développer, puis dans une autre étape, celle du deuxième paragraphe, nous nous attèlerons à examiner les investissements présentant un intérêt particulier pour l'économie nationale, dont la mise en œuvre des avantages se fera à travers un instrument contractuel de réalisation de l'investissement : la convention .

PARAGRAPHE I : LES ZONES A DEVELOPPER

La notion de zones nécessitant une contribution particulière de l'Etat ou zones à développer est insaisissable en dehors des instruments législatifs et réglementaires

¹ A titre d'exemple seulement, et sous l'empire du décret législatif de 1993 relatif à la promotion de l'investissement, l'article 20 régissant les zones spécifiques les divisaient en deux catégories : les zones à promouvoir et les zones d'expansion économique.

relatifs à l'aménagement et du développement durable du territoire. Ceux-ci ont de tout temps constitué le référent théorique permettant une compréhension des réalités physiques, économiques, sociales des territoires auxquels est dédiée cette notion.

A l'origine, la loi n° 87-03 du 27 janvier 1987 relative à l'aménagement du territoire¹, en son article 51, parlait déjà de régions à promouvoir, qui devaient faire l'objet de « *mesures de stimulation et d'incitation d'ordre économique, social et fiscal différenciées et adaptées par zones...* », devant être prises en vue d'assurer le développement de ces régions. Le décret exécutif n° 89- 09 du 7 février 1989² pris en application de la loi, a précisé les modalités de détermination des zones à promouvoir, que nous évoquerons un peu plus loin. Pour sa part, la loi n°01-20 du 12 décembre 2001 relative à l'aménagement et au développement durable du territoire³, est venue se substituer à la loi de 1987 pour reprendre l'essentiel des dispositions de l'article 51 de cette dernière, en donnant une première piste pour la détermination de ces zones à promouvoir, selon l'énoncé de l'époque. Aussi, pour une bonne compréhension des choses, il nous paraît opportun de nous interroger sur la délimitation théorique de la notion (A), puis de déterminer géographiquement les zones couvertes par cette dernière (B).

A- : La délimitation théorique de la notion de zones à développer

De prime abord, il y a lieu de souligner que le législateur algérien ne s'est jamais soucié de donner une définition ni même de déterminer les critères d'identification des zones dans les instruments législatifs ou réglementaires spécifiquement dédiés à l'investissement. L'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, au même titre d'ailleurs, que du décret législatif du 5 octobre 1993 relatif à la promotion de l'investissement qui l'a précédée, se

¹J.O.R.A n° 5 du 28 janvier 1987.

²J.O.R.A n° 6 du 8 février 1989.

³J.O.R.A n° 77 du 12 décembre 2001.

décharge au profit du CNI pour la définition de ces zones, car le simple énoncé que ces zones nécessitent une contribution particulière de l'Etat ne constitue pas un élément fiable de définition.

Seulement le CNI, ayant intervenu en la matière, n'a pas levé, lui non plus la nébulosité entourant cette notion et des éléments fiables d'identification n'ont pas été apportés dans la décision qui en a émané. Aussi, la recherche de ces critères doit aller au-delà de la réglementation strictement économique car ils ne sont pas spécifiques à l'investissement économique proprement dit. Ils renvoient, selon l'esprit de la loi du 12 décembre 2001 relative à l'aménagement et au développement durable du territoire, aux instruments de planification spatiale destinés à garantir un développement harmonieux et durable de l'espace national à travers une incitation à la répartition appropriée des moyens de développement entre les régions et les territoires. Nous mettrons en évidence un peu plus loin que tous les critères dégagés par cette loi ne sont pas opérants en matière d'investissement économique.

Dès lors, il nous appartient d'interroger ces instruments spécifiques de l'aménagement du territoire, mais également les autres dispositifs qui sont de nature à nous renseigner sur les critères présidant à la délimitation de la notion et des zones géographiques qu'elle encadre.

a- : Les fondements légaux de la notion

Comme l'y invitait l'alinéa 2 de l'article 10 de l'ordonnance du 20 août 2001, modifiée et complétée, le conseil national de l'investissement (CNI) a, pris une décision n°01-59 du 22 décembre 2011 portant octroi d'avantages particuliers aux investissements dans les wilayas du Sud et des Hauts Plateaux, sur la base d'une délibération prise en conseil des ministres, en date du 18 décembre 2011 et figurant dans les visas de la décision sus-indiquée. De plus, ladite décision se réfère également dans ces visas à deux instruments d'ordre financier : il s'agit du décret

exécutif n°06-485 du 23 décembre 2006, fixant les modalités de fonctionnement du compte d'affectation spéciale intitulé « fonds spécial pour le développement des régions du Sud » et le décret n°06-486 du 23 décembre 2006, fixant les modalités de fonctionnement du compte d'affectation spéciale intitulé « fonds spécial pour le développement économique des Hauts-Plateaux ». Les collectivités territoriales bénéficiaires du financement de ces fonds et qui sont énoncées dans les articles 5 des deux décrets exécutifs sont exactement celles que reprend la décision du CNI leur octroyant des avantages particuliers. Ainsi, ces collectivités seraient, d'après un décompte que nous avons entrepris de 216 communes éligibles aux avantages particuliers des investissements, hors secteur des hydrocarbures et des mines, réalisés dans les wilayas du Sud. Elles seraient de 408 communes à bénéficier des avantages particuliers consentis aux régions des Hauts-Plateaux. Au total, elles sont de l'ordre de 624 communes. Si nous devons établir une comparaison entre le nombre actuel de communes bénéficiant de ce régime des zones à développer sous l'empire de l'ordonnance du 20 août 2001 et le nombre de celles organisées par le décret exécutif n°91-321 du 14 septembre 1991, lequel s'est substitué au décret exécutif n°89-09 du 7 février 1989 portant modalités de détermination des zones à promouvoir dans le cadre de l'article 51 de la loi n°87-03 du 27 janvier 1987 relative à l'aménagement du territoire, sous l'empire du décret législatif de 1993, qui était de l'ordre de 671 communes, la différence ne porte donc que sur un nombre de 47 communes qui ont été soustraites à l'éligibilité à ce régime.

Nous avons souligné plus haut que la décision du CNI octroyant des avantages particuliers à ces zones prenait appui sur les deux décrets exécutifs relatifs aux comptes d'affectation spéciale que nous venons d'évoquer. Or, ces derniers, dans leurs visas respectifs, font référence à un autre texte à caractère législatif cette fois-ci. Il s'agit de la loi n° 01-20 du 12 décembre 2001 relative à l'aménagement et au développement durable du territoire et notamment en son article 18. Cet article contient des dispositions d'ordre général qui se réfèrent aux zones à promouvoir au sens d'outils d'aménagement du territoire, et non pas seulement aux collectivités

bénéficiant des avantages du régime que nous sommes en train d'examiner. Pour autant, et puisque cette loi est expressément visée dans les textes d'application que nous avons mentionné, il nous semble que cette dernière constitue bel et bien le fondement légal de la notion de zones nécessitant une contribution particulière de l'Etat, autrement dit des zones à développer. L'article 18 cité plus haut dit en substance : « *Le schéma national d'aménagement du territoire fixe des dispositions et prescriptions pour le développement renforcé et différencié des zones à promouvoir.*

Ces zones à promouvoir comprennent :

- *Les territoires caractérisés par leur faible niveau de développement économique et par l'insuffisance du tissu industriel et tertiaire,*
- *Les territoires ruraux défavorisés, caractérisés par leur faible niveau de développement économique et confrontés à des difficultés particulières,*
- *Les zones urbaines sensibles caractérisées par la présence de grands ensembles ou de quartiers d'habitat dégradé et par un déséquilibre accentué entre l'habitat et l'emploi,*
- *Et tout autre territoire nécessitant des actions de promotion particulière de l'Etat.*

La détermination des zones à promouvoir, leur classification et les mesures spécifiques à leur consacrer sont fixées par voie réglementaire. »

Le texte de cet article 18 donne, à ne point en douter, un éclairage sur ce que seraient les critères d'identification des zones à développer. Il convient dès lors, de les examiner.

b- : Les critères d'identification des zones à développer

De l'article 18 de la loi de 2001 relative à l'aménagement et au développement durable précitée, nous déduisons que les critères qui servent à l'identification des zones à promouvoir peuvent tout autant servir à identifier les

zones à développer auxquelles le régime dérogatoire de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement, renvoie. Ces critères nous semblent pertinents et participe d'un effort de planification spatiale judicieuse devant amener des activités économiques à se déployer dans ces zones afin de réduire les écarts parfois très importants existant entre ces régions des profondeurs des territoires et celles de la frange côtière où se concentre la quasi-totalité des activités industrielles du pays. Seulement, sont-ils pour autant opérants dans leur globalité concernant les investissements économiques ? Nous ne sommes pas de cet avis. Si les alinéas 1, 2 et 4 de l'article 18 de la loi de 2001 relative à l'aménagement et au développement durable du territoire sont parfaitement adaptés et adaptables aux réalités physiques, sociales et économiques des zones à développer, au sens de la décision du CNI leur octroyant des avantages particuliers, la réalité couverte par l'alinéa 3 du même article nous semble assez éloignée des caractéristiques de ces régions. Cet alinéa se projette sur des zones urbaines sensibles caractérisées par la présence de grands ensembles ou de quartiers d'habitat dégradé, ce qui ne rentre pas du tout ni dans l'esprit ni dans la lettre à la fois des décrets exécutifs mentionnés plus haut, et de la décision émanant du CNI.

D'une façon générale, les modalités de détermination des zones à promouvoir, au sens de l'article précité, obéissent à un certain nombre de critères appréhendés par des paramètres socio-économiques, physiques, démographiques et financiers qui déterminent le classement de certaines communes déshéritées en zones à promouvoir. Il en est ainsi des caractéristiques démographiques qui tiennent compte de la ruralité de la population et du taux et du volume de chômage. Les caractéristiques physiques tiennent à la localisation géographique de la commune dans le sud, la steppe, les zones frontalières, les hauts-plateaux et les zones de montagne dans le Nord. Les caractéristiques socio-économiques ou degré d'équipement dépendent quant à elles, du taux de scolarisation, du taux d'électrification rurale, de la dotation en AEP et du taux de satisfaction en couverture sanitaire. Enfin, les caractéristiques financières tiennent à la capacité

limitée de ces communes de mobiliser des ressources locales suffisantes, par le truchement des produits de la fiscalité locale afin de financer une partie de leurs programmes d'investissement.

Dans le même registre, celui de la définition des critères de détermination des zones à développer, nous déplorons que la décision du CNI n'ait pas été relayée par un texte réglementaire pris sous n'importe quelle forme, un arrêté ministériel ou même interministériel par exemple, qui serait venu, en appoint à la décision n°01-59 du 22 décembre 2011, afin de clarifier d'avantages cette question et de donner une lisibilité certaine à ce dispositif. Par le passé et à titre d'exemple, le décret exécutif n°89-09 du 7 février 1989 portant modalités de détermination des zones à promouvoir dans le cadre de l'article 51 de la loi n°87-03 du 27 janvier 1987 relative à l'aménagement du territoire, cité plus haut, avait précisé la doctrine du législateur sur cette question . Les critères du retard économique, de l'enclavement et l'éloignement des grands axes de communication ainsi que le niveau de développement relatif, c'est-à-dire, le niveau mesuré par le ratio des ressources totales de la commune divisé par le nombre d'habitants, servaient de critères de classement de cette entité administrative en zone à promouvoir afin de lutter contre les disparités internes aux wilayas et le déséquilibre régional en matière de développement.

B- : Délimitation des zones à développer et leurs avantages

Les zones nécessitant une contribution particulière de l'Etat, au sens de l'alinéa 1 de l'article 10 de l'ordonnance du 20 août 2001, ou zones à développer ont été fixées par la décision n°01-59 du 22 décembre 2011 émanant du CNI, sus indiquée. Les articles 3 et 4 de ladite décision dressent, chacun pour ce qui le concerne, un listing des collectivités territoriales et communes relevant de sa compétence. L'article 2 de la même décision, définit les avantages particuliers prévus.

a- : Délimitation des zones à développer

Nous avons souligné un peu plus haut que les zones géographiques nécessitant une contribution particulière de l'Etat ont été préalablement arrêtées par les décrets exécutifs relatifs aux comptes d'affectation spéciale qui avaient fixé les modalités de financement de ces comptes en prévoyant que ces derniers seraient financés essentiellement par des dotations du budget de l'Etat à hauteur de 2% des recettes de la fiscalité pétrolière, pour le compte relatif aux wilayas du Sud, et à hauteur de 3% des recettes de la fiscalité pétrolière, pour le compte relatif aux communes des Hauts-Plateaux. Ces dernières bénéficient déjà d'une contribution particulière dans le cadre de cet instrument. Les dépenses de ce dernier sont affectées à des actions générales qui visent à financer des opérations de développement des régions du Sud, en accordant la priorité aux projets structurants et le financement temporaire du programme spécial de développement des wilayas du Sud. A cela, il nous faut ajouter les différentes incitations particulières auxquelles ces régions ouvrent droit au regard du régime dérogatoire de l'investissement prévu par l'ordonnance de 2001.

Au sens de l'article 3 de la décision n°01-59 du 22 décembre 2011 émanant du CNI, et au titre des wilayas du Sud, les collectivités territoriales éligibles au régime des zones à développer, sont constituées par l'ensemble des communes des wilayas composant, ce qu'il est communément appelé le Grand Sud et la seconde couronne du Sud qui émargent au fonds spécial de développement des régions du sud .

Au titre des communes du Grand Sud, toutes les communes des wilayas d'Illizi, Tamanrasset, Adrar et Tindouf bénéficient des avantages particuliers du régime dérogatoire de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement. La wilaya d'Illizi compte six (06) communes, celle de Tamanrasset dix (10), Adrar vingt-huit (28) et enfin Tindouf avec seulement deux

(02) communes. Ce qui nous donne un total de quarante-six (46) communes pour les wilayas du Grand Sud¹.

Au titre de la seconde couronne du Sud, celle-ci est composée des wilayas d'El Oued avec ses trente (30) communes, Biskra, soixante et une (61) communes, Ouargla, vingt et une (21) communes, Laghouat, vingt-quatre (24) communes , Ghardaïa, treize (13) communes et enfin Bechar, avec ses vingt et une(21) communes . Ce qui nous fait un total de cent soixante-dix (170) communes de la seconde couronne du sud.

Au sens de l'article 4 de la décision n°01-59 du 22 décembre 2011 émanant du CNI, au titre des wilayas des Hauts-Plateaux, les collectivités territoriales éligibles au régime des zones à développer, sont constituées par l'ensemble des wilayas de Batna avec ses soixante et une (61) communes , la wilaya de Djelfa, avec trente-six (36) communes, la wilaya d'El Bayadh, avec vingt-deux (22) communes, la wilaya de khenchela, avec vingt-une (21) communes, la wilaya de Msila, avec quarante-sept (47) communes, la wilaya de Naama, avec douze (12) communes, la wilaya Saida, avec seize (16) communes la wilaya de Tebessa, avec vingt-huit (28) communes et enfin la wilaya de Tiaret et ses quarante-deux (42) communes. Ceci nous donne un total de deux cent soixante-quatorze (274) communes pour ce premier contingent de wilayas émergeant au fonds spécial pour le développement économique des Hauts Plateaux, et bénéficiant des avantages particuliers du régime dérogatoire.

En plus des wilayas que nous venons d'énumérer, dont toutes les communes sont éligibles au régime fiscal privilégié, certaines autres wilayas des Hauts-Plateaux, ne sont concernées par ce régime dérogatoire que pour certaines de leurs communes, à l'exclusion des autres. Le point 2 de l'article 4 de la décision du CNI évoque les communes de ces wilayas. Aussi, et à ce titre, certaines communes de la

¹Ce décompte et ceux qui vont suivre ont été établis par nos soins, selon les données relatives aux collectivités locales fournies par le ministère de l'intérieur et des collectivités locales disponibles sur l'url www.intérieur.gov.dz.

wilaya de Bouira, au nombre de dix (10), bénéficient du régime dérogatoire. De même, la wilaya de Bordj-Bou Arreridj compte huit (08) communes éligibles aux avantages particuliers, dont, fait curieux, le chef-lieu de wilaya, la commune de bordj-Bou Arreridj, elle-même. Le classement de cette commune en zone à développer nous paraît étrange lorsque l'on sait que cette commune est devenue en l'espace d'une ou de deux décennies une plate-forme industrielle de première importance où se concentre quasiment toute la filière de l'électronique et de l'agroalimentaire de la wilaya. Plusieurs groupes à dimension nationale¹ sont installés dans cette commune qui est devenue un pôle industriel faisant de la wilaya l'une des plus dynamiques du pays. Dit autrement, la densité qu'a connue la wilaya et spécialement cette commune peut s'expliquer par son intégration dans le dispositif bénéficiant du régime dérogatoire d'incitations prévu à l'article 10 alinéa 1 de l'ordonnance du 20 août 2001.

La wilaya de Médéa a vu vingt (20) de ses communes accéder aux avantages particuliers, tandis que pour la wilaya de Mila, tout juste trois (03) communes ont été intégrées dans ce dispositif. La wilaya de Sétif, autre bassin industriel des Hauts- Plateaux de l'Est algérien compte quatorze (14) communes éligibles au régime des zones à développer. Toutefois, l'énumération de ces communes n'appelle pas de remarque particulière et le choix de les faire bénéficier de ce régime semble justifié. La wilaya de Sidi- Bel Abbès a cette particularité de compter le plus de communes, vingt-cinq (25) éligibles au régime dérogatoire, sur un total de 52 communes. La wilaya de Souk Ahras, compte pour sa part, un nombre de neuf (9) communes, alors que la wilaya de Tlemcen en compte douze (12) et enfin, la wilaya de Tissemsilt qui en compte neuf (9). Le total des communes des wilayas formant ce deuxième contingent bénéficiant du régime des zones à développer s'élève à cent treize (113) communes. Le total général des

¹A titre d'exemple, cette commune a connu des investissements importants réalisés dans le domaine de l'électronique par des groupes comme Condor, Samsung et Star pour ne citer que ceux-là.

communes des Hauts- Plateaux est donc de trois cent soixante- quatorze (374) communes.

Sur un autre plan, et pour conclure cette question de la définition des zones à développer, la décision émanant du CNI ne nous dit pas si le classement des communes en zones à promouvoir peut faire l'objet d'une révision périodique. Cette solution nous paraît souhaitable et peut permettre une mobilité dans la nomenclature des communes. Les objectifs arrêtés et les schémas nationaux d'aménagement du territoire, peuvent, en principe, aboutir à des situations selon lesquelles des communes ne répondraient plus aux critères des zones à développer dès lors qu'elles auraient atteint un niveau appréciable de développement. Elles seraient de ce fait susceptibles de sortir de cette classification. A l'inverse, la sortie de ces communes pourrait permettre à de nouvelles communes de rentrer dans cette classification afin de bénéficier des avantages particuliers du régime dérogatoire.

b- : Les avantages des zones à développer

Les avantages prévus par le régime dérogatoire des zones à développer obéissent au même diptyque que nous trouvons aussi bien dans le régime de la convention que celui du régime général. Ils sont répartis entre la phase de réalisation et celle de l'exploitation de l'investissement. Ils obéissent aux dispositions cumulées de l'article 11, modifié et complété de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement ainsi qu'à celles de la décision émanant du CNI portant octroi d'avantages particuliers aux investissements dans les wilayas du Sud et des Hauts - Plateaux. Toutefois, de légères différences ont pu être relevées entre les deux textes, qui restent, au demeurant, quasiment identiques. La décision du CNI comporte une préconisation dans les avantages de réalisation, à l'encouragement du recours à la production nationale de biens et de services pour ce qui concerne ceux-ci lorsqu'ils rentrent dans la réalisation de l'investissement afin de bénéficier de la franchise de la taxe

sur la valeur ajoutée (TVA). Il est vrai que cette préconisation a fait l'objet d'une disposition particulière dans l'ordonnance de 2001 avec l'amendement opéré par la loi de finances complémentaire qui a introduit un nouvel article 9 bis consacrant le principe de la préférence nationale. De même, l'amendement de l'article 11 de l'ordonnance de 2001 introduit par la loi de finances complémentaire pour 2013 a ajouté une autre défiscalisation à celles qui étaient prévues par la décision du CNI. Elle concerne l'exemption des droits d'enregistrement des frais de publicité foncière et de la rémunération domaniale portant sur les concessions, pour les biens immobiliers bâtis ou non bâtis consentis destinés à la réalisation des projets d'investissements.

Par voie de conséquence, les investissements réalisés dans les zones à développer bénéficient des avantages suivants au titre de la phase de réalisation :

- exemption du droit de mutation à titre onéreux pour toutes les acquisitions immobilières effectuées dans le cadre de l'investissement
- application du droit fixe en matière d'enregistrement au taux réduit de 2/00 pour les actes constitutifs de sociétés et les augmentations de capital
- prise en charge partielle ou totale par l'Etat, après évaluation par l'agence, des dépenses au titre des travaux d'infrastructures nécessaires à la réalisation de l'investissement.
- franchise de la TVA pour les biens et services non exclus des avantages entrant directement dans la réalisation de l'investissement qu'ils soient importés ou acquis sur le marché local
- exonération de droits de douanes pour les biens importés non exclus des avantages entrant dans la réalisation de l'investissement
- exemption des droits d'enregistrement, des frais de publicité foncière et de la rémunération domaniale portant sur les concessions, pour les biens immobiliers bâtis et non bâtis, consentis destinés à la réalisation de l'investissement

Au titre de la phase d'exploitation et après constat de mise en exploitation, établi par les services fiscaux à la diligence de l'investisseur, les investissements réalisés dans les zones à développer bénéficient des avantages suivants :

- exonération pendant une période de dix (10) ans d'activité effective, de l'impôt sur le bénéfice des sociétés (IBS) et de la taxe sur l'activité professionnelle (TAP)
- exonération à compter de la date d'acquisition, de la taxe foncière sur les propriétés immobilières entrant dans le cadre de l'investissement pour une durée de dix (10) ans.

Comme nous venons de le constater, les avantages consentis dans le cadre de ce régime dérogatoire des zones nécessitant une contribution particulière de l'Etat ne sont pas négligeables. Dans leur durée, ils peuvent s'étaler, dans la phase d'exploitation de l'investissement jusqu'à dix ans de défiscalisation de certains impôts touchant l'activité. Seulement, ces avantages ont été surpassés par les avantages consentis aux deux autres types d'investissement du régime dérogatoire qui eux s'inscrivent dans une démarche de négociation des avantages entre l'investisseur et l'Etat dans le cadre de la mise en œuvre d'une procédure qui leur est spécifique : la convention.

PARAGRAPHE II : LES INVESTISSEMENTS PRESENTANT UN INTERÊT PARTICULIER POUR L'ECONOMIE NATIONALE

L'alinéa 2 de l'article 10 de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement consacre deux types d'investissement qui constituent la quintessence du régime privilégié en matière d'avantages consentis aux investisseurs. Il s'agit des investissements présentant soit un intérêt écologique, soit un intérêt économique pour l'économie nationale. Cet alinéa dispose en effet que : « *Les investissements présentant un intérêt pour l'économie nationale et notamment lorsqu'ils utilisent des technologies propres susceptibles de préserver*

l'environnement, de protéger les ressources naturelles, d'économiser l'énergie et de conduire au développement durable.

Les zones visées à l'alinéa 1er, ainsi que les investissements visés à l'alinéa 2 ci-dessus sont définis par le Conseil National de l'Investissement cité à l'article 18 ci-dessous. »

Les dispositions de l'alinéa 2 sus-mentionné, ajoutées à celles de l'article 12 bis qui précisent que les investissements présentant un intérêt particulier pour l'économie nationale seront identifiés par voie réglementaire après avis conforme du CNI, nous donnent à penser que ces investissements pouvant donner lieu à établissement d'une convention, peuvent prendre deux formes possibles. L'article 10 de l'ordonnance de 2001, ayant relativement détaillé les éléments d'identification du premier type, celui-ci présentera donc un intérêt écologique qu'il conviendra d'examiner dans un premier temps. (A)

Dans un deuxième temps, l'article 12 bis de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, modifiée et complétée, nous suggère un deuxième type d'investissement éligible au régime de la convention, qui concerne l'intérêt économique stricto sensu dont les critères devront être définis par voie réglementaire, comme souligné plus haut. Ce deuxième type d'investissement, qui présente donc, à l'évidence, un intérêt particulier pour l'économie nationale fera l'objet de notre réflexion dans une seconde étape. (B)

A- : L'intérêt écologique du projet

A l'inverse des investissements présentant un intérêt strictement économique pour l'économie nationale, le législateur algérien a avancé certaines pistes pouvant identifier les investissements dont l'intérêt écologique serait avéré. L'alinéa 1 de l'article 10 de l'ordonnance de 2001 nous propose les critères de l'utilisation des technologies propres susceptibles de préserver l'environnement, la protection des ressources naturelles, l'économie d'énergie conduisant au développement durable.

La détermination des critères d'identification de l'intérêt écologique du projet repose sur l'appréciation subjective du CNI sur laquelle nous reviendrons plus tard. Toutefois, « une grille de lecture » a été proposée par l'alinéa 2 sus-mentionné, et qui reste ouverte à élargissement, puisque celle-ci semble avoir été donnée à titre indicatif et non exclusif par l'emploi de l'adverbe notamment.

L'utilisation des technologies propres, dont la finalité serait de conduire au développement durable, semble être le critère central de l'éligibilité des investissements qui les utilisent, au régime dérogatoire de l'alinéa 2 de l'article 10 de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement. Quel sens donner à cette expression de technologies propres ?

Les technologies propres¹, auxquelles il est souvent ajouté sobres, sont définies comme étant des technologies qui couvrent toute « *...méthode de fabrication ou procédé utilisant le plus rationnellement possible les matières premières et/ ou l'énergie, tout en réduisant la quantité des effluents polluants, des déchets, ou rebuts produits lors de la fabrication ou pendant l'utilisation du produit.....C'est un procédé qui permet le recyclage de l'eau et des polluants dans les industries consommatrices de matières premières et qui engendre peu ou pas de déchets ou qui permet une valorisation maximale par réemploi dans l'entreprise.* » Aussi, cette technologie propre permet de concilier production industrielle et protection de l'environnement d'autant plus que leur utilisation par les entreprises, s'accompagne souvent d'avantages économiques et stratégiques, comme c'est le cas au niveau du statut fiscal privilégié auquel elles peuvent prétendre en Algérie, dans le cadre du régime dérogatoire. De même, ces avantages se manifestent également dans le cadre général des effets induits par l'adoption de critères Environnementaux, Sociaux et de Gouvernance (ESG), qui, aux yeux des consommateurs, constituent un label écologique à même d'assurer la pérennité de l'entreprise et de sa rentabilité financière.

¹Selon le dictionnaire « *mille et un mots et abréviations de l'environnement et du développement durable* », dirigé par P.Melquiot / Préfacé par G. Bertolini, RECYCONSULT. 2003.

Le droit algérien réserve donc un traitement privilégié fait d'avantages spéciaux aux investissements émanant de firmes locales, mais surtout étrangères qui ont déjà fait l'effort de s'intégrer dans les nouveaux schémas que l'innovation des concepts a révélé et qui ont conduit à l'émergence de la notion d'investissement socialement responsable ¹ (ISR).

Aussi, et par-delà les mesures d'autorité mises en place par la législation et la réglementation internes sur l'environnement mettant en œuvre des normes environnementales², le droit algérien s'inscrit avant toute chose dans le sillage des conventions et accords internationaux de préservation de l'environnement, même s'il faut d'ores et déjà souligné leur caractère juridiquement non contraignant.

Les pays en développement, parmi lesquels se situe l'Algérie, ont souvent un niveau de vigilance en matière de surveillance des investissements polluants assez faible. Dans certains cas, ce niveau faible est volontairement entretenu, s'il n'est pas carrément inexistant, afin de drainer les flux d'investissements étrangers.

Par-delà le régime dérogatoire, le législateur algérien a tenu à canaliser les investissements dans les secteurs de pointe afin d'éviter ceux à faible valeur ajoutée et qui se caractérisent par une forte intensité énergétique. Ces industries font souvent appel à des technologies obsolètes, « énergétivores », et par voie de conséquence, polluantes. Aussi, une question se pose : économie et écologie font-elles bon ménage ?

a- : L'alternative attractivité des capitaux et développement durable

La relation entre la croissance économique et la préservation de l'environnement, qui suscite actuellement un débat véritablement conflictuel, s'est

¹Nous reviendrons sur cette notion un peu plus loin.

² Celles-ci sont représentées essentiellement par la loi n° 83-03 du 5 février 1983 relative à la protection de l'environnement, (J.O.R.A n° 6 du 8 février 1983) et le décret exécutif n° 98-339 du 4 novembre 1998 définissant la réglementation applicable aux installations classées et fixant leur nomenclature .J.O.R.A n°82 du 4 novembre 1998.

beaucoup altérée avec le développement vertigineux des sciences et des technologies. La recherche effrénée de la croissance s'est souvent réalisée sur la base de modèles d'exploitation intensive des ressources naturelles dont on a pensé pour longtemps qu'elles étaient inépuisables¹. Par-delà cet aspect, les industries, qui dans leur essence, devaient permettre l'amélioration de la qualité de vie de l'homme, se trouvent être paradoxalement, à l'origine de rejets souvent toxiques qui sont venus menacer toujours un peu plus l'état déjà fragile de l'environnement.

La question de l'investissement est devenue le siège d'une interaction certaine entre le droit international de l'environnement et le droit économique aussi bien interne qu'international. L'apparition de concepts nouveaux dans les travaux, forums et organisations dédiés à l'environnement, ont grandement influés sur la nature et les fonctions de l'investissement économique international.

A l'origine, la déclaration de Stockholm, issue de la Conférence des Nations-Unies sur l'environnement tenue du 5 au 16 juin 1972, avait posé les jalons de certains principes qui allaient être formalisés deux décennies plus tard. Cette conférence a également permis la création du programme des Nations-Unies pour l'environnement (P.N.U.E), complémentaire du programme des Nations-Unies pour le développement (P.N.U.D). Le concept d'éco-développement soutenu par cette démarche impose l'idée d'un développement qui ne soit pas seulement guidé par des considérations économiques, mais aussi par des exigences sociales, économiques et environnementales.

Le sommet de la terre, tenu à Rio de Janeiro, et qui a donné son nom à une déclaration éponyme, en date du 13 juin 1992, a formalisé un certain nombre de règles coutumières en leur donnant le caractère de principes devant aboutir à un

¹Certains courants économiques classiques estimaient, à l'image de J.P.Say qui écrivait en 1829 que : "*Les richesses naturelles sont inépuisables, car, sans cela, nous ne les obtiendrions pas gratuitement. Ne pouvant pas être multipliées ou épuisées, elles ne font pas l'objet des sciences économiques*", cité par A. Oussoukine, in, « *L'équation Environnement/Investissement : Les bases d'une approche écologique de la croissance.* » Communication présentée au Colloque international sur les règles de l'investissement entre les législations nationales et les conventions internationales et leurs impacts sur le développement économique, Emirat Arabe Unie du 25 au 27 avril 2011, Emirat El Ain. Disponible sur l'url : slconf.uaeu.ac.ae.

développement durable¹ - lequel concept était apparu juste quelques années auparavant - , afin de mieux appréhender la relation souvent conflictuelle entre l'environnement et la croissance économique.

Le rapport Brundtland² qui a servi de référence à la Déclaration de Rio, a accéléré la prise de conscience universelle sur la nécessité d'innover en matière de concepts et de recherche afin d'aboutir à des pratiques pouvant concilier la préservation de l'environnement et la croissance économique indispensable au bien-être de l'homme.

Des concepts nouveaux, comme les critères moraux ou éthiques, pour marquer leur caractère non contraignant et qui ont pris la dénomination de critères Environnementaux, Sociaux et de Gouvernance (ESG), sont apparus pour assurer la prise en compte des problématiques que nous venons de citer, par les entreprises.

L'investissement socialement responsable (ISR) est un investissement éthique. Plusieurs définitions ont été proposées, nous citerons, à titre d'exemple, quelques-unes. La définition la plus communément admise en France y voit «... *une forme de placement consistant à prendre systématiquement en compte des critères liés à l'Environnement, au Social et à la Gouvernance (on parle aussi de critères ESG), en sus des critères financiers*³ ».

De son côté, l'Association Française de la Gestion Financière et le Forum pour l'Investissement Responsable donnent également une définition de l'ISR dans le cadre du Code de transparence qu'ils ont adopté. L'ISR serait : « *L'application*

¹Ces principes sont au nombre de 27, et sont plus connus sous l'appellation de principes de la déclaration de Rio.

² Gro Harlem Brundtland, de nationalité norvégienne, qui a présidé la Commission Mondiale sur l'Environnement et le Développement de l'O.N.U, a, dans un rapport qui porte son nom, établi en 1987, et qui tient lieu de premier bilan de l'état de la terre, « Notre avenir à Tous », définit le développement durable comme étant : « *un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs. Deux concepts sont inhérents à cette notion : le concept de « besoins », et plus particulièrement des besoins essentiels des plus démunis, à qui il convient d'accorder la plus grande priorité, et l'idée des limitations que l'état de nos techniques et de notre organisation sociale impose sur la capacité de l'environnement à répondre aux besoins actuels et à venir* » .

³Fédération Bancaire Française, in, « *L'Investissement Socialement Responsable* » (ISR), 2010. Source Wikipédia.

*des principes du développement durable à l'investissement. C'est une approche consistant à prendre systématiquement en compte les trois dimensions que sont l'environnement, le social/sociétal et la gouvernance (ESG) en sus des critères financiers usuels. Les modalités de mise en œuvre peuvent revêtir des formes multiples fondées sur la sélection positive, l'exclusion ou les deux à la fois, le tout intégrant, le cas échéant, le dialogue avec les émetteurs ».*¹

Une définition américaine, cette fois ci, a été dévoilée dans un avis du Comité Économique et Social Européen². « *Il s'agit de produits d'épargne (comptes courants, comptes à fort rendement, livrets d'épargne, dépôts structurés), de produits d'investissement (institutions d'investissement collectif: fonds et sociétés d'investissements; pensions et assurances: plans et fonds de pension, plans de retraite, assurances- vie ou unit linked; fonds thématiques), d'instruments de financement du crédit et de mécanismes de soutien financier (microcrédits, fonds de roulement, fonds de garantie mutuelle et capital-risque), qui comprennent dans leur conception des critères environnementaux, sociaux et de bonne gouvernance, sans négliger aucunement les objectifs nécessaires en matière de risques et de rentabilité financière.* »³ A ce niveau, nous constatons que même pour ce qui concerne l'ISR, la conception américaine de l'investissement reste très extensive au même titre que pour la définition usuelle de l'investissement que nous avons examiné auparavant.⁴

Dans la définition de l'ISR donnée par l'Association Française de la Gestion financière et le Forum pour l'Investissement Responsable, citée plus haut, il est fait référence, dans les modalités de mise en œuvre des critères ESG, à la sélection positive ou à l'exclusion⁵. Cette dernière constitue un levier d'une efficacité

¹ Toujours d'après Wikipédia, Code de transparence AFG-FIR pour les fonds ISR ouverts au public janvier 2010.

² CESE, Avis du Comité économique et social européen sur le thème « Produits financiers socialement responsables » (2011/C 21/06) avis d'initiative, point 3.1.1), Source Wikipédia

³ Ibidem.

⁴ Voir supra, p, 131 et s.

⁵ L'origine de l'ISR trouve ses racines dans la tradition anglo-saxonne où, dès le XVIIIe siècle notamment le mouvement religieux philanthropique « quaker » était activement engagé contre l'esclavage, l'activité corsaire ou tout acte de violence. De même, à la fin du XIXe siècle aux États-Unis, des communautés

redoutable pour inciter les entreprises à intégrer les critères environnementaux et autres dans leur stratégie de croissance économique. Depuis 2006, les principes pour l'investissement responsable sont désormais consacrés par les Nations unies dans le prolongement du pacte mondial¹. Ces principes marquent la reconnaissance de l'ISR à l'échelle mondiale. L'investissement socialement responsable et durable, comme le suggère certaines lectures, se base donc sur l'implication des entreprises dans les problématiques de préservation de l'environnement. Est-ce à dire que les leviers que nous venons d'examiner peuvent suffire à préserver ce « bien commun de l'humanité », c'est-à-dire la terre, des menaces de pollution ?

b- : La pédagogie des avantages spéciaux

Nous avons tenté jusqu'à présent, de montrer que la préservation de l'environnement pourrait être l'œuvre d'instruments et de concepts liés au droit international de l'environnement, qui reste, malgré le développement fulgurant que ces règles ont connu, un droit mou dont les dispositions sont souvent jugées non contraignantes pour les Etats². Toutefois, des normes environnementales ont été établies dans la perspective d'encourager un mode de croissance industrielle qui soit respectueux de l'environnement. Ces normes peuvent avoir un caractère national ou

religieuses interdisaient à leurs membres d'investir dans des sociétés d'armes, d'alcool ou de tabac dans des actions « du péché » (sin stocks). D'où le terme investissement éthique. Cette forme d'exclusion est dite normative en ce qu'elle vise l'exclusion des entreprises qui ne respectent pas les normes ou conventions internationales.

¹Le Pacte mondial, ou Global Compact en anglais, est une initiative des Nations unies lancée au Siège de l'ONU à New York, le 26 juillet 2000 2000 visant à inciter les entreprises du monde entier à adopter une attitude socialement responsable en s'engageant à intégrer et à promouvoir plusieurs principes relatifs aux droits de l'homme, aux normes internationales du travail, et à la lutte contre la corruption et la protection de l'environnement. Parmi les dix (10) principes adoptés, les principes 7, 8, et 9 invitent les entreprises à appliquer l'approche de précaution face aux problèmes touchant à l'environnement, à prendre des initiatives tendant à promouvoir une plus grande responsabilité en matière d'environnement et enfin, à favoriser la mise au point et la diffusion de technologies respectueuses de l'environnement.

² L'exemple édifiant en la matière est Le protocole de Kyoto qui vise à la réduction des émissions de gaz à effet de serre. Signé le 11 décembre 1997 lors de la 3e Conférence des Parties à la Convention à Kyoto, au Japon, il est entré en vigueur le 16 février 2005. Au jour d'aujourd'hui, un seul pays au monde, les Etats-Unis, a signé mais non ratifié le protocole.

international. Les conventions internationales relatives à la préservation de l'environnement ainsi que les autres sources dites nouvelles¹, essayent d'apporter des solutions, même s'il faut bien l'admettre, celles-ci restent sans force obligatoire pour les États. Il reste vraisemblable, cependant, que les gouvernements s'auto-obligent de respecter sinon d'adhérer aux principes portés par ces instruments.

Les politiques internes intégrant la gestion environnementale ont pris une dimension nouvelle depuis quelques années. Elles se caractérisent par une profusion de mesures incitatives, souvent financières et fiscales qui essayent de compléter les initiatives prises en amont dont la référence pour la plupart d'entre eux, trouve son origine dans les instruments internationaux de la protection de l'environnement.

Plus en aval, le droit des investissements tel que décliné dans l'ordonnance du 20 août 2001, s'insère dans une démarche avant-gardiste en matière de protection de l'environnement. Il intègre la prévention des risques menaçant le milieu naturel, induits par des implantations industrielles dans le cadre d'une démarche négociée afin de trouver un équilibre souvent difficile à réaliser entre le progrès économique et la nécessité d'une protection de l'environnement. Cette démarche sera celle de la négociation d'avantages qui peuvent aller au-delà de ce que prévoit la loi dès lors que l'investissement projeté donnera des gages sérieux de conciliation de la nécessité de la préservation de l'environnement et la poursuite de l'objectif de croissance économique et du profit qui sous-tend l'action de l'investisseur.

La solution préconisée par l'article 10 de l'ordonnance de 2001 semble être une réponse appropriée à la problématique soulevée plus haut, et ce, en réservant un traitement privilégié, fait d'avantages particuliers pour les firmes tant étrangères que

¹ Cette notion de sources nouvelles renvoie aux concepts nouveaux apparus tels, la soft law, droit mou ou droit vert, ainsi que le droit volontaire pour désigner l'ensemble des instruments non contraignants, issus de la volonté des acteurs souvent privés, et qui prennent de plus en plus de place dans le processus de création des normes juridiques en matière d'environnement. Ils regroupent une panoplie de sources, à l'image des engagements volontaires des firmes, les chartes environnementales, les codes de bonne conduite et les mesures incitatives etc. Pour une vue d'ensemble sur la question, voir, Sandrine Maljean-Dubois « *La mise en œuvre du droit international de l'environnement* », in les notes de l'institut du développement durable et des relations internationales (IDDRI), n°4, Centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Aix-en-Provence. 2003.)

locales qui ont déjà fait l'effort de s'intégrer dans les nouveaux schémas de l'investissement socialement responsable suggérés et mis en place par les deux nouvelles branches du droit public que sont le droit international de l'environnement et le droit international économique.

Cette démarche qui consacre une bonne pratique s'inscrivant dans une logique préventive, celle de la pédagogie des avantages spéciaux, se conjugue également avec des outils coercitifs inspirés des chartes et déclarations internationales et mis en place par la législation interne. Dans les pays en développement, les réglementations environnementales sont souvent vues comme étant complaisantes, voire, laxistes vis-à-vis des investissements étrangers polluants. Les réglementations locales de ces pays sont placées devant un véritable dilemme¹ : attractivité des capitaux ou préservation de l'environnement.

En cas de survenue d'une pollution, le coût de la dépollution devra être supporté par le pollueur lui-même. Ceci amènera, sans nul doute, les investisseurs étrangers à intégrer les prévisions de coût de dépollution dans leurs études de faisabilité et de rentabilité de leurs projets d'investissement. Tout cela pourra aboutir à la situation paradoxale où les mesures de protection de l'environnement portées par les réglementations gouvernementales, peuvent constituer un frein à l'implantation d'activités susceptibles d'être polluantes. Il est à remarquer que beaucoup de firmes étrangères, qui se sentent de plus en plus à l'étroit dans le corset des réglementations environnementales strictes de leurs pays respectifs, délocalisent leurs activités polluantes vers les pays en développement, qui deviennent de ce fait, le réceptacle des activités polluantes des pays développés.²

¹ Une étude menée en Tunisie par Fathi Ayachi « *Capitaux étrangers et développement durable, la nouvelle donne : Cas de la Tunisie* », in, *Annales d'Economie et de Gestion*, volume n° 4 octobre 1996, n°7. Publication de la faculté des sciences économiques et de gestion de Tunis, a fait ressortir ce dilemme devant l'embarras des autorités devant des investissements étrangers polluants réalisés dans des activités à faible valeur ajoutée, tournées vers l'exportation, telles que les industries textiles, le cuir, la chimie etc...

² On a même pu parler de « poubelle du monde » pour qualifier les pays sous-développés, qui par laxisme, acceptent des implantations industrielles polluantes délocalisées.

Aussi, l'incitation à la préservation de l'environnement par anticipation, dans le cadre des avantages particuliers n'exclut, naturellement pas, le recours aux mesures coercitives que la réglementation gouvernementale met en place en cas de survenance de pollution du milieu naturel. S'inspirant des principes de la Déclaration de Rio et notamment, son principe 13, la responsabilité du pollueur sera mise en œuvre conformément aux règles en vigueur en la matière de la responsabilité civile et pénale.

La législation et la réglementation algériennes en matière de protection de l'environnement, incitent à procéder, conformément au principe 17 de la Déclaration de Rio, à une étude d'impact, que prévoit l'article 130 de la loi n° 83-03 du 5 février 1983 relative à la protection de l'environnement et organise le décret exécutif n°90-70 du 27 février 1990 relatif aux études d'impact sur l'environnement¹, à l'effet d'évaluer les risques supposés ou réels que des installations pourraient faire courir à l'environnement. De même, le décret exécutif n° 98-339 du 4 novembre 1998 définissant la réglementation applicable aux installations classées et fixant leur nomenclature, et en application de l'article 74 de la loi sus-mentionnée, précise la nature de ces installations et les soumet préalablement à leur mise en service, au régime soit de l'autorisation préalable, soit à celui de la déclaration suivant le degré de gravité que peut présenter leur exploitation.

Les avantages particuliers dont peuvent bénéficier les investissements présentant un intérêt écologique pour l'économie nationale font l'objet d'une convention dont les termes sont négociés par l'investisseur avec l'agence, agissant pour le compte de l'Etat algérien. L'activité de dessalement de l'eau de mer est un des domaines de prédilection de l'octroi d'avantages particuliers pour les investissements présentant un intérêt écologique, dans le cadre des conventions d'investissement. Cet intérêt se manifeste avant toute chose dans les technologies

¹ J.O.R.A n° 10 du 7 mars 1990.

utilisées, mais également dans la production d'une denrée qui tend à se raréfier non seulement en Algérie, mais sur l'ensemble du pourtour méditerranéen.

Dans ce contexte, Le conseil national de l'investissement (CNI) a approuvé lors de sa 36ème session tenue le 17 Mai 2008, dix (10) projets de conventions présentés par l'ANDI, parmi lesquels deux projets concernaient la réalisation d'unités de dessalement d'eau de mer. La première convention conclue entre l'ANDI et miyah Tipaza Spa, signée le 25/06/2008, portait sur la réalisation d'une usine de dessalement d'eau de mer d'une capacité nominale de 120 000 m³/jour, située à Fouka, Wilaya de Tipaza. La seconde portait sur la réalisation d'une unité de dessalement d'eau de mer, par la Spa miyah bahr Honaine à la Wilaya de Tlemcen,¹ par le groupe espagnol Abengoa pour un montant de 294 millions de \$.

De même, l'unité de dessalement de l'eau de mer du Hamma (Alger) a été réalisée en vertu d'un accord de co-entreprise conclu entre AEC et l'entreprise américaine Ionics, en novembre 2003, a abouti à la création de la société du projet Hamma Water Desalination (HWD) dont 30% des actions sont détenues par AEC et 70% par GE-Ionics. Avec un investissement de 250 millions de dollars, dont 200 millions pour la réalisation, le contrat de construction de cette station a été confié au consortium Orascom Construction Egypt, Orascom Construction Industrie Algérie et Besix Belgium. Le modèle du projet est le BOO (construire, posséder et exploiter). Il est financé sans garantie de l'Etat, ni garantie bancaire. L'investisseur sera remboursé avec les recettes qui seront tirées de la vente de l'eau².

Toutefois, certaines stations de dessalement de l'eau de mer commencent à laisser apparaître des lacunes. Il en est ainsi de l'unité de Kahrama (Arzew) dans la wilaya d'Oran qui, de temps à autre, est mise à l'arrêt, suite à une pollution par les hydrocarbures. La presse locale³ a fait état de ce risque de pollution marine, car la station, contre tout bon sens, a été construite dans une zone que tout le monde savait

¹ Voir à ce sujet, la revue éditée par l'ANDI, « ANDI news » bulletin trimestriel, Août 2008 N° 06.

² Voir à ce sujet, le Maghreb, le quotidien de l'économie du 30 avril 2007.

³ Le quotidien d'Oran du 15 avril 2014.

polluée de par sa proximité du complexe d'hydrocarbures. Cette méga-station a une capacité de production de 550.000 m³/jour.

Certains avis émis dans des cercles détracteurs de ces procédés, estiment que ces stations de dessalement des eaux de mer ont un impact négatif sur l'écosystème marin par le rejet de quantités importantes de sel vers la mer. Le dessalement de l'eau de mer a, dit-on, un impact à la fois positif et négatif sur l'environnement. Le principal effet positif direct est un accroissement des disponibilités en eau. L'impact positif indirect, sur l'environnement, découle d'une salinisation réduite du sol grâce à une irrigation à base d'eau dessalée par rapport à l'utilisation d'eaux saumâtres.

Pour ce qui concerne les répercussions négatives sur l'environnement, celles-ci se rapportent à l'évacuation de la saumure ou des eaux résiduelles, produites par le dessalement. De même, ces dernières contiennent des additifs chimiques antisalissure ou anticorrosion qui impactent négativement la qualité de ces eaux résiduelles. Enfin, les unités de dessalement provoquent des émissions de gaz à effet de serre, dérivant de la grande consommation d'énergie.

Si cela venait à être vérifié, et alors même que ces installations sont censées utiliser des technologies propres, leur éligibilité au bénéfice du régime dérogatoire aura été inappropriée, voire inutile.

B- : L'intérêt économique de l'investissement

Alors que l'alinéa 2 de l'article 10 de l'ordonnance du 20 août 2001, modifiée et complétée, relative au développement de l'investissement, avait proposé quelques clés de lecture concernant les investissements présentant un intérêt écologique, ceux présentant un intérêt exclusivement économique n'ont fait l'objet d'aucune précision. Mieux encore, la décision du CNI devant définir ces investissements, comme cela avait été le cas pour les zones à développer, n'a pas été rendue à ce jour. Aussi, la recherche des critères d'identification de l'importance économique des projets d'investissements est une tâche qui sera quelque peu ardue. Malgré tout,

des indices sur certains critères ont été dévoilés ici et là dans des dispositions de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement. D'autres, ont été suggérés par des textes qui ne font plus partie de l'ordonnancement juridique, mais qui ont concerné, à leur époque, la question de l'investissement. Aussi, nous envisageons de fixer les critères d'identification de l'intérêt économique du projet, dans un premier temps, pour mettre en exergue, dans un deuxième temps, le rôle prépondérant du CNI en matière d'appréciation de ces critères.

a- : Les critères d'identification de l'intérêt économique

Contrairement à l'article 15 du décret législatif n°93-12 du 5 octobre 1993 relatif à la promotion de l'investissement¹ qui retenait les critères de la dimension du projet, de la technologie utilisée, du taux d'intégration de la production développée et enfin des gains en devises ou au regard de leur rentabilité à long terme, l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement a été muette sur cette question des critères de l'importance économique du projet. Il aurait été judicieux de présenter quelques clés de lecture, comme cela a été le cas pour l'importance écologique du projet, quand bien même il reviendrait au CNI, d'après l'alinéa 2 de l'article 10, de définir ces critères. Devant le silence express de la loi et en l'absence d'une décision du CNI, qui soit dit en passant, s'accommode parfaitement de cette situation pour des raisons que nous aurons à évoquer plus tard, il nous semble que les critères d'éligibilité tournent, d'une façon générale, autour de quelques principes qui fondent ce qu'il est appelé un projet structurant. En règle générale, ce dernier s'articule autour des critères de constituer un pôle de développement économique et social, d'être générateur d'emplois, de donner lieu à des investissements importants en termes financiers, et enfin, d'être un vecteur d'apport de technologies nouvelles.

¹ J.O.R.A n° 64 du 10 octobre 1993.

Sur le plan théorique, un projet est qualifié de structurant par référence à l'analyse de ses effets et de son impact, c'est-à-dire, en considérant ce qu'il produit et ce qui en résulte à court terme, et ce qu'il modifie du fait de son intervention à long terme, à l'exemple des relations existant entre les facteurs qui opèrent dans l'espace considéré et qui soutiennent ou qui sont à l'origine de la croissance. Il est censé y apporter des transformations spatiales, sociales ou économiques. Il modifie, réoriente et marque profondément les rapports entre les flux économiques et l'espace dans lesquels ils se déclinent.

Le projet doit être un pôle de développement économique et social. Le projet structurant doit constituer pour la localité dans laquelle il est mis en œuvre un instrument d'entraînement vers le progrès économique et social. Sa mise en œuvre doit avoir vocation à entraîner la création de richesses et d'emplois, concourir au développement d'un réseau de sous-traitants ou d'activités connexes, à l'utilisation de matières premières locales et à l'essor des activités créatrices de valeur ajoutée. Dans cette projection spatiale, il faudrait exclure les investissements qui bénéficient déjà d'avantages particuliers liés au régime des zones à développer que nous avons déjà évoqué.

Ensuite, le projet doit être générateur d'emplois. Un projet structurant doit constituer un facteur de création d'emplois et donc de réduction du chômage. A cet égard, le nombre et la qualité des emplois créés au profit des nationaux seront vus comme un élément d'appréciation du caractère structurant du projet. Cet aspect concerne aussi bien les emplois permanents au sein de l'entreprise, que ceux générés par les activités connexes du projet (sous-traitants, etc.). En l'absence de textes de référence précis sur les critères de l'importance économique du projet d'investissement, et spécialement en matière d'emplois créés, le législateur algérien a tout de même laissé apparaître un indice quantitatif pouvant dévoiler quelque peu son intention sur le nombre d'emplois générés par l'investissement afin qu'il prétende au régime dérogatoire. Seulement, cette référence ne concerne pas spécifiquement ce dernier. L'interprétation a contrario nous fait déduire que le

raisonnement porté dans ce texte de loi conduit à une opposition dans les hypothèses, et donc à une opposition dans les conséquences. L'article 9, modifié et complété de l'ordonnance de 2001, puisque c'est de lui qu'il s'agit, fait bénéficier les investissements créant plus de cent (100) emplois, au titre de l'exploitation, de l'exonération de l'IBS et de la TAP pour une durée de cinq (5) ans, dans le cadre du régime général. Aussi, nous pouvons considérer ce critère quantitatif de cent (100) emplois comme base de référence pour arriver à cerner avec plus ou moins de précision le critère de la création d'emplois comme élément d'éligibilité au régime dérogatoire des investissements présentant un intérêt économique pour l'économie nationale. Or, ce chiffre étalon de cent emplois ne constitue pas un seuil minimum qui suffirait à faire accéder un investissement au régime dérogatoire. De l'ensemble des conventions d'investissement dont nous avons pu avoir quelques éléments d'information, le nombre minimum avoisinait les trois cents soixante (360) emplois¹ à créer. Une autre convention, celle conclue entre l'ANDI et le groupe hôtelier S.I.H SPA, le 23 avril 2012, pour la construction de deux complexes à Annaba et Constantine, avait comme prévision de création de 400 emplois pour les deux structures². Le nombre d'emplois à créer est autrement plus important dans certaines autres conventions, à l'image de celle conclue le 26 Avril 2012 et portant sur la réalisation d'un centre commercial, d'affaires, résidentiel et de loisirs, localisé au niveau de la nouvelle ville Ali Mendjeli, Commune d'El Khroub à Constantine, prévoyant la création de 2500 emplois³. Dans la même veine, la convention conclue entre l'ANDI et le groupe de distribution ARDIS le 30 avril 2008, en vue de la réalisation d'hypermarchés répartis à travers le territoire national, prévoyait la création, pour l'ensemble des structures, de trois mille six cents (3600) emplois directs. Enfin, la convention signée entre l'ANDI avec la SPA Mediteranean Float

¹ La convention signée le 15 janvier 2013 entre l'ANDI et l'EURL Complexe Hammamet Saradjia, vise la réalisation d'un complexe touristique intégré dans la commune de Marsat el hadjadj, Bethioua, wilaya d'Oran. Source ANDI news, Bulletin trimestriel n° 22.

² Source ANDI News, Bulletin n°19.

³ Source ANDI News, Bulletin n°19.

Glass (MFG), filiale du groupe Cevital, le 25 décembre 2012 portant sur la réalisation de deux projets d'investissement, dont l'un est localisé dans la commune de Taghourt (B.B.A), où doit être implanté un complexe de production de fenêtres et portes fenêtres en bois et PVC à double vitrage isolant . La création cumulée des deux projets en nombre d'emplois avoisine 3420, dont 3120 pour le seul complexe cité.¹ Plus important encore, le nombre d'emplois que compte créer le projet de construction d'un complexe de production de véhicules légers de Renault, objet de la convention conclue entre l'ANDI et le groupe en question, devra avoisiner les 14.000². Ce qui constitue un critère déterminant d'éligibilité au régime de la convention.

En troisième lieu, Le projet doit donner lieu à des investissements importants en termes financiers. Le montant total des investissements liés à un projet structurant dans sa phase de construction doit au moins être égal à un seuil qui est censé être défini par le CNI, puisque le dernier alinéa de l'article 10 de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement le charge de le faire. A défaut de cela, l'article 59 de la loi de finances pour 2014, citée auparavant, en modifiant l'article 9 ter de l'ordonnance de 2001, a proposé un seuil de montant au-delà duquel les investissements sont admissibles au régime dérogatoire, et ce, en disposant : « *Les investissements dont le montant est égal ou supérieur à 1.500.000.000 DA ne peuvent bénéficier des avantages du régime général que dans le cadre d'une décision du conseil national de l'investissement.* » Quel sens donner à cette disposition ?

La nouvelle mouture de l'article 9 ter nous semble poser un véritable critère de distinction entre les investissements relevant du régime général et ceux relevant du régime dérogatoire sur la base du montant de l'investissement projeté. Au-delà de 1.500.000.000 DA le projet bascule automatiquement dans le régime dérogatoire,

¹ Source ANDI News, Bulletin n°21.

² Chiffre avancé lors de la visite du ministre de l'industrie et rapporté par le quotidien El- Watan, dans sa livraison du 21 mai 2014.

sauf, si, par décision contraire et expresse, le CNI décide de le maintenir dans le régime général. A l'inverse, ce dernier, c'est-à-dire le régime général recevra les investissements dont le montant n'excède pas le seuil défini plus haut, et l'octroi des avantages y afférant pourra se décider au niveau de l'agence sans en référer au CNI. Les conventions d'investissement que nous avons cité plus haut, portent toutes sur des montants dépassant, et de loin, le seuil que nous venons de mettre en exergue. A titre d'exemple, la convention conclue pour la réalisation du centre commercial et d'affaires d'Ali Mendjeli porte sur un montant de 1.937.500.000 DA. Celle conclue pour la réalisation du complexe touristique intégré de Marsat El Hadjadj porte sur un investissement de 7.185.000.000 DA. La convention d'investissement conclue avec le groupe SIH SPA pour la construction de deux hôtels prévoyait 1.500.000.000 de DA pour chacune des deux structures, tandis que la filiale du groupe Cevital prévoyait un schéma d'investissement de 19.700.000.000 de DA pour ses deux projets d'investissements décrits plus haut.

Deux autres critères peuvent être intégrés dans l'identification du projet structurant et par-delà, de l'intérêt économique du projet. Il s'agit des critères du transfert du savoir-faire et du taux d'intégration de la production nationale. Nous nous rappelons que l'article 12 bis de l'ordonnance de 2001 invitait à une définition des critères d'identification des investissements présentant un intérêt pour l'économie nationale, par voie de règlement, après avis conforme du CNI, et cela en contradiction avec l'article 10 qui ne prévoyait que leur définition par le CNI. Nous reviendrons un peu plus loin sur cette question. Or, sur les deux critères que nous avons évoqué un peu plus haut, à savoir le taux d'intégration de la production nationale par le projet d'investissement et sa contribution au transfert technologique, il aura fallu attendre la loi de finances pour 2014 pour avoir quelques éléments de réponse. Autant dire dès le début, que ceux-ci ne lèvent pas toutes les équivoques.

L'article 55 de la loi de finances pour 2014¹ dispose : « *Tout investissement étranger en partenariat, qui contribue au transfert du savoir-faire vers l'Algérie et/ou produit des biens dans le cadre d'une activité déployée en Algérie, avec un taux d'intégration supérieur à 40%, bénéficie d'avantages fiscaux et parafiscaux, décidés par le conseil national de l'investissement dans le respect de la règle de répartition du capital 51/49 %...*

La contribution au transfert du savoir-faire et la production des biens avec un taux d'intégration supérieur à 40% ainsi que les modalités d'octroi des avantages fiscaux et parafiscaux, par le conseil national de l'investissement, sont fixées par voie réglementaire. »

Les deux critères objet de l'article précité ne concernent bien évidemment que les investissements étrangers. Ces derniers peuvent bénéficier d'avantages décidés par le CNI pour leur contribution spécifique au transfert de savoir-faire et / ou de mise en place d'activité intégrant la production nationale dans une proportion de 40%. La principale observation que nous inspire cette disposition tient au fait que ces avantages quand bien même seraient ils supplémentaires, sont décidés en dehors du régime d'incitation objet de notre étude, c'est-à-dire le régime dérogatoire. L'article 55 porteur de ces dispositions n'est pas venu amender ou compléter des dispositions de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement. Pour cette raison, ceux-ci ne peuvent être affiliés qu'au régime de droit commun. Une autre explication peut être avancée concernant ces avantages. Ils peuvent constituer une rémunération additionnelle qui sera octroyée à l'investisseur étranger, en dehors des régimes organisés par l'ordonnance de 2001 pour rétribuer le transfert effectif de technologie.

En tout état de cause, les thèmes du transfert de savoir-faire et de l'intégration de la production nationale contribuent dans une très large mesure à déterminer le caractère structurant d'un projet d'investissement.

¹ J.O.R.A n° 68 du 31 décembre 2013.

L'allusion à une autre notion est venue ajouter encore plus d'ambiguïté à la question des critères de détermination de l'importance économique du projet d'investissement, c'est celle des filières stratégiques évoquées par l'article 9 de l'ordonnance de 2001, relatif aux avantages du régime général. Les filières stratégiques renvoient à une notion assez peu précise, car il n'existe pas de définition consensuelle sur la question. Cette notion finit par dépendre, comme le suggère l'article 9, de la décision du CNI. En règle générale, la définition des filières stratégiques tend à cibler les aides publiques par un éventail de mesures parmi lesquelles nous comptons les défiscalisations, comme s'y emploie l'article 9 précité.

En tout état de cause, nous relevons un véritable désordre normatif dans la doctrine du législateur algérien en matière de détermination des critères d'identification de l'intérêt économique du projet d'investissement. Dans certains cas on fait appel à la notion de filières, dans d'autres, exclusivement à celle d'intérêt pour l'économie nationale, pour les soumettre ensuite, à des régimes d'incitation différenciés. Mieux encore, certaines conventions d'investissement conclues, à l'image de celle passée entre l'ANDI et le groupe égyptien Orascom¹, reprennent invariablement toutes ces notions et critères. Une mise en cohérence de cette doctrine s'impose afin de donner une plus grande homogénéité au dispositif légal et réglementaire régissant l'investissement. Un des facteurs de ces contradictions, tient, à notre sens, au rôle exorbitant attribué au CNI dans le dispositif en question.

¹ Cette convention est l'une, sinon l'unique convention dont le texte a été intégralement publié en annexe du décret exécutif portant approbation de la convention passée entre l'APSI de l'époque et Orascom, au journal officiel. Voir, J.O.R.A n° 80 DU 26 décembre 2001. Il y est mentionné « ... que le projet d'investissement présente pour l'économie nationale algérienne un intérêt particulier en raison notamment de l'importance des investissements concernés, du caractère stratégique du secteur des télécommunications en Algérie et du niveau élevé de la technologie élevée ». p, 8.

b- : Le rôle discrétionnaire du C.N.I. dans l'appréciation de l'importance économique du projet

Nous venons de voir tout au long des développements qui ont précédé, que de nombreuses questions étaient encore en suspens. Les dispositions de l'ordonnance de 2001 confiaient soit au CNI, soit au règlement le soin de définir, de préciser ou de parachever certains dispositifs. Ces textes n'ont jamais vu le jour. La détermination des critères de l'importance économique de l'investissement fait partie de ces questions.

Cet état de fait est symptomatique de l'absence de cohérence et de lisibilité du dispositif relatif aux investissements bénéficiant du régime dérogatoire. Cette observation nous permet de conclure que l'ultime et la seule décision sera celle du CNI, qui à travers son examen des projets d'investissements qui doivent lui être soumis, décidera en toute discrétion, des critères applicables aux investissements, cas par cas, afin de les rendre éligibles au régime de la convention d'investissement. Le rôle de cet organe est par voie de conséquence, prééminent. C'est à se demander si l'entretien d'une certaine forme d'opacité n'est pas volontaire, concernant la définition de ces critères, afin de perpétuer le rôle prépondérant du CNI.

Alors même que les critères d'identification de l'importance économique de l'investissement n'ont été définis ni par le CNI ni par le règlement, il est à déplorer la contradiction qui existe entre les dispositions de l'article 10 en son alinéa 2, qui charge le CNI de définir les investissements présentant un intérêt particulier pour l'économie nationale, et l'article 12 bis qui, à propos de ces mêmes investissements, précise que les critères de leur identification, seront fixés par voie de règlement après avis conforme du CNI. Dans l'un comme dans l'autre cas, et malgré la différence de méthode, le rôle du CNI reste central. Seulement, dans le premier cas, une décision de cet organe suffit, comme cela a été le cas pour la détermination des zones à développer. Cette solution reste conforme à l'article 6 du décret exécutif n°06-355 relatif aux attributions, à la composition, à l'organisation et au

fonctionnement du CNI qui prévoit que les travaux du conseil sont sanctionnés par des décisions etc...

Dans le deuxième cas, c'est toute une procédure formelle, particulière, qui s'enclenche pour aboutir à la promulgation d'un texte réglementaire devant satisfaire à toutes les conditions de forme comme de fond exigées en la matière. Ceci nous amènera à nous interroger sur la valeur juridique des décisions émanant du CNI.

La nature et le statut du CNI restent problématiques au regard des pouvoirs exorbitants dont il est dépositaire. Etant un organe qui se situe en dehors de l'ordre administratif, puisque n'ayant aucune autonomie administrative, le CNI réalise une véritable confusion des genres de par sa composition, mais surtout, par son rattachement et sa présidence par le premier ministre. Cela en fait-il pour autant une autorité réglementaire, investie du pouvoir réglementaire au sens de l'article 125 de la constitution ?¹ D'un point de vue strictement formel, il est évident que la réponse à cette question ne peut être que négative. Cette structure qui tient plus du domaine de l'opportunité politique que du domaine du droit introduit des éléments de confusion dans la lisibilité du dispositif organique stratégique de l'investissement. Le CNI est trop mis en avant dans les processus de conception, d'animation et de décision en matière d'investissement. Cette primauté peut donner lieu à des interprétations négatives de la part des investisseurs étrangers et des observatoires étrangers du climat des investissements, qui peuvent y voir une intrusion assez manifeste du politique dans des circuits qui sont avant tout économiques. Le pouvoir absolu dont a été dépositaire le CNI fait de lui un véritable « gendarme de l'investissement ». Or, ce qui est absolu est excessif, et une meilleure répartition des rôles entre ce qui est du ressort du CNI et ce qui est du ressort du pouvoir réglementaire nous paraît souhaitable. Il est vrai que le dédoublement fonctionnel du chef du gouvernement qui en assure la présidence, n'est pas de nature à être un

¹ J.O.R.A n°76 du 8 décembre 1996 modifiée par la Loi n°02-03 du 10 avril 2002 J.O.R.A n°25 du 14 avril 2002 et la loi n°08-19 du 15 novembre 2008 J.O.R.A n°63 du 16 novembre 2008.

élément de simplification. On aurait pu procéder, comme cela a été le cas, à titre d'exemple, et en l'élargissant à toutes les questions, pour la définition des activités, biens et services exclus des avantages. Le CNI intervient en amont en donnant son avis qui doit être conforme, ce qui est une forme de liaison du gouvernement, tout en laissant le soin au pouvoir exécutif de réglementer ce qu'il y a lieu de réglementer. L'esprit de la Constitution serait respecté. En même temps, le formalisme juridique le serait également, puisque la valeur juridique d'un décret exécutif est indiscutable alors que celle d'une décision, fût-elle du CNI, l'est moins¹.

A ce propos, certains pays, à l'image de la Tunisie, ont adopté une solution qui nous semble plus appropriée sur cette question. Le code tunisien d'incitation aux investissements² a créé, en vertu de l'article 2, une commission supérieure d'investissement, l'équivalent du CNI. Cette disposition prévoit que les encouragements sont octroyés par décret après avis de la Commission Supérieure d'Investissement lorsque les investissements revêtent un intérêt particulier pour l'économie nationale. Le décret n° 93-2542 du 27 décembre 1993, portant composition, organisation et modes de fonctionnement de la Commission Supérieure des Investissements,³ en son article 2, fixe les attributions de la commission qui consistent à émettre son avis sur les questions lui ayant été soumises et qui sont fixées par les articles 3, 52 et 53 du code des incitations aux

¹ La question de la valeur juridique des décisions émanant du CNI peut être rapprochée de la question des circulaires réglementaires et interprétatives. La jurisprudence administrative a admis cette distinction depuis l'arrêt « Institution Notre Dame du Kreisker », CE, 29 janvier 1954, G.A.J.A, 6eme édition, p, 411. Le juge administratif algérien, a également repris cette distinction dans l'arrêt rendu par la chambre administrative de la Cour Suprême, SN. SEMPAC / OAIC, en date du 8 mars 1980, RASJEP, 1981, n° 1, p. 135. Depuis, La jurisprudence administrative française a abandonné cette distinction pour retenir celle de circulaire à caractère impératif et à caractère non-impératif à l'occasion d'un arrêt de section rendu par le Conseil d'Etat, « Mme Duvignères », en date du 18 décembre 2002, disponible sur l'url. www.conseil-d-etat.fr. Les décisions émanant du CNI peuvent donc être considérées comme réglementaires en ce qu'elles peuvent modifier l'ordonnancement juridique en créant de nouvelles règles. Toutefois, cette lecture est contrariée par un élément. Le CNI tient ce pouvoir réglementaire de la loi elle-même.

² Loi 93-120 du 27 décembre 1993, portant promulgation du code d'incitation aux investissements modifiée par des textes subséquents.

³ Journal Officiel de la République Tunisienne, n° 2 du 7 janvier 1994, page 12.

investissements. Le schéma de fonctionnement est donc assez clair. La commission émet son avis, dont il n'est pas exigé qu'il soit conforme sur les questions qui lui sont soumises et le premier ministre réglemente par la procédure du décret.

Pour revenir au cas algérien, lorsqu'il s'agit d'examiner et d'approuver les conventions, d'accorder les avantages, d'instituer de nouveaux avantages ou de modifier ceux existants, le CNI est parfaitement dans son rôle. Par contre, lorsqu'il s'agit de définir les zones à développer, chose qu'il a accompli alors que l'article 3 du décret de 2006 relatif à ses attributions et autres le charge simplement de se prononcer sur les zones devant bénéficier du régime dérogatoire, ou de déterminer les critères d'identification de l'importance économique des projets d'investissement, le CNI quitte son rôle naturel, pour empiéter sur le domaine du pouvoir réglementaire. Il commet un glissement de compétences dans des matières qui ressortent normalement du pouvoir réglementaire complémentaire du premier ministre prévu par l'article 125 de la constitution. Aussi, pour une meilleure clarté du dispositif, une séparation de ce qui est de l'ordre des décisions stratégiques relevant du CNI et de ce qui est de l'ordre de leur mise en œuvre juridique relevant du règlement, doit être établie.

Les investissements présentant un intérêt écologique ou économique, c'est là où ils se singularisent comparativement aux autres investissements, donnent lieu à l'établissement d'une convention qu'il convient d'examiner présentement.

SECTION II : LE REGIME DE LA CONVENTION D'INVESTISSEMENT

A la lecture de l'intitulé de cette section, on est tenté de penser que la convention d'investissement constitue un régime d'incitation indépendant du régime dérogatoire que nous sommes en train d'examiner. Nous avons voulu tout simplement, par l'utilisation de cet intitulé, marquer le caractère exorbitant de la convention qui se distingue du droit commun des investissements que nous avons évoqué précédemment.

Mieux, dans le même régime dérogatoire, une ségrégation « positive » est pratiquée, en faisant bénéficier les investissements ayant une importance pour l'économie nationale du régime de la convention, et non pas les zones à développer qui en sont exclus. Le régime dérogatoire repose donc sur deux représentations différenciées en fonction des avantages consentis.

Le régime de la convention concerne donc les gros investissements ayant une forte capacité de structuration de l'économie ou sont susceptibles d'engendrer un flux important de ressources, que ce soit en devises étrangères ou en monnaie locale, selon les critères que nous avons vu un peu plus haut. De même, lorsque l'intérêt écologique, technologique ou en termes de création d'emplois le justifie, l'investissement sera éligible au régime conventionnel.

Le régime dérogatoire, du moins pour ce qui concerne une de ses typologies, peut être mis en œuvre par le procédé de la convention d'investissement. Ceci découle des dispositions de l'article 12 de l'ordonnance de 2001 qui dispose : « *Les investissements visés à l'alinéa 2 de l'article 10 ci-dessus donnent lieu à l'établissement d'une convention négociée dans les conditions prévues à l'article 12 bis ci-dessous.*

La convention est conclue par l'agence, agissant pour le compte de l'Etat, après approbation du conseil national de l'investissement visé à l'article 18 ci-dessous. La convention est publiée au journal officiel... »

L'article 12 bis, quant à lui, identifie le type d'investissements qui peut donner lieu à négociation dans le cadre d'une convention, en disposant : « *Bénéficiaire d'avantages établis par voie de négociation entre l'investisseur et l'agence agissant pour le compte de l'Etat, sous la conduite du ministre chargé de la promotion des investissements, les investissements présentant un intérêt pour l'économie nationale.* »

La convention prévue par l'article 12 précité, renvoie à une pratique de plus en plus usitée dans les relations économiques internationales, qui est sujette à débats depuis quelques décennies. Il s'agit de la notion de contrats d'investissement conclus entre les Etats en développement et des sujets de droit privé qu'ils soient individus ou personnes morales, c'est-à-dire des firmes étrangères. Ces contrats d'investissement, que certains nomment également contrats d'Etat¹, par référence à une notion d'origine anglo-saxonne, les « *states contracts* », sont une invention de la doctrine et de la pratique arbitrale afin d'internationaliser les contrats suite aux énormes problèmes qui ont surgi dans les années 1950-1960 entre les Etats et les concessionnaires pétroliers².

La convention prévue dans l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, serait-elle réductible à ce modèle de contrat d'Etat ? Certains éléments poussent à cette assimilation. A l'inverse, d'autres, récusent cette assimilation et considèrent que cette convention n'est ni plus ni moins

¹ Selon une distinction opérée dans la doctrine, les contrats d'investissement sont des contrats d'Etat, alors que ces derniers ne sont pas forcément des contrats d'investissements. L'exemple qui en est donné est celui des contrats de prêt internationaux, qui ne sont pas considérés comme des contrats d'investissement, mais rentrent dans la définition des contrats d'Etat. Voir à ce propos, Charles Leben, « *Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat* », in, Souveraineté étatique et marchés internationaux. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn. Litec. Année 2000- Volume 20.

² Nous aurons à revenir sur la genèse des contrats d'Etat ultérieurement.

qu'un procédé d'admission à un régime légal pré-établi. Nous tenterons de formuler les termes du débat sur cette question tant controversée.

Aussi, nous nous proposons de mettre en avant dans un premier temps, l'idée novatrice que porte la convention à travers la contractualisation de la relation d'investissement (par I). Dans un second temps, le dépassement du cadre légal en matière d'octroi d'avantages semble être l'une des principales caractéristiques de la convention, que nous examinerons (par II).

PARAGRAPHE I - : LA CONTRACTUALISATION DE LA RELATION D'INVESTISSEMENT

La convention d'investissement prévue par l'article 12 bis participe d'une gestion partenariale, concertée¹ de l'investissement en associant l'investisseur à définir les termes mêmes de l'accord qu'il compte conclure avec l'Etat. Cette pratique nouvelle, fait reculer, d'après le Pr Bencheneb², la sphère d'impérativité du droit de l'investissement, par l'élargissement des marges de négociation en consacrant le contrat comme instrument de réalisation de l'investissement. Cette négociation peut même aboutir, comme nous le verrons plus loin, à un dépassement du cadre légal en accordant des avantages plus marqués. Ce régime repose, faut-il le rappeler encore une fois, sur le postulat selon lequel, les avantages qui pourraient être consentis à l'investissement seraient proportionnels à l'intérêt qu'il peut présenter à l'économie nationale.

Ce régime conventionnel obéit à certaines conditions d'existence qu'il convient de présenter dans un premier temps (A). Ensuite, il s'agira d'apprécier la nature de la convention prévue par l'ordonnance de 2001, à la lumière de la controverse qui a vu le jour sur la nature des contrats passés par un Etat et des

¹ Selon P. Juillard, « *in Droit international économique* », op-cit, p. 483.

² In, « *La notion d'avantages supplémentaires dans le droit des investissements : l'exemple algérien* ». R.D.A./IBLJ, n°3, 1999.

entreprises privés étrangères. Relèvent-ils de l'ordre interne de l'Etat de territorialité de l'investissement, ou au contraire, ressortissent-ils de l'ordre international sous la bannière de ce que la doctrine nouvelle de l'investissement qualifie de contrats d'Etat ?

A- : L'exigence de conditions de validité de la convention

Mettant en œuvre un régime fiscal et autres privilégiés, la convention d'investissement requiert la réunion de conditions précises posées par les articles 12 et 12 bis de l'ordonnance de 2001. Elles tiennent à des conditions de forme et principalement à une condition de fond à laquelle vient se greffer une autre condition que l'on pourra qualifier de subsidiaire relative à la question de l'octroi des avantages du régime conventionnel aux investissements en conformité avec la législation en vigueur que nous envisageons d'examiner plus loin. Aussi, la seule condition de fond qui reste exigée, selon les termes de l'article 12 bis de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement, revient à notre sens, à l'intérêt particulier que doit présenter l'investissement pour l'économie nationale.

a- : La condition de fond

Le critère qui tient lieu de condition de fond pour la validité de la convention d'investissement se réfère à l'intérêt particulier que présente l'investissement pour l'économie nationale. Cet intérêt particulier, comme nous l'avons examiné auparavant, est circonscrit aux investissements de nature à présenter un avantage écologique ou économique évident. Les critères retenus pour l'appréciation de cette importance sont laissés, comme nous l'avons vu précédemment, à la seule discrétion du CNI, qui les apprécie, in concreto, lors de l'examen des procédures de déclaration et de demande d'avantages dans le régime de la convention. Il aurait été

de bon sens d'identifier ces critères avec plus ou moins une grande précision afin que les investisseurs sachent, sans attendre la décision du CNI, si leur projet d'investissement rentre dans la définition des investissements éligibles au régime privilégié de la convention. L'imprécision qui entoure cette notion d'intérêt particulier pour l'économie nationale rend, comme nous l'avons observé auparavant, la gestion du dispositif d'octroi d'avantages dans le cadre du régime de la convention, assez « *opaque et subjectif* » dans la sélection des projets, pour reprendre l'expression de M. Haroun¹.

Cet auteur loge la question de la conformité à la législation en vigueur des investissements présentant un intérêt particulier pour l'économie nationale, au titre des conditions de fond requises pour la validité de la convention d'investissement. Ceci en ferait, d'après la logique de cette position, une condition préalable à l'existence de cette convention. Ce point de vue nous semble discutable. La conformité que prévoit l'article 12 ter de l'ordonnance de 2001, dans son énumération des avantages consentis à cette catégorie précise d'investissements, ne vaut, à notre sens, que pour le bénéfice des avantages supplémentaires que peut accorder le CNI, en sus de ceux détaillés dans l'énumération que nous venons de signaler.

En d'autres termes, la conformité avec la législation en vigueur n'est pas une condition pré-requise pour la validité d'ensemble de la convention négociée entre l'investisseur et l'agence, agissant pour le compte de l'Etat, qui soit dit en passant, a créé une division en son sein spécialement dédiée aux grands projets, c'est-à-dire ceux présentant un intérêt particulier pour l'économie nationale. L'appréciation de la conformité serait une conséquence découlant de l'accord qui se serait dégagé entre les deux parties lors de la négociation et qui, outre les avantages détaillés à l'article 12 ter, peut aboutir à l'octroi d'avantages supplémentaires, dont il est exigé

¹« *Le régime des investissements en Algérie...* », op-cit, p ,344. Cette analyse, faut-il le rappeler, avait pour base le décret législatif n°93-12 du 5 octobre 1993 relatif à la promotion de l'investissement. Le régime de la convention prévu par cette législation a été repris dans sa quasi-intégralité par l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement.

qu'ils soient conformes à la législation en vigueur. L'octroi de ces avantages supplémentaires obéit au fameux axiome selon lequel les avantages dont pourront bénéficier les investissements seront proportionnels à l'intérêt particulier qu'ils pourraient présenter à l'économie nationale.

L'exigence de la conformité est, comme l'a justement observé M. Haroun¹, porteuse d'une contradiction assez curieuse. Cette dernière repose sur l'octroi d'avantages qui sont, par principe, supérieurs à ceux prévus par la législation en vigueur, sur la base de laquelle ils sont définis, étant entendu que cette exigence de conformité devrait mettre des limites à l'octroi inconsidéré d'avantages. En d'autres termes, ces avantages se situeraient-ils en dehors de la légalité ? Nous tenterons de revenir sur ce débat dans la suite de nos développements.

Aussi, de ce qui précède, nous estimons, que la seule condition de fond exigible en matière de validité de la convention d'investissement, concerne le caractère particulièrement important de l'investissement projeté, en termes d'apports multiformes que ce dernier pourra présenter à l'économie nationale selon les critères écologiques et économiques et que nous avons identifiés auparavant.

b- Les conditions de forme

Celles-ci sont énumérées limitativement dans les dispositions des articles 12 et 12 bis de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement. Pour la plupart d'entre elles, ces conditions nous renvoient aux conditions de la notion tant décriée de contrat d'Etat si tant est que cette catégorie juridique et la représentation théorique qui la sous-tend, existent ?

En premier lieu, la convention, selon les termes de l'article 12 de l'ordonnance de 2001, est négociée sous la conduite du ministre chargé de la promotion des investissements. La négociation, qui constitue l'ensemble des actes préalables à la

¹ Ibidem, p, 345.

conclusion du contrat, a pour finalité de préciser et de résoudre les problèmes qui pourraient surgir dans la mise en œuvre des engagements contractuels des parties. Dans cette négociation, la présence de l'Etat ou l'une de ses émanations est un préalable indispensable à l'existence de cet instrument. Cette faculté reconnue au ministre découle de ses prérogatives générales puisqu'il a pour mission de proposer, puis de suivre la mise en œuvre de la politique et des stratégies de promotion des investissements. Ensuite, en sa qualité d'autorité de rattachement du CNI qui est créé auprès du ministre en charge de l'investissement, ce conseil est placé sous l'autorité du chef du gouvernement qui en assure la présidence et ce, en vertu de l'article 18 de l'ordonnance n°01-03 et de l'article 12 du décret exécutif n° 06-355 du 9 octobre 2006 relatif à sa composition, à son organisation et à son fonctionnement. En pratique, la négociation de la convention est menée par l'ANDI, agissant pour le compte de l'Etat, qui compte en son sein une division spécialement créée pour la gestion des grands projets d'investissements. Le rôle prépondérant du CNI, que nous avons évoqué auparavant, prend, en matière de convention, tout son sens. Après que l'investisseur ait exprimé son intention de bénéficier du régime de la convention dans sa déclaration, le CNI doit avant toute chose donner son aval pour rendre cet investissement éligible au régime dérogatoire. La division des grands projets de l'ANDI, sous le contrôle du ministre chargé de l'investissement, négocie, selon les termes de l'alinéa 6 de l'article 3 du décret exécutif n°06-356 du 9 octobre 2006 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'ANDI, les avantages à octroyer aux investissements présentant un intérêt particulier pour l'économie nationale. Il est évident que le ministre en charge de l'investissement doit se référer constamment au président du CNI, en l'occurrence le chef du gouvernement. Le projet de convention est par la suite transmis à cette instance politique qui approuve par résolution prise en session, la conclusion de cette convention. Cette dernière ne peut être effective qu'après autorisation expresse émanant du ministre en charge de l'investissement enjoignant au directeur général de l'ANDI, de procéder à la signature de la convention d'investissement. Ce

moment précis de la procédure donne tout son sens à la notion d'engagement contractuel de l'Etat qui va le formaliser dans un acte solennel pris sous la forme d'un décret exécutif d'approbation de la convention d'investissement.

En second lieu, la convention, selon toujours les termes de l'article 12 de l'ordonnance de 2001 doit faire l'objet d'une publication au journal officiel de la République algérienne. Cette question, lorsque la convention est conclue avec un investisseur étranger, nous renvoie subrepticement à la notion de contrat d'Etat, dont nous n'allons pas soulever la problématique dans ce cadre précis, mais sur laquelle nous allons revenir sous peu. En effet, la publication au journal officiel suppose que la convention ait été approuvée préalablement par le conseil du gouvernement. Cette procédure nous fait rappeler la notion de Traité international qui compte parmi ses modes d'expression du consentement, l'approbation. Il est admis en droit international des traités, selon l'alinéa 2 de l'article 14 de la Convention de Vienne sur les traités¹, que « *Le consentement d'un Etat à être lié par un traité s'exprime par l'acceptation ou l'approbation dans des conditions analogues à celles qui s'appliquent à la ratification* ». Toutefois, la convention d'investissement, quand bien même elle serait considérée comme un contrat d'Etat, échappe, dans sa similitude avec les traités internationaux, en ce qu'elle ne rentre pas dans la définition que donne de ces derniers l'article 1^{er} de la Convention de Vienne, qui limite ceux-ci aux seuls traités conclus entre Etats. De même, l'article 3 de ladite Convention précise que les accords internationaux conclus entre des Etats et d'autres sujets du droit international, ne rentrent pas dans le cadre de la définition du traité international et ce, sans préjuger de la valeur juridique de tels accords. Il est important pour nous de souligner ces éléments, par ce que, et comme nous allons le voir, beaucoup d'auteurs ont basé leur argumentaire d'assimilation des contrats d'Etat à des Traités internationaux sur ce procédé précis de l'approbation. En tout

¹ Cette Convention a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 23 mai 1969, et est entrée en vigueur le 27 janvier 1980. La Convention de Vienne sur le droit des traités ne s'applique qu'aux traités conclus entre États et qu'aux traités écrits seulement.

état de cause, l'Etat d'accueil de l'investissement, entend par le biais de l'approbation de la convention, exprimer son engagement solennel à être lié par les stipulations contenues dans cet instrument conventionnel.

B-: Nature juridique de la convention : contrat de droit interne ou contrat international ?

De prime abord, nous tenons à souligner les réticences du législateur algérien à s'investir dans cette controverse de la qualification juridique de la convention prévue à l'article 12 de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement. Nulle part dans ce texte de loi, nous ne trouvons un autre substantif que celui de convention. Alors que les accords conclus en matière de coopération économique internationale sont souvent qualifiés de conventions d'investissement ou d'établissement, de contrats d'investissement ou encore d'accords de développement, le législateur algérien a pris le soin de ne pas se projeter dans un débat qui a surtout été l'œuvre de la doctrine juridique des pays développés. L'essentiel dans la démarche du législateur algérien a été de mettre en place un régime conventionnel qui permette à l'investisseur aussi bien local qu'étranger de négocier les conditions de la réalisation de son investissement tant sur le plan des garanties de la sécurité juridique dues à l'opération d'investissement qu'aux avantages dont il peut bénéficier. Ce régime conventionnel consacre l'idée, selon les Prs Carreau et Juillard¹, d'une limitation concertée avec l'investisseur de la capacité de l'Etat de territorialité à définir la règle de traitement des investissements étrangers. Aussi, nous tenterons d'engager la réflexion sur la nature propre de la convention de droit algérien au regard de ses caractéristiques spécifiques, mais également à la lumière de l'avènement de la notion de contrats d'Etat, qui en constitue le modèle théorique et qui a eu les faveurs d'une bonne partie de la

¹ In, » *Droit international économique* », op-cit, p. 483.

doctrine des pays développés à la fin du siècle qui vient de s'écouler. Une autre partie, a pris une position contraire, en récusant les fondements mêmes de cette théorie, alors que les développements récents font part du dépassement de cette notion dont l'unique intérêt, reposait, semble-t-il, sur sa capacité à internationaliser le droit de l'investissement. Or, ce mouvement a été réalisé, pour un certain nombre d'auteurs¹, par la multiplication des conventions multilatérales et surtout bilatérales de protection des investissements.

Cette notion de contrats d'Etat² est l'un des thèmes qui a soulevé le plus de controverse en matière de droit de l'investissement. Ces contrats constituent, selon le Pr C. Leben³, qui en est l'un des partisans les plus farouches, une nouvelle catégorie d'actes juridiques internationaux, régis par le droit international en ce qu'ils mettent en jeu l'action de l'Etat souverain, c'est-à-dire, un sujet de droit international et non pas l'Etat- administration. En cela, cet auteur rejoint l'opinion émise par un de ses prédécesseurs, le Pr P. Weil, qui se fit le défenseur de cette thèse, en précisant toutefois, que cette nouvelle branche du droit international- le droit international des contrats-, sur laquelle doit être adossée cette notion de contrat d'Etat, « *reste à créer* ». ⁴ De cette conception des contrats d'Etat, telle que défendue par ces auteurs, il découle que les personnes de droit privé (physiques mais surtout morales, les entreprises en l'occurrence) acquièrent, dans ce domaine, celui de leur collaboration dans le cadre d'un accord de coopération économique

¹ Ibidem.

² D'après les Prs Carreau et Juillard, ces contrats d'Etat « *sont des accords de développement économique à long terme dont l'objet serait la constitution d'investissements internationaux qui relèveraient de cette branche particulière du droit international, le droit international des contrats* ». Ibidem, p, 479.

³ In, « *Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci* », in Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du droit international, Paris, Pedone, 1998, mais également, « *Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat* » in, Souveraineté étatique et marchés internationaux. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn. Litec. Année 2000-Volume 20.

⁴ In WEIL P., « *Droit International et Contrats d'État* », Mélanges P. REUTER, 1981, p. 549 ; cité par I. R. Mohamed El-beherry : « *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux*. » Thèse de doctorat en Droit. Institut du Droit, de la Paix et du Développement (I.D.P.D.) Université de Nice Sophia-Antipolis. 2004

avec un Etat étranger, « *une personnalité internationale limitée, mais réelle* »¹. En appui de son argumentaire, cet auteur estime que dans un contrat d'Etat, c'est-à-dire, un contrat passé par une personne privée avec un Etat sujet de droit international, celle-ci peut échapper, grâce à la clause d'arbitrage, « *...aux juridictions internes et attirer l'Etat devant une juridiction arbitrale internationale* »². L'acquisition de cette personnalité juridique internationale, quoi que limitée, fait projeter les contrats qu'elles concluent avec des Etats, dans un ordre juridique qui cesse d'avoir un ancrage de droit interne, pour se situer dans un ordre de droit international privé (*lex mercatoria*) pour les uns³, qui est par essence une doctrine de laissez-faire qui, selon certains avis, se préoccupe de la sécurité du commerce plus que des intérêts particuliers aux Etats⁴, et le droit international public (*jus gentium*) pour les autres⁵. Certains auteurs considèrent que le contrat construit son propre ordre juridique de rattachement, alors que d'autres ont soutenu l'idée qu'un contrat quelconque peut exister *in vacuo*⁶ (dans le vide) sans reposer sur un ordre juridique de base.

A l'opposé de ces thèses, un grand nombre de travaux de doctrine, relevant aussi bien d'auteurs de pays du nord que de pays du sud, contestent l'adossement de ces contrats au droit international et y voient un prolongement naturel de l'ordre juridique interne de l'Etat d'accueil de l'investissement. La problématique des contrats d'investissement, qualifiés d'Etat, met en présence deux thèses contradictoires. Les pays en développement, c'est-à-dire les Etats d'accueil des

¹ C. Leben, « *Quelques réflexions....* » *op-cit*, p, 120

² *Ibidem*, p, 129.

³ Thèse défendue par P. Mayer et consorts. La notion de *lex mercatoria* exprime, selon ses partisans, la nécessité de dégager un droit adapté à la société des marchands, fait d'usages de commerce, de contrats-types et de jurisprudence. Cette expression paraît postuler, a contrario, l'inadéquation des droits étatiques pour régir les relations commerciales internationales.

⁴ I. R. Mohamed El-beherry : « *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux.* » Thèse précitée.

⁵ Thèse défendue par C. Leben et consorts.

⁶ Expression utilisée dans la sentence *Aramco*, sentence du 23 août 1958 à Genève sous la présidence du Pr Sauser-Hall. Cette théorie repose sur le postulat de la construction par le contrat lui-même de son propre ordre juridique fait de sa propre autorité de règlement des différends, l'arbitrage, et de son propre droit.

investissements expriment, en général, leur préférence pour l'ordre interne, alors que les investisseurs étrangers et leurs Etats, les pays développés, préfèrent se soumettre à un ordre différent de l'ordre interne. Nous mesurons donc toute l'étendue des difficultés que cette notion de contrats d'Etat a soulevées.

Les théories élaborées pour protéger les investisseurs étrangers visent à délocaliser les accords de développement économique, dont la controverse a touché jusqu'à leur appellation. Pour les uns, ces derniers seraient des contrats transnationaux et non internationaux, puisque par essence l'internationalité présuppose la conclusion de ces accords entre deux Etats souverains. Ce qui n'est, évidemment pas le cas lorsqu'une des parties au contrat d'Etat est une entreprise de droit privé. Ensuite, ces contrats sont quelque fois qualifiés de contrats internationalisés pour marquer, à la fois la nuance que nous venons de souligner, mais en même temps leur soustraction, dans de nombreux cas, aux lois et aux juges de l'Etat d'accueil. Leur objectif non dissimulé est donc, la protection des étrangers contre la partialité des juges nationaux et le recours démesuré aux prérogatives de souveraineté de l'Etat d'accueil. Par crainte que l'Etat ne tire parti de son pouvoir législatif¹, leurs défenseurs ont revendiqué l'internationalisation des problèmes contractuels. Enfin, un autre courant de pensée, estime que la qualification qui conviendrait le mieux à ces contrats serait celle de contrats délocalisés². Entre ces deux thèses doctrinales qui s'affrontent, où se situerait la convention de droit algérien ?

a- : Les éléments d'assimilation de la convention au contrat international

La problématique posée par les conventions passées avec des entreprises étrangères tourne autour de la question de savoir dans quelle mesure ces dernières

¹ P. Mayer a utilisée l'expression de neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat, pour exprimer l'idée que les engagements pris par lui en matière de protection des investissements, lui interdisent de légiférer dans un sens opposé à ces engagements, in « *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat* » Journal du droit international p, 5. 1120. Clunet, 1986.

² I. R. Mohamed El-behérry : « *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux.* » Thèse précitée.

peuvent-elles être considérées comme des sujets de droit international et partant, les contrats qu'elles concluent avec l'ANDI, agissant pour le compte de l'Etat algérien, peuvent-ils être qualifiés de contrats internationalisés . En délocalisant le contrat d'investissement, l'entreprise étrangère tend à obtenir une protection maximale en cas de différend avec l'Etat de territorialité. Si tel était le cas, ce contrat international serait donc assimilable à un traité international. Est-ce vraiment le cas ?

Aussi, nous nous proposons de poser les termes de ce débat sur la nature spécifique de la convention régie par le droit algérien à un double niveau : celui de l'instance de règlement du litige au cas où ce dernier venait à se produire, et celui du droit applicable au règlement de ce litige. Il reste entendu que devant la rareté des supports et instruments, c'est-à-dire les textes de conventions conclues avec des entreprises étrangères, nous mènerons cette réflexion sur la base des seuls éléments tirés d'une convention publiée au journal officiel, ainsi que des stipulations de certains accords de protection des investissements conclus par l'Algérie. Mais avant cela, il conviendrait de revenir quelque peu sur cette notion de contrat d'Etat.

A l'origine, la jurisprudence de la cour permanente de justice internationale avait jugé, dans l'affaire dite des paiements des divers emprunts serbes émis en France¹, que « *Tout contrat qui n'est pas un contrat entre Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale* ». Cette position de principe réfutant au contrat conclu entre un Etat et un sujet de droit privé, le caractère de droit international allait être battue en brèche par suite d'un long processus d'évolution de l'économie mondiale qui l'a conduit à «... *ne plus se satisfaire des barrières qu'érigent les ordres juridiques des Etats* »².

L'internationalisation de l'économie, sa mondialisation a imposé de ce fait, une mondialisation des modèles et instruments juridiques qui consacrent un recul de

¹ Arrêts du 12 juillet 1929. Série A n° 20-21, France C/ Brésil et France C/ Yougoslavie. Recueil des arrêts, 1929.

² D. Carreau et P. Juillard, « *droit international économique* », op-cit, p, 481.

la sphère de compétence du droit interne dans la définition des règles de traitement des investissements internationaux et des modes de règlement des différends qui naissent à l'occasion de leur exécution ou interprétation. Cette évolution a été formalisée sur le plan de la jurisprudence arbitrale par la sentence rendue sous les auspices de la Cour Internationale de Justice, par l'arbitre unique, le Pr Dupuy, dans un litige opposant le gouvernement de la République Arabe de Lybie d'une part, et les sociétés concessionnaires California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Petroleum Company, le 19 janvier 1977, à propos de mesures de nationalisations dont elles ont fait l'objet en 1973 et 1974. Il y a été jugé dans le paragraphe II, que : « *L'évolution qui s'est produite par rapport à la vieille jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale tient à ce que, alors que pour celle-ci, le contrat ne pouvait pas relever du droit international parce qu'il ne pouvait être assimilé à un traité entre Etats, dans la conception nouvelle, les traités ne sont pas les seuls accords régis par ce droit. Encore qu'ils ne se confondent pas avec les traités, les accords entre Etats et personnes privées peuvent néanmoins, sous certaines conditions, relever d'une branche particulière et nouvelle : le droit international des contrats* ».

Traditionnellement, en droit international public, il est généralement admis que les traités sont des accords conclus seulement entre Etats souverains. Or, dans les contrats d'Etat, une seule partie est un Etat souverain. En soumettant le contrat au droit international confère-t-on, de ce fait, au contrat la nature d'un traité ou une nature semblable ? La doctrine Dupuy issue de la sentence arbitrale citée plus haut, assimile donc le contrat d'Etat au traité international sous certaines réserves.

Dans le sillage de ce mouvement arbitral, certains auteurs ont soutenu cette thèse, dont en particulier le Pr C. Leben¹ pour lequel certains critères conduiraient à voir dans les contrats d'Etat des accords qui relèveraient du droit international public conventionnel. Ces critères tournent autour de la conclusion de ces accords

¹ « *Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci* », mais également, « *Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat* », cités en supra, p, 371.

selon la procédure et la forme des traités par des organes étatiques habilités à cet effet, l'engagement de l'Etat à ne pas prendre des mesures ayant pour effet de modifier le droit applicable, la soumission des litiges éventuels à un tribunal arbitral international, et l'internationalisation du contrat par une clause de référence à un système autre que le droit interne de l'Etat contractant.

Pour contourner l'objection selon laquelle les personnes privées n'ont pas la qualité de sujet de droit international, condition indispensable des contrats d'Etat, ces auteurs recourent à l'artifice de la « *personnalité internationale limitée* ».

Dès lors suivant ces auteurs, les accords renfermant l'ensemble des critères sus-invoqués relèveraient de manière restreinte du droit international public.

Cette théorie a été vigoureusement critiquée au motif que le fondement d'une reconnaissance de la personnalité internationale, même limitée, aux personnes privées n'a aucune assise juridique¹. Cette affirmation semble discutable, puisque les termes de la convention de Washington, dite Convention CIRDI², en son article 25, reconnaît la capacité à un ressortissant d'un Etat de porter les différends d'ordre juridique l'opposant à un autre Etat, en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre à la compétence du centre. Toutefois, M. Verhoeven fait remarquer, à juste titre, que l'élévation de la personne privée au rang de sujet de droit international pour les besoins du contrat est peu compatible avec le mécanisme de la protection diplomatique, qui ne pourrait plus dès lors être exercée au profit de l'investisseur³.

Il serait tout à la fois prétentieux et fastidieux de rendre compte de tout ce débat dans le cadre de cette étude. Toutefois, ce dernier, de l'avis de beaucoup

¹ VERHOEVEN J, « *Arbitrage entre Etats et entreprises étrangères : des règles spécifiques* » Revue. Arbitrage. 1985, cité par I. R. Mohamed El-beherry : « *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux.* » Thèse précitée.

² Voir supra, p, 89 et s.

³ L'article 27 de la Convention de Washington, créant le CIRDI, prévoit expressément qu'aucun Etat contractant ne peut accorder la protection diplomatique à ses ressortissants ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend né avec un autre Etat contractant et qu'ils ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage du CIRDI, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend.

d'auteurs¹, semble avoir été éclipsé par l'avènement des conventions internationales sur l'investissement, multilatérales et surtout bilatérales. Si l'objectif inavoué ou revendiqué de la construction de la théorie des contrats d'Etat, aussi bien par la jurisprudence arbitrale comme par la doctrine des pays développés, tendait à l'internationalisation de ces accords de développement économique en soulevant des problématiques ardentes, dont nous venons de soulever l'ampleur, pour certaines d'entre elles, les conventions internationales signalées plus haut, ont réussi à le réaliser, sans pour autant tomber dans les travers des débats polémiques suscités par les contrats d'Etat.

Seulement, certains des points de controverse continuent à être soulevés, mais dans le cadre de nouveaux problèmes posés par l'articulation des traités bilatéraux d'investissement avec les contrats d'investissement. Il est admis que les investissements internationaux se trouvent régis par deux types d'instruments : les traités conclus entre l'Etat de territorialité de l'investissement et l'Etat de nationalité de l'investisseur étranger, pour le premier et le contrat d'investissement entre l'investisseur étranger et l'Etat d'accueil. Les problèmes d'articulation entre le premier et le second apparaissent sous l'effet de l'appropriation des premiers des réclamations contractuelles posés par le second, par le jeu de ce que l'on appelle une « *clause parapluie* » (*umbrella clause*)². Cette thèse du déclin des contrats d'Etat

¹D. Carreau et P. Juillard « *Droit international économique* » 3eme édition, Dalloz, Paris, 2007, p. 491 et Alain Pellet « : *Adieu Philippines : Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international* », in, *Le droit international économique à l'aube du XXI siècle. En Hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Collection des cahiers internationaux n°20, Centre d'étude et de recherche en droit international. Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne, Pedone 2009 et également F. Horchani communication au colloque investir au Maroc « Les relations entre les traités et les contrats d'investissement : Rôle et nature des contrats d'investissement dans les pays en développement » Marrakech, novembre 2008.

² Appelée également clause ascenseur, clause d'effet miroir, la clause parapluie est une disposition incluse dans le traité bilatéral de protection réciproque des investissements conclu entre deux Etats, par laquelle, chacune des deux parties, s'engage à respecter les obligations par elles souscrites dans le contrat d'investissement qu'elle a conclu avec un investisseur de l'autre Etat. Cette allégorie renvoie à l'idée que les TBI placent sous leur protection les contrats d'investissement conclus entre ressortissants de l'Etat de nationalité et Etat d'accueil de l'investissement. La formule généralement utilisée est rédigée comme suit : « *Chacune des parties contractantes se conformera à ses obligations à l'égard d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur de l'autre partie contractante.* » ou bien encore « *chacune des parties*

au profit des conventions internationales est parfaitement illustrée par les opinions émises par les Prs D. Carreau et P. Juillard qui écrivaient : « *Dès lors l'action menée par les pays développés tend à faire avancer de pair internationalisation de l'économie et internationalisation du droit.... A cet égard, il peut être soutenu que le moyen privilégié de l'internationalisation de la règle de traitement ne doit pas être recherché dans le contrat d'État, mais dans la convention bilatérale, voire multilatérale, de promotion de l'investissement, qui, par l'accord qu'elle manifeste entre Etat de nationalité de l'investisseur et Etat de nationalité de l'investissement, fournit son véritable fondement à cette internationalisation* ».¹

Aussi, cette nouvelle approche basée sur l'articulation traités bilatéraux / conventions d'investissement peut être une source de difficultés lorsque le traité et le contrat, par le jeu de la « *clause parapluie* », régissent le même objet, à savoir les investisseurs réalisés par un ressortissant des deux Etats sur le territoire d'un des deux Etats. Se pose alors la question de l'applicabilité cumulative ou exclusive des dispositions du traité ou bien du contrat d'investissement. En d'autres termes, l'effet de cette clause parapluie fait élever les violations par l'Etat d'accueil de l'investissement, de ses obligations contractuelles (contrat d'investissement) au rang de violations d'obligations conventionnelles (traité bilatéral d'investissement), ce qui a pour résultat de projeter ce litige dans l'ordre international avec compétence reconnue au juge du traité, l'arbitrage en l'occurrence, pour examiner ce différend, quand bien même un autre mode de règlement serait prévu par le contrat. Cette évolution a donné lieu à une nouvelle distinction juridictionnelle issue de la jurisprudence arbitrale entre réclamation conventionnelle (treaty cleams) et réclamation contractuelle (contract cleams)² qui influe directement sur la compétence du juge du traité en décidant d'examiner les réclamations résultant

contractantes assure à tout moment le respect des engagements assumés par elle à l'égard des investissements des investisseurs de l'autre partie contractante »

¹ D. Carreau et P. Juillard, « *Droit international économique* », 3ème édition, Dalloz, Paris, 2007, p. 491.

² Voir à ce sujet, C. CREPET, « *Treaty claims/ contract claims* », Gazette du Palais Recueil Novembre - Décembre 2004. p.3631.

seulement de la violation d'une clause du traité ou toutes réclamations, même celles résultant d'une violation des stipulations contractuelles, par application de la « *clause parapluie* ». Le contentieux de la violation éventuelle de la clause de respect des engagements relève bien de la compétence exclusive du juge du traité.

Face à la complexité de ces situations, la jurisprudence arbitrale a répondu par une inconstance et une incohérence sidérales, ce qui a amené un certain nombre d'auteurs à dénoncer un « *désordre jurisprudentiel*¹ ». D'autres, encore plus critiques, sont allés à regretter que « *le monde de l'arbitrage international est terriblement décentralisé. Il n'y a aucune autorité centrale susceptible d'harmoniser la jurisprudence, de la rendre prévisible et dont les décisions pourraient prévaloir in fine, comme c'est le cas de jure dans les systèmes juridiques étatiques et, de facto dans le droit interétatique du fait de l'influence prépondérante de la jurisprudence de la Cour mondiale* »².

La jurisprudence n'a donc pas été homogène dans ses décisions qui sont allées de l'admission totale de la compétence en matière de réclamations contractuelles, au refus.

En premier lieu, Dans l'affaire Vivendi contre Argentine³, le Comité ad hoc a estimé qu'il fallait faire une distinction entre les réclamations contractuelles et les réclamations sur le fondement d'un TBI et précise que si les juges sont compétents en vertu d'un TBI et que pour résoudre un différend, ils avaient besoin d'examiner un contrat, cette compétence s'étendait au contrat. Il est manifeste qu'un différend relatif à un investissement peut en même temps, soulever des questions d'interprétation et d'application des dispositions du TBI et des questions de nature contractuelle. Cependant, il a été jugé que « *la détermination de l'existence d'une*

¹ F. Horchani in : *Les relations entre les traités et les contrats d'investissement* : Rôle et nature des contrats d'investissement dans les pays en développement » op-cit.

² A. Pellet in : « *Adieu Philippines : Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international* », op-cit, p, 109. Cette opinion d'une juridiction d'unification de la jurisprudence arbitrale a été évoquée en supra, p, 129.

³ Décision d'annulation, 3 juillet 2002, *Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Universal S.A. v. République argentine*, affaire n° ARB/97/3, jurisprudence du CIRDI, Pedone, Paris, 2004, p. 736, citée par A. Pellet, op-cit, p.102.

violation du TBI et celle d'un manquement au contrat sont deux questions distinctes. Chacune d'elles sera déterminée par application du droit qui lui est applicable - dans le cas du TBI, le droit international; dans le cas du contrat de concession, le droit applicable au contrat ». Cette solution qui avait le mérite de la clarté, allait très vite donner lieu à un double revirement avec les deux sentences concernant la société SGS, sur des faits similaires, ont donné lieu à deux solutions différentes. Dans l'affaire SGS contre Pakistan¹, les juges ont estimé qu'un différend relatif à un contrat d'investissement pouvait être qualifié en tant que tel, au sens de l'offre de l'arbitrage incluse dans le TBI mais ils ont dénié leurs compétences pour des litiges purement contractuels. Dans l'affaire SGS contre Philippines², le tribunal a pris une position diamétralement opposée à celle prise six mois auparavant et les juges arbitres ont estimé qu'ils étaient compétents même pour des litiges purement contractuels sauf si le contrat comportait une clause attributive de juridiction qui s'imposait à lui.

Concrètement et en tout état de cause, les facteurs qui semblent déterminer la nature de la convention d'investissement prévue par l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement ne se présument pas dès le départ. Sa nature de contrat de droit international ou de droit interne est à rechercher dans les dispositions intrinsèques du contrat d'investissement lui-même, par ses stipulations en matière de mode de règlement des litiges qui peuvent naître de son interprétation ou de son exécution, mais également par les stipulations relatives au droit ou aux droits applicable(s) à ces litiges. Elle est également à rechercher dans le traité bilatéral de protection réciproque des investissements conclu entre les deux Etats, celui de l'accueil de l'investissement et celui de la nationalité de l'investisseur, s'il venait à exister. Plus spécifiquement encore, il faudrait s'assurer de l'existence ou de l'inexistence d'une « *clause parapluie* » qui serait de nature à neutraliser les

¹ Décision du 6 août 2003, SGS Société Générale de Surveillance S.A. c/. République islamique du Pakistan affaire n° ARS/OI/13, par. 147, /LM, vol. 42, 2003, p. 1315

² Décision sur la compétence du 29 janvier 2004, SGS Société Générale de Surveillance c. / République des Philippines, affaire n° ARB/02/6, ICSID Reports, vol. 8, p. 518.

stipulations contractuelles contenues dans la convention. Aussi, c'est un examen simultané, précis et attentif, aussi bien du traité et du contrat d'investissement qui pourra, à la lumière des développements que nous venons de relater, déterminer la nature de contrat de droit international de la convention d'investissement.

b- : Les éléments d'assimilation à un contrat de droit interne.

Dans ce cadre précis, il y a lieu de distinguer deux situations possibles dans lesquelles la convention prévue par l'article 12 de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement peut être assimilée à un contrat de droit interne.

Dans le premier cas, cette convention est conclue avec un investisseur local qui peut être en pratique, soit une personne de droit privé comme de droit public. Il est à remarquer à ce niveau que toutes les formes d'investissement sont subordonnées aux dispositions de l'ordonnance du 20 août 2001 et que cette dernière constitue le cadre législatif commun à tous les types d'investissements. Pour rappel, la période antérieure à 1993, consacrait un cadre juridique spécifique à chaque type d'investissement. Les investissements étrangers, tolérés sous la forme de sociétés d'économie mixte, étaient régis par un texte spécifique. Les investissements privés nationaux avaient également un cadre juridique propre à eux¹.

Dans cette première hypothèse, la nature juridique de la convention d'investissement ne souffre d'aucune ambiguïté possible. Elle constitue un contrat de droit interne relevant de la catégorie des contrats administratifs quand bien même les critères classiques du contrat administratif venaient à manquer. Il est aisé de constater que dans ce cas de figure, le critère des clauses exorbitantes de droit commun ne peut pas exister, car l'Etat et l'investisseur négocient dans un cadre concerté loin de toute impérativité. De même, le service public, qui constitue lui également un critère du contrat administratif n'est pas opérant en matière ce

¹ A ce propos, voir supra, p, 19 et s.

convention d'investissement. La qualification de contrat administratif provient du seul critère organique consacré par le droit administratif algérien en application de l'article 800 de la loi n° 08-09 du 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative¹ qui définit le litige administratif comme étant celui où est partie l'Etat, la wilaya, la commune ou un établissement public à caractère administratif. De par ses statuts, l'ANDI, qui conclut pour le compte de l'Etat les conventions d'investissement, jouissant de la personnalité administrative, en tant qu'établissement public à caractère administratif, les contrats conclus par elle, ont donc la qualité de contrats administratifs dont les réclamations sur leur interprétation ou exécution ressortent de la compétence des juridictions administratives.

Dans le second cas, celui de la présence d'une personne juridique étrangère, les positions critiques à l'internationalisation des contrats de développement économique ou contrats d'Etat ont été nombreuses et n'ont pas seulement émané de la doctrine des pays en développement. Le Pr E. Gaillard², estime que « *Le paradoxe et l'infirmité congénitale du contrat « internationalisé » tient au fait qu'il s'agissait d'une norme de droit privé, le contrat, conclu entre une personne de droit privé et un sujet de droit international qui devait puiser la source de sa validité dans un ordre juridique ou dans un autre, qui prétendait de se hisser lui-même au rang d'instrument du droit international. En ont résulté les polémiques que l'on connaît sur la source de l'internationalisation, « le mythe de l'ordre juridique de base » et sur ses conséquences exactes tant à l'égard des personnes de droit privé, qu'elle prétendait élever à la dignité de sujets du droit international, qu'à l'égard de l'Etat, qui paraissait avoir aliéné ses prérogatives de souveraineté* ».

De son côté, et prenant appui sur l'avis émis par la Cour Permanente dans l'affaire des emprunts serbes, citée plus haut,³ le Pr A. Pellet¹ estime, en bonne

¹J.O.R.A n° 21 du 23 avril 2008.

²« Chronique des sentences arbitrales », Journal du droit international, n° 1, 2004, p. 214.

³ Voir supra, p, 363.

logique, que le contrat est enraciné dans un droit national, normalement celui de l'Etat hôte de l'investissement, tandis que le traité est soumis au droit international, De son côté, le TBI, au contraire, constitue « *...un contrat entre des États en tant que sujets du droit international* » et répond parfaitement aux critères de la définition restrictive que donne l'article 2 de la convention de Vienne sur les traités. Aussi, admet-il, les différends concernant l'interprétation ou l'application d'un TBI ne peuvent être réglés que par référence au droit international public alors que ceux nés de l'interprétation ou de l'exécution d'un contrat doivent être résolus conformément au droit national applicable au contrat.

En d'autres termes, si une violation du contrat est invoquée par l'investisseur, le droit applicable sera le droit qui régit le contrat (le contrat lui-même et, en principe, le droit interne du pays hôte de l'investissement) et l'instance chargée de trancher le litige sera celle prévue dans le contrat. En l'absence d'une disposition spécifique dans le contrat, il s'agit donc des tribunaux internes. Par contre, si le motif de la réclamation tourne autour de la violation du traité bilatéral d'investissement, le droit applicable sera le droit international public et le tribunal arbitral prévu dans le traité aura compétence pour connaître du différend.

Nous avons observé que cette solution n'est pas unanimement acceptée et les tenants de l'internationalisation du droit de l'investissement (juridictions arbitrales et doctrine) veulent dénationaliser les contrats d'investissement, dans leur globalité, afin de les soustraire au droit et au juge étatiques, soupçonnés de partialité et de donner, par la même occasion tous les gages d'une protection juridique selon les normes du droit international aux investisseurs étrangers.

La doctrine juridique des pays en développement, récuse dans sa majorité, ces théories de l'internationalisation des contrats d'investissement et de la responsabilité internationale qui en découle. Elle réfute aux sociétés transnationales la possibilité d'être hissées au rang des Etats, seuls sujets primaires de droit

¹« Adieu Philippines : *Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international* », op-cit, p, 101 et s.

international en mettant en exergue la souveraineté de ces derniers. Ainsi, le Pr M. A. Bekhechi¹ estime que « *La communauté internationale actuelle exige la formulation d'un nouveau concept de responsabilité pour répondre aux besoins du développement. La légitimité du concept traditionnel de la responsabilité sera mise à rude épreuve aussi longtemps qu'il ne fournira qu'une base à la protection de l'investissement étranger contre les intérêts souvent légitimes des pays d'accueil. Un système qui n'aborde un problème que du côté d'un seul partenaire ne peut être considéré comme un système international juste : aussi faut-il considérer comme juste un système qui protège les intérêts des investisseurs mais qui impose des restrictions et des obligations appropriées aux sociétés transnationales en vue de promouvoir une réelle économie du développement des pays d'accueil.* » De son côté, le Pr F. Horchani² fustigeait le droit international des investissements en observant « *Au nom de la protection des droits des investisseurs étrangers prévue par l'accord, les politiques publiques des Etats sont mises en cause dans des domaines sensibles tels que l'environnement, l'eau, la santé, la consommation, la souveraineté judiciaire* ».

Plus radicale encore, a été la position de L. Lankarani El- Zein³ qui se range d'emblée parmi les détracteurs de la soumission des contrats d'Etat (ou de développement économique) au droit international. Elle a construit sa thèse⁴ qui a donné l'ouvrage cité en référence, sur l'idée que la relation contractuelle entre un Etat et une personne privée ne peut s'inscrire que dans l'ordre juridique interne du pays d'accueil de l'investissement. Elle a réfuté l'idée que le règlement arbitral du litige et le choix du droit applicable peuvent suffire à internationaliser le contrat

¹ M. A. Bekhechi, « *Droit international et investissement international : quelques réflexions sur des développements récents* », Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally, Paris, Pedone, 1991, pp. 109-124.

² « *Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation* », Journal du droit international, n° 2, 2004, pp. 367-441.

³ « *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international* », Collection droit international, Editions Bruylant, Editions de l'université de Bruxelles, 2001.

⁴ Thèse de doctorat soutenue le 10 décembre 1996 à l'Université de Paris 1, sous la direction de Mme le Pr Brigitte Stern.

d'Etat. Ces derniers ne seraient, aux yeux de cet auteur, que des contrats autosuffisants autorisés par un système national.

Citant F. Rigaux¹, qui fustigeait les partisans des opérateurs étrangers qui font appel à leurs théories pour freiner le pouvoir normatif de l'Etat hôte de l'investissement, I. R. Mohamed El-beherry constate que le désir de localiser les contrats d'Etat dans l'ordre juridique étatique ne s'est jamais affaibli et que cette doctrine bénéficie du soutien farouche chez un bon nombre d'auteurs et de juges étatiques.

En tout état de cause, et pour conclure cette question de la détermination de la nature juridique de la convention d'investissement, nous estimons que les positions dogmatiques des partisans de la délocalisation et de la localisation ne prennent pas suffisamment en compte les situations concrètes et spécifiques de ces conventions. Ces dernières peuvent simultanément contenir un élément d'extranéité (le tribunal arbitral, par exemple) et un élément de localisation (le droit applicable, par exemple). L'exemple nous en est donné par la convention conclue entre l'APSI, pour le compte de l'Etat algérien et le groupe égyptien Orascom² qui prévoit en son article 8 relatif à la loi applicable, la soumission de la convention aux lois et règlements de la République algérienne. En même temps, l'article 9 prévoit la compétence du CIRDI pour le règlement des différends qui pourraient naître entre les deux parties. Dans cette configuration, le pragmatisme ne conduirait-il pas à suggérer la qualité de contrat de nature mixte de la convention d'investissement?

Plus spécifiquement encore, et sur la base de la distinction de plus en plus admise entre réclamations conventionnelles et réclamations contractuelles, la convention d'investissement régie par le droit algérien nous paraît se focaliser surtout sur les avantages consentis aux investisseurs, même si, ici et là, des garanties sont réitérées dans certaines de ses stipulations. A partir de là, le

¹« *Droit public et droit privé dans les relations internationales* », Pédone, Paris. 1977, cité par I. R. Mohamed El-beherry : « *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux*. » Thèse précitée.

² J.O.R.A n° 80 du 26 décembre 2001, p. 8.

contentieux qui pourra naître entre l'Etat et l'investisseur étranger (le cas avec l'investisseur local a été déjà soulevé) va concerner l'exécution d'obligations dont l'impact sera surtout interne, auxquelles l'Etat a souscrit en accordant des défiscalisations. De même, l'objet du contentieux va concerner non pas des garanties lourdes, comme l'expropriation ou le gel du droit applicable, mais des questions dont la nature et l'importance ne remettent pas fondamentalement en cause l'investissement.

Dans le même ordre d'idées, et à la faveur de la nouvelle mesure introduite par l'article 4 bis de l'ordonnance de 2001 qui prévoit que les investissements étrangers ne peuvent être réalisés que dans le cadre d'un partenariat dont l'actionnariat national résident représente 51% au moins du capital social, la présence de ces derniers ne peut se réaliser que dans le cadre d'une entreprise conjointe de droit algérien. Cet élément nous semble militer encore plus en faveur de la thèse de la localisation de la convention d'investissement, si d'aventure, un contentieux d'ordre fiscal venait à naître entre la partie étrangère au contrat et l'Etat algérien. En d'autres termes, l'élément d'extranéité de cette convention, représenté par la présence d'un partenaire étranger, même s'il n'est pas anéanti, est tout de même considérablement atténué par le fait que la convention est conclue entre l'agence au nom de l'Etat et la filière commune qui est un sujet de droit algérien.

Cette convention d'investissement, dont nous venons de mesurer toute la difficulté à cerner la nature juridique, a tout de même cette particularité d'organiser un régime fiscal qui peut aller au-delà du cadre légal.

PARAGRAPHE II : LE DEPASSEMENT DU CADRE LEGAL EN MATIERE D'OCTROI D'AVANTAGES

Le régime dérogatoire de la convention d'établissement se compose de deux sous régimes distincts : le premier est constitué par ce que l'on est tenté de nommer un sous régime de "droit commun" des avantages puisque ces derniers sont précisés dans leur nature, dans leur étendue et dans leur phase. Le second, un sous régime "exorbitant", en ce qu'il donne toute latitude à l'investisseur de négocier avec l'agence, agissant pour le compte de l'Etat, des avantages supplémentaires qui, en dernière instance, seront décidés par le conseil national de l'investissement. Ceci ressort du dernier paragraphe de l'article 12 ter qui prévoit cette possibilité en sus des avantages prévus dans les alinéas 1 et 2.

Aussi, cette convention d'investissement, a ceci de particulier, d'organiser un régime supérieur d'incitation (A) qui peut aller au-delà de ce que permet habituellement la loi en matière d'octroi d'avantages (B)

A- : Un régime supérieur en matière d'avantages

Ceci est la marque distinctive du régime conventionnel prévu par l'article 12 bis de l'ordonnance de 2001, qui constitue véritablement un régime dérogatoire. Ce dernier, organise, en vertu de l'article 12 ter, une période d'exonération qui peut aller jusqu'à dix (10) ans, ce qui est la période maximale d'exonération.

Le législateur algérien a donc repris, pour le régime de la convention d'établissement, le diptyque avantages d'exploitation/avantages de réalisation, en usage dans les autres régimes, tels, le régime général, le régime dérogatoire des investissements dans les zones nécessitant une contribution particulière de l'Etat, en laissant le soin au conseil national de l'investissement d'apprécier l'opportunité de consentir tout ou partie des avantages que détaille cette fois-ci l'article 12 ter de

l'ordonnance de 2006, à la différence de la période antérieure où ils ne faisaient pas l'objet d'une énumération détaillée, donc restrictive.

Dans sa différenciation par phase, l'article 12 ter fixe une période maximale d'exonération de cinq (05) ans pour la phase de réalisation de l'investissement. Celle-ci peut très bien être inférieure à cette période plafond. Sa durée se déterminera par rapport à la nature de l'investissement projeté. A titre d'exemple, la convention Orascom citée plus haut, en son article 3, fixe la période de réalisation, qualifiée par les termes mêmes de la convention de phase d'investissement, à quatre (04) ans décomptés à partir de la date d'octroi de la décision d'avantages. La même stipulation prévoit une possibilité de prolongation de ladite période. La détermination de la phase de réalisation revient donc à l'appréciation discrétionnaire du CNI qui la fixe au regard des éléments d'appréciation dont il dispose sur le projet d'investissement et qui sont, pour la plupart d'entre eux, contenus dans la déclaration et la demande d'octroi d'avantages présentées par le promoteur de l'investissement.

Sur l'étendue des avantages susceptibles d'être accordés à l'investisseur, dans ce premier stade prévu à l'article 12 ter, l'investisseur pourra bénéficier soit de la totalité des exemptions prévues et détaillées par cette disposition, soit une partie d'entre elles. La décision en la matière revient, en dernier ressort et comme de coutume au CNI.

La nature des avantages susceptibles d'être consentis pour cette phase de réalisation, va porter soit sur l'exonération soit sur la franchise de certains prélèvements fiscaux. L'exonération est la dispense que la loi accorde à un assujetti à l'impôt de fournir la prestation qui est due. C'est une renonciation au droit d'exiger l'exécution des obligations dont le percepteur des impôts est le bénéficiaire. C'est donc une dispense pure et simple d'impôts dont va bénéficier l'investisseur. La franchise de taxe suppose quant à elle, que l'investisseur se situe en dehors du champ d'application de l'impôt ou taxe. Il est donc non assujetti au paiement.

Ainsi, le régime de la convention d'investissement, au sens de l'article 12 ter, alinéa 1, permet dans cette phase de réalisation de l'investissement, en premier lieu, une exonération et /ou franchise des droits, taxes, impositions et autres prélèvements à caractère fiscal frappant les acquisitions opérées tant par voie d'importation que sur le marché local, des biens et services nécessaires à la réalisation de l'investissement. Autant dire que ces dégrèvements vont surtout concerner la TVA dont le taux varie selon les produits et la nature de l'activité. Ils concernent également les droits de douane pour les biens non exclus importés et entrant directement dans la réalisation de l'investissement. En second lieu, l'investissement bénéficie, pour cette phase de réalisation, d'une exonération des droits d'enregistrement portant sur les mutations de propriétés immobilières affectées à la production ainsi que la publicité légale dont elles doivent faire l'objet. Enfin, l'exonération touche également les droits d'enregistrement sur les actes constitutifs de la société et les augmentations de capital.

Concernant les avantages susceptibles d'être consentis pour la phase d'exploitation, la période plafond des dégrèvements peut aller jusqu'à dix (10) ans, décomptés à partir du constat d'entrée en exploitation établi par les services fiscaux, à la demande de l'investisseur. Cette période d'exonération maximale de 10 ans reste toujours du domaine de l'appréciation discrétionnaire du CNI, qui l'évalue en fonction de l'intérêt particulier que peut présenter l'investissement pour l'économie nationale. A titre d'exemple l'article 3 de la convention Orascom limite la période d'exonération pour la phase d'exploitation à quatre (04) ans seulement. La convention d'investissement conclue le 1^{er} août 2013 entre l'ANDI et Renault Algérie pour la construction d'une usine de fabrication automobile dans l'ouest algérien, accorde, selon des informations recueillies par voie de presse¹, la durée maximale pour les avantages de la phase exploitation, c'est-à-dire dix (10) ans. Les exonérations concernent l'impôt sur le bénéfice des sociétés (IBS) et la taxe sur

¹ Tout Sur l'Algérie (TSA), journal électronique, édition du 02 août 2013.

l'activité professionnelle (TAP). Nous avons précédemment précisé¹ que le code des impôts directs et taxes assimilées, en son article 150, fixe le taux du premier impôt cité à 19% du chiffre d'affaires réalisé pour les activités de production de biens, le bâtiment, les travaux publics et les activités touristiques, hors activités minières et d'hydrocarbures qui obéissent à leur propre régime fiscal. L'article 222 du code des impôts directs et taxes assimilées, de son côté, fixe le taux de la TAP à 2% du chiffre d'affaires réalisé.

Bien plus que cela, le régime dérogatoire se singularise par les avantages supplémentaires susceptibles d'être accordés aux investisseurs.

B- : La notion d'avantages supplémentaires

En plus des critères de différenciation tenant à la qualité des parties au contrat et à la procédure spécifique de leur approbation qui les fait se rapprocher des traités internationaux, les conventions d'investissement, du moins pour ce qui concerne les investisseurs étrangers, se singularisent, par la notion d'avantages supplémentaires à laquelle fait référence l'article 12 ter de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement lorsqu'il dispose : « *...Outre les avantages visés aux alinéas 1 et 2 ci-dessus, des avantages supplémentaires peuvent être décidés par le CNI conformément à la législation en vigueur.* »

. Ces avantages supplémentaires ne sont pas l'apanage des seules conventions mais sont également prévus par un certain nombre de TBI conclus de par le monde², mais également par l'Algérie, sous la dénomination d'avantages particuliers³. Cette notion d'avantages supplémentaires permet, selon le Pr Bencheneb, une négociation

¹ Voir supra, p, 296.

² Cf. P. Juillard, « *Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France : à la recherche d'un droit perdu* », DPCI, 1987, n°1, p, 47, cité par A. Bencheneb, « *La notion d'avantages supplémentaires dans le droit des investissements : l'exemple algérien*, » RDAI, n°3, 1999.p 281.

³ A titre d'exemple, l'accord algéro-italien du 18 mai 1991, ratifié par le décret présidentiel du 5 octobre 1991, J.O.R.A n°46.

de la souveraineté étatique et son agencement contractuel par le biais de conventions d'investissement qu'il qualifie de contrats d'Etat.

Cette notion d'avantages supplémentaires est assez problématique en ce la détermination de ces derniers doit se faire par référence aux normes établies du droit interne. En d'autres termes, cette notion permet-elle un dépassement du cadre légal de l'Etat d'accueil de l'investissement ? Si tel était le cas, et c'est précisément le cas, quelle serait le fondement de la légalité d'une telle démarche ? Comme nous pouvons le constater, ce régime « exorbitant » d'incitation pose une problématique qu'il convient de soulever.

Les avantages supplémentaires ne doivent pas être confondus avec ceux que prévoit et organise la loi étatique dans le cadre du code des investissements. Ces avantages qui sont librement négociés par les parties contractantes peuvent porter sur des facilitations et autres faveurs de nature diverse, et peuvent aller au-delà des avantages légaux. Seulement, il convient de s'interroger sur le sens à donner au fragment de phrase de l'article 12 ter qui conditionne l'octroi de ces avantages par le CNI à leur conformité avec la législation en vigueur. N'y aurait-il pas à ce niveau, une contradiction entre l'objectif recherché de la transcendance du droit officiel par le recours à cette notion d'avantages supplémentaires et la condition de la conformité de ces avantages avec la législation en vigueur ? Deux lectures sont possibles à propos de cette conditionnalité. La première, celle proposée par le Pr Bencheneb¹ qui estime que l'octroi de ces avantages supplémentaires consacre « ... *une dérogation au droit officiel qui justifie sa mise en conformité avec la législation en vigueur par une convention exigeant une approbation gouvernementale préalable et une mesure de publicité.* » Nous relevons de cette affirmation que la mise en conformité est tout simplement une affaire de formalisme et que l'Etat d'accueil de l'investissement par son approbation de la convention, se donne quitus pour neutraliser par sa propre volonté, son pouvoir normatif, pour paraphraser le Pr

¹ Article précité, p, 286.

P. Mayer¹ et exprimer sa tolérance au dépassement de son propre discours juridique, selon le Pr Bencheneb. Cette première lecture verrait donc, dans cette condition de conformité à la législation en vigueur, un simple procédé de mise en adéquation de l'investissement avec les procédures prévues à la fois par la législation spécifique aux investissements, mais également par les autres dispositions de la législation. A titre d'illustration, les investissements présentant un intérêt pour l'économie nationale et prétendant au bénéfice du régime dérogatoire, peuvent avoir des impacts sur l'environnement qu'une étude préalable d'impact devra en déterminer les effets et prévoir les mesures afin de pallier aux risque encourus. Pour ce faire, les dispositions cumulées de la loi n°83-03 du 5 février 1983 relative à la protection de l'environnement et le décret exécutif n°98-339 du 3 novembre 1998 définissant la réglementation applicable aux installations classées et fixant leur nomenclature², rendent obligatoire l'obtention d'une autorisation préalable qui sera délivrée par le ministre en charge de l'environnement pour les installations dont l'exploitation peut présenter des dangers et lorsque cette installation est implantée sur le territoire de deux ou plusieurs wilayas. Il s'agit, à travers cet exemple, d'une mise en conformité de l'investissement, dans sa globalité, avec la législation en vigueur.

La seconde lecture, va concerner cette fois-ci, la substance même de l'accord, son contenu. L'article 12 ter vise expressément les avantages supplémentaires qui peuvent être consentis et non pas l'investissement dans sa globalité. Aussi, ces avantages, s'ils doivent être supplémentaires, ils ne le seraient que par référence aux avantages existant dans l'ordonnance relative au développement de l'investissement elle-même, ainsi que dans d'autres textes de lois. Ces avantages supplémentaires ne peuvent qu'excéder ceux déjà existant. Nous nous rangeons derrière l'opinion exprimée à ce sujet par M. Haroun³ qui estime qu'il est de la finalité même de toute convention d'investissement de permettre à l'investisseur de négocier avec l'Etat

¹In «*La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat* » Journal du droit international, op-cit.

²J.O.R.A n° 82 du 4 novembre 1998.

³In, « *Le régime des investissements en Algérie...*, » op-cit, p, 345.

d'accueil, un traitement dérogatoire au droit commun. Aussi, conclut-il, « ...*les avantages octroyés ne pourront être que non conformes à la législation en vigueur* ».

Cette observation est appuyée par un certain nombre d'informations recueillies dans certains titres de la presse nationale qui ont rapporté certains éléments contenus dans des conventions d'investissement conclues entre l'ANDI et des investisseurs étrangers. La seule convention conclue avec un investisseur local que nous avons pu consulter, ne comportait pas d'avantages supplémentaires significatifs.

La convention d'investissement conclue le 1er août 2013 entre l'ANDI, agissant pour le compte de l'Etat algérien et le constructeur automobile Renault, prévoit une clause d'exclusivité selon laquelle le constructeur aura une exclusivité sur le marché algérien pendant trois (03) ans.¹ Cette clause d'exclusivité signifie, selon la déclaration du ministre en charge de l'investissement cité en référence, qu'aucune entreprise publique algérienne n'a le droit de conclure un accord similaire avec un autre constructeur étranger pendant les trois prochaines années. Il est à signaler que l'accord initial prévoyait une période d'exclusivité de cinq (05) ans que le gouvernement algérien a refusée. Cet avantage est bel et bien un avantage supplémentaire consenti à cet investisseur, pour la bonne raison qu'il excède les avantages prévus par la législation sur les investissements. Est-il pour autant conforme à la législation en vigueur ? Nous n'en sommes pas si sûrs. En effet, l'article 10 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003², modifiée et complétée³, relative à la concurrence, dispose que : « *«Est considérée comme pratique ayant pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le libre jeu de la concurrence et interdit, tout acte et/ou contrat, quels que soient leur nature et leur objet, conférant*

¹ Déclaration de Mr Chérif Rahmani, alors ministre de l'industrie, reprise par le quotidien El- Watan du 20 décembre 2012.

² J.O.R.A n° 43 du 20 juillet 2003.

³ Loi n°08-12 du 25 juin 2008 (J.O.R.A n°36 du 2 juillet 2008) et Loi n° 10-05 du 15 août 2010(J.O.R.A n°46 du 18 août 2010).

à une entreprise une exclusivité dans l'exercice d'une activité qui entre dans le champ d'application de la présente ordonnance ». En règle générale, il s'agit à travers cette disposition d'interdire tous les actes et contrats conférant une exclusivité dans l'exercice d'une activité commerciale et de prévenir toute position monopolistique des agents économiques sur le marché, qui pourrait entraîner des abus de position dominante et monopolistique, à caractère horizontal et vertical et la répartition des parts de marché entre les différents opérateurs économiques.

Les dispositions de cet article 10 prohibent de la façon la plus claire qui soit l'octroi d'une exclusivité qui serait constitutive d'une pratique restrictive de concurrence au sens de ladite ordonnance. Par cet exemple, nous constatons que l'Etat algérien a dérogé à son propre droit officiel en accordant un avantage contredit par la loi sur la concurrence. De plus, sur cette même question, l'article 36 de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, prévoit la consultation préalable du Conseil de la concurrence « *...sur tout projet de texte réglementaire ayant un lien avec la concurrence ou introduisant des mesures ayant pour effet notamment : de soumettre l'exercice d'une profession ou d'une activité, ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ; d'établir des droits exclusifs dans certaines zones ou activités...* » Il y a lieu de s'interroger si cette obligation légale est respectée, d'autant que, le conseil de la concurrence n'est redevenu opérationnel que récemment¹. De son côté, la convention d'investissement conclue avec Arcelo-Mittal, dans le cadre du partenariat Sider/ Arcelor-Mittal, par laquelle ce dernier avait racheté 70% du complexe sidérurgique d'El- Hadjar, avait consenti au profit de l'investisseur étranger et au titre des avantages supplémentaires, une réduction de 70% du coût des redevances énergétiques (gaz et électricité).

¹ Ce conseil a été installé le 29 janvier 2013.

Sur un autre plan, la convention ANDI / Renault aura également contribué pour une large part à la décision prise par les pouvoirs publics¹ de rétablir le crédit à la consommation en faveur de la production nationale, supprimé depuis 2009. A cet effet, alors que l'on parlait de « *neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat* », à travers les contrats d'Etat, les conventions d'investissement conclues par l'Etat algérien, à travers le dernier point que nous venons d'évoquer, se sont découvert une nouvelle vocation : l'orientation du pouvoir normatif de l'Etat vers le sens souhaité par les investisseurs étrangers. C'est dire toute l'importance des avantages supplémentaires qui vont effectivement au-delà des avantages légaux.

¹Cette décision a été prise lors de la réunion tripartite de janvier 2014. La relance de ce crédit devrait coïncider avec l'entrée sur le marché du premier véhicule de fabrication locale en fin d'année. Le retour du crédit à la consommation de manière générale aura lieu dans le cadre de la loi de finances complémentaire 2014 ou la loi de finances 2015 car il faut d'abord amender l'article 75 de la LFC 2009 qui a annulé ce type de crédit. (J.O.R.A n° 44 du 26 juillet 2009).

Conclusion de partie.

Nous venons de voir dans le cadre de cette partie, que la notion d'investissement telle que déclinée dans l'ordonnance du 20 août 2001, relative au développement de l'investissement, se déploie à travers un ensemble assez complexe de procédures, de garanties accordées aux investisseurs, mais également, d'avantages qui se déclinent à travers deux régimes d'incitation mis en place : le régime général et le régime dérogatoire. Le premier cité, est un régime de base, « un régime de faveur minimum » destiné aux investissements courants. Le second, régit les investissements dont l'importance économique ou l'intérêt écologique sont avérés et bénéficient de ce fait, d'avantages qui se distinguent par leur durée, leur nature et la possibilité de leur négociation dans le cadre de la convention. Le principe directeur en matière d'avantages octroyés réside dans leur graduation proportionnellement à l'intérêt que les investissements présentent pour l'économie nationale.

Seulement, dès l'extinction de la période d'exonération prévue par ces régimes et qui ne peut excéder les dix(10) ans pour le régime de la convention ou celle accordée par décision de l'agence, les investissements continuent à bénéficier de certains avantages qui relèvent cependant du champ d'application du droit commun, à condition toutefois, que les dits investissements rentrent dans le cadre des incitations relevant de ce droit commun. A titre d'exemple, nous pouvons citer l'avantage constitué par la bonification du taux d'intérêt sur les crédits bancaires accordés sur les investissements d'intérêt public réalisés dans les wilayas d'Illizi, Tindouf, Adrar et Tamanrasset, au sens de l'article 125 de la loi de finances pour 1995¹. Il en est de même pour la bonification du taux d'intérêt sur les crédits bancaires accordés sur investissements d'intérêt public réalisés dans les wilayas de

¹ J.O.R.A n°87 du 31 décembre 1994.

la seconde couronne du Sud, au sens de l'article 214 de la loi de finances pour 1996¹.

Toujours en matière de droit commun, nous citons la bonification du taux d'intérêt sur les prêts octroyés par les établissements de crédits pour la réalisation de stations de dessalement de l'eau de mer, au sens de l'article 32 de la loi de finances complémentaire pour 2005. Enfin, nous pouvons également relever que, les entreprises et établissements publics bénéficient, dans le cadre du financement de leurs programmes de restructuration et de développement dument approuvés par le conseil des participations d'une période de différé et la bonification du taux d'intérêts des prêts accordés par les banques et établissements financiers; au sens de l'article 73 de la loi de finances complémentaire pour 2011. La période de grâce est déterminée par instruction du trésor public allant de trois (3) à cinq (5) années, selon l'exigibilité des crédits et le taux d'intérêt fixé au sens de l'article 73 de la loi de finances complémentaire pour 2011.

¹ J.O.R.A n° 82 du 31 décembre 1995. Il est à signaler que l'identification ces wilayas a été reprise pour le compte des zones à développer que nous avons examiné en supra, p, 328 et s. En règle générale, cette catégorie de seconde couronne du sud, renvoie aux wilayas qui restent relativement proches du nord du pays, à l'image des wilayas de Bechar, Ouargla, Laghouat, El-oued etc.

CONCLUSION GENERALE

Au terme de ce travail qui nous a conduits à visiter la notion d'investissement et son déploiement en droit algérien, quels sont les enseignements que l'on peut en tirer ? Avant toute chose, l'impression d'ensemble que nous avons pu relever des développements qui ont précédé, confirme l'appréhension que nous avons exprimé au tout début, sur la capacité du nouveau droit de l'investissement en Algérie, à s'intégrer dans le processus d'internationalisation des modèles et instruments juridiques induit par la mondialisation de l'économie. Ni l'adhésion à cette internationalisation, ni sa récusation ne paraissent franchement affirmées dans le droit algérien de l'investissement qui continue à avoir cette particularité de consacrer un régime hybride fait de mécanismes d'autorité dignes de l'économie administrée et d'autres, relevant de la pure tradition libérale.

L'équation algérienne en matière d'investissements surtout étrangers, reste à plusieurs inconnues. Il est souvent reproché au cadre juridique d'être incertain. Les changements fréquents sont extrêmement difficiles à gérer par les investisseurs qui n'arrivent pas à les intégrer immédiatement dans leur schéma décisionnel, pour la raison évidente que ces textes renvoient souvent à d'autres textes d'application qui tardent à être pris ou qui ne le seront jamais. Les dispositions de l'ordonnance de 2001 confiaient soit au CNI, soit au règlement le soin de définir, de préciser ou de parachever certains dispositifs. Ces textes n'ont jamais vu le jour. L'exemple édifiant en la matière nous est donné par l'article 12 bis, à propos des critères d'identification des investissements présentant un intérêt pour l'économie nationale. Il est à déplorer, à ce niveau, la contradiction qui existe entre les dispositions de l'article 10 en son alinéa 2, qui charge le CNI de définir les investissements présentant un intérêt particulier pour l'économie nationale, et l'article 12 bis qui, à

propos de ces mêmes investissements, précise que les critères de leur identification, seront fixés par voie de règlement après avis conforme du CNI. Il en est de même concernant la notion de filières stratégiques prévues à l'alinéa 2 de l'article 9 de l'ordonnance du 20 août 2001. Le CNI, devant en fixer la liste, celle-ci n'a jamais vu le jour.

Il est vrai que la stabilité juridique ne peut pas être antinomique avec le changement normatif. La quête de stabilité ne signifie pas renoncement au changement. Leur rapport est inscrit dans une dialectique de changement et de constance qui singularisent les règles juridiques. Si rien ne devait changer, et cela est inconcevable, il n'y aurait nul besoin de parler de stabilité. Cette dialectique vise donc à assurer deux valeurs juridiques : l'évolution du droit rendue nécessaire par son adaptation constante aux besoins exprimés et la sécurité juridique due aux rapports juridiques. Ces aspects se retrouvent en matière de droit de l'investissement où, l'investisseur ne doit pas s'attendre à ce que le droit ne change pas, car le droit est évolutif par nature. En revanche, il peut légitimement s'attendre à ce que les changements normatifs soient introduits de façon prévisible de sorte qu'il puisse les intégrer, comme nous l'avons précédemment souligné, dans son schéma de gestion et de décision.

En second lieu, le dispositif actuel gagnerait en précision par l'emploi plus juste de certaines notions qui semblent être utilisées de façon inadaptée. Cette observation ayant été déjà relevée dans un rapport établi par le F.C.E¹. L'utilisation inconsidérée de la formule investissement direct étranger ou en partenariat n'a plus lieu d'être au regard des modifications introduites par la loi de finances complémentaire pour 2009, qui par son article 58 a ajouté un article 4 bis à l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement. Ce dernier exige désormais un niveau de participation majoritaire de la partie algérienne dans le capital des sociétés communes, qui constitue, désormais, le seul cadre

¹Rapport portant proposition pour l'amélioration du dispositif de développement de l'investissement Janvier 2012.

d'intervention de l'investissement direct étranger. Or, le maintien de l'alternative investissement étranger ou en partenariat, tel que mentionnée dans certaines dispositions est un non-sens. Ce manque de cohérence peut être observé dans un même texte de loi. Alors que l'article 55 de la loi de finances pour 2014¹ parle, à juste titre, d'investissement étranger en partenariat, ce qui constitue la formule exacte, l'article 56 de ladite loi, modifiant l'article 4 bis de l'ordonnance cité plus haut, reproduit la maladresse distinguant les investissements étrangers directs et les investissements en partenariat. Si, d'aventure, cette formule a été sciemment utilisée pour viser les investissements directs étrangers initiés avant la réforme de 2009, le maintien de cette formule n'est pas pour autant justifié. Les clauses légale et contractuelle de stabilisation ou de gel du droit applicable que nous avons déjà évoquées², suffisent à assurer la sécurité de l'investissement et le font prémunir de tous changements législatifs qui ne seraient pas en sa faveur.

En troisième lieu, il est à déplorer la suppression par l'article 59 de la loi de finances complémentaire pour 2009, dans sa modification de l'article 7 de l'ordonnance du 20 août 2001, du délai accordé à l'ANDI, de notifier à l'investisseur la décision d'octroi ou de refus des avantages accordés. Cette suppression du délai d'examen de la demande d'avantages, et donc en fin de compte, de l'autorisation préalable de l'investissement, parce que c'est de cela qu'il s'agisse, conforte, en dernière analyse, le CNI dans son pouvoir discrétionnaire d'apprécier de l'opportunité des investissements. A ce propos, il serait utile, à notre sens de reconsidérer le rôle de cette instance qui, par ses pouvoirs démesurés, peut constituer un obstacle au développement de l'investissement. Certaines voix se sont même élevées, parmi les organisations patronales lors de la tripartite tenue au début de l'année³, pour demander la suppression pure et simple de cet organe.

¹ J.O.R.A n°68 du 31 décembre 2013.

² Voir supra, p, 264-266.

³ Janvier 2014. Cette information est rapportée par l'article de N. Grim, sous le titre « *Traitement discriminatoire du CNI* », paru dans la rubrique économie du quotidien El- Watan du 02 juin 2014.

En dernier lieu, le débat sur le droit des investissements en Algérie semble se focaliser sur la question de la règle de répartition du capital entre la partie étrangère et la partie algérienne dans les co-entreprises créées, règle plus connue sous la dénomination de 51/49. Les pressions se font de plus en plus fortes sur les pouvoirs publics algériens, aussi bien dans le cadre international, par le biais de l'OMC ou de l'Union Européenne, que dans le cadre interne, pour abandonner l'application généralisée de cette règle. Il est vrai que l'extension à tous les secteurs et à toutes les tailles d'entreprises d'une telle mesure a été une décision quelque peu précipitée. Les petites et moyennes entreprises (PME) qui sont souvent des entreprises familiales sont réticentes, par essence et par nature, à l'ouverture de leur capital. Il serait de bon ton de réaménager cette règle, concernant les entreprises étrangères ayant le statut de PME avec, soit leur exclusion pure et simple des avantages organisés par l'ordonnance de 2001, soit, à tout le moins les confiner au seul régime général des incitations sans possibilité de bénéficier du régime dérogatoire.

Il serait prétentieux de conclure, à priori, soit à la réussite, soit à l'échec du dispositif mis en place dans le cadre de l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement. Le droit accomplit ce dont il est chargé d'accomplir. Malgré les nombreuses imperfections du cadre légal sur les investissements, il serait déraisonnable de faire reposer la totalité de l'échec seulement sur le droit. Le développement de l'investissement est un concept global qui requiert l'intervention de plusieurs facteurs dont beaucoup échappent au droit de l'investissement stricto sensu. Les déterminants de l'investissement sont surtout d'ordre économique car les capitaux étrangers s'orientent vers les pays où le taux de profit est assez élevé et où les risques encourus sont assez faibles. Il est vrai que le droit participe de cette sécurité par les règles qu'il édicte et dont la vocation est de prémunir l'investissement et l'investisseur étrangers des manifestations trop fermes du pouvoir normatif de l'Etat d'accueil. Cela est-il pour autant suffisant ?

Une prochaine révision de l'ordonnance n°01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement est dans l'agenda de l'exécutif¹. Lèvera-t-elle une partie des griefs assez nombreux du reste, attribués à ce dispositif ?

¹ La question de la refonte du code des investissements est devenue récurrente. Déjà, en 2012, le ministre de l'époque en charge du secteur, Mr C. Rahmani, déclarait que le projet du nouveau code était fin prêt. Son successeur, Mr A. Bouchouareb, a fait de cette révision, une des priorités de son action à la tête de ce département ministériel.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES

- Aubert Jean- Luc : Introduction au droit, 8ème édition, Armand Colin.2001.
- Bouhacene Mahfoud : Droit international de la coopération industrielle, préface de J. Touscoz, O.P.U. Alger, 1982. 489p.
- Chérot Jean-Yves : Droit public économique, 2ème édition, Economica. 2007. Paris.
- Carreau Dominique, Flory Thiebault, Juillard Patrick : Droit international économique, 3eme édition, L.G.D.J. 1990. Paris .725p.
- Carreau Dominique, Juillard Patrick : Droit international économique. 4eme édition. L.G.D.J - DELTA. Paris – Beyrouth 1998.720p.
- Carreau Dominique, Juillard Patrick. Droit international économique. Précis Dalloz. 3ème édition. Paris. 2007.
- Carreau Dominique et Marrella Fabrizio : Droit international ,11ème édition, Editions A. Pedone, 2012. 734p.
- Charvin Robert et Guesmi Amar : L'Algérie en mutation : Les instruments juridiques de passage à l'économie de marché, Editions l'Harmattan, 2001.
- Lavie Jean-Pierre : Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique, Editions Publications de l'institut universitaire des hautes études internationales - Genève et P.U.F. 1985.
- Farjat Gérard : Droit économique. Collection Thémis, P.U.F. 2ème édition, 1982.
- Oman Charles : Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement. Etudes du centre de développement. O.C.D.E. Paris. 1984.
- Haroun Mehdi : Le régime des investissements en Algérie. A la lumière des conventions franco-algériennes. Litec. Paris. 2000,775p.
- Hugonnier Bernard : Investissements directs, Coopération internationale et Firmes multinationales, Economica, Paris, 1984.

Lankarani el- zein Leila : Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international, Collection Droit international, Editions Bruylant, Editions de l'université de bruxelles.2001, 572p.

Pédamon Michel : Droit commercial. Précis Dalloz. 1994.706 p.

Khalfoune Tahar : Le domaine public en droit algérien : réalité et fiction. Collection Logiques juridiques. L'Harmattan. Paris. 2004.

Merle Philippe : Droit commercial- Sociétés commerciales. 5eme édition. Précis Dalloz.1996. 794 p.

Sandretto René : Le commerce international, cursus. Armand Colin, 4eme édition, mise à jour, janvier 1995.

Sadi Nacer-eddine : La privatisation des entreprises publiques en Algérie : objectifs, modalités et enjeux. Editions L'Harmattan. 2005.

Trari-Tani Mostafa, Droit algérien de l'arbitrage commercial international. Editions Berti, Alger.2007.

Vernimmen Pierre : Finance d'entreprise. Dalloz. 2005. Paris.

Vernimmen Pierre, Quirry Pascal, Le flu Yann : Finance d'entreprise. Dalloz Gestion. Dalloz. 2011. Paris.

II-THESES ET MEMOIRES

Abed Abdelhamid : L'encadrement juridique des investissements à travers le code des incitations aux investissements, Université de Droit, d'Economie et de Gestion. Tunis III. 1997.

Bentoumi Mohamed : Le droit de l'investissement étranger et le droit au développement. Thèse de doctorat en Droit, Nice 2005. 403 p.

Bencheneb Ali : Les mécanismes juridiques des relations commerciales internationales de l'Algérie. Thèse, Paris II. 1979.

Benhamida Walid : L'arbitrage transnational unilatéral - réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique, Thèse de doctorat, Paris II, 2003.

Hamamda Mohamed Tahar : Ajustement et coopération au Maghreb. Thèse de Doctorat d'Etat. Faculté des sciences économiques et des sciences de gestion. Université de Constantine. 2003.

Horchani Ferhat : L'investissement inter-arabe : Recherche sur la contribution des Conventions multilatérales arabes à la formation d'un droit régional des investissements. Thèse Doctorat d'Etat en Droit. Faculté de droit et de sciences politiques. Université de droit d'économie et de gestion de Tunis. 1988.

I. R. Mohamed El-behérry: Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux. Thèse de doctorat en Droit. Institut du Droit, de la Paix et du Développement (I.D.P.D.) Université de Nice Sophia- Antipolis. 2004, 565p.

Jehl Joseph : Le commerce international de la technologie : approche juridique, Thèse, Dijon, 1983.

Kerdoun Azzouz : Les transferts de technologie vers les P.V.D : Aspects juridiques et institutionnels, Thèse, université de Montpellier 1, 1981.

Zouiten Abderrezak : L'évolution des sociétés d'économie mixte en droit algérien : de l'indépendance à nos jours. Mémoire de magister, Faculté de droit, Université Mentouri Constantine. 2003.

III- : ARTICLES

Ayachi Fathi : Capitaux étrangers et développement durable, la nouvelle donne : Cas de la Tunisie, Annales d'économie et de gestion, volume n° 4, octobre 1996. Publication de la faculté des sciences économiques et de gestion de Tunis.

Ayed Ichrak et Abida Mohamed : Les nouveaux modèles de Traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements : Exemples des modèles américains

(2004) et canadiens (2005). Actes du colloque « Où va le droit de l'investissement », Tunis les 3 et 4 mars 2006, pp139-151.

Bastid-Burdeau Geneviève: Droit international et contrats d'États - La sentence Aminoil contre Koweït du 24 mars 1982. In : Annuaire français de droit international, volume 28, 1982. pp. 454-470.

Belkacem K et Amadio A. : Le code des investissements privés en Algérie. R.J.E.P.I.C. Juillet-Septembre 1972. n°3.

Belkacem K et Amadio A. : La pratique du code algérien des investissements privés. D.P.C.I. juin 1976. Tome II. N°2.

Bellon Bruno et Gouia Ridha : Investissements directs et avantages construits, Etudes, Monde arabe Maghreb- Machrek. Hors-série. Décembre 1997. La documentation française. pp, 53-63.

Bencheneb Ali : La loi algérienne du 5 octobre 1993 relative à la promotion de l'investissement. Revue tunisienne de droit.1995. Centre d'études, de recherches et de publications. Tunis.pp, 38-55.

Bencheneb Ali : Sur l'évolution de la notion d'investissement in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20eme siècle , A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Université de Bourgogne- CNRS. Travaux du Centre de recherche sur le Droit des marchés et des Investissements internationaux. 2000. Volume 20. Litec.pp177-196.

Bencheneb Ali : Mutations du régime des investissements et mondialisation des rapports économiques, in : Droits et Culture, Mélanges en l'honneur du Doyen Yadh Benachour, Centre des Publications Universitaires. Tunis. 2008. pp, 1267-1280.

Bencheneb Ali : La notion d'avantages supplémentaires dans le droit des investissements : L'exemple algérien. Revue de Droit des Affaires Internationales IBLJ, n° 3, 1999.pp, 279-293.

Bencheneb Ali : Aspects caractéristiques du droit algérien des contrats d'affaires. Revue de Droit des Affaires Internationales / IBLJ, n° 1, 2001.pp, 31-45.

Benhamida Walid : La notion d'investissement, notion maudite du système Cirdi ?, Investissements internationaux et arbitrage, chronique sous la direction de I. Fadlallah Ch. Leben et E. Teynier, Gazette du Palais, 14-15 déc. 2007 pp33 et s.

Bekhechi Mohamed Abdelwahab : L'investissement et le droit : Réflexion sur le nouveau « code » algérien. Décret législatif 93-12. Droit et Pratique du Commerce International (D.P.C.I) 1993, Tome 2, N°1, pp, 133-162.

Bekhechi Mohamed Abdelwahab : Quelques éléments de réflexion sur la pratique algérienne du contrat d'Etat, in les contrats internationaux et Pays en voie de développement sous la direction de H. CASSAN, economica, Paris, 1989, pp. 223-249.

Bekhechi Mohamed Abdelwahab : Droit international et investissement international : Quelques réflexions sur des développements récents. Mélanges Virally, Pédone. Paris 1991, pp109-124.

Bouyacoub Ahmed : Les investissements étrangers en Algérie 1990-1996. Quelles perspectives ? Annuaire de l'Afrique du Nord, tome XXXV 1996. C.N.R.S Editions.

Charvin Robert : La régulation juridique et mondialisation néolibérale : Droit mou, Droit flou et non-droit, Actualité et droit international. janvier 2002.

Crépet Charles: Traitement national et traitement de la notion la plus favorisée, in colloque : nouveaux développements dans le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement international, mai 2004, I.H.E.I, Université Panthéon Assas, Paris II.

Estanislao J P : Nature, cause et conséquences de la crise asiatique. Revue Politique Etrangère. Année 1998- Volume 63. pp.285-295.

Fouchard Philippe : arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international, in «, Souveraineté étatique et marchés internationaux. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI ». Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Litec, Année 2000- Volume 20, pp 95-115.

Guesmi Amar : Le cadre juridique des investissements étrangers en Algérie et en France in, l'Algérie en mutation : Les instruments juridiques de passage à l'économie de marché, sous la direction de R. Charvin et A. Guesmi, Editions l'Harmattan, 2001.

Hamidi L : Panorama de l'investissement en Algérie. Revue IDARA. Volume XX n°II 2000.

Horchani Ferhat : Quelques réflexions sur la politique législative en matière d'investissements étrangers en Tunisie. Revue tunisienne de droit. 1991. pp291-310.

Horchani Ferhat : Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation, JDI 2.2004, pp, 366-417.

Juillard Patrick : Les investissements français à l'étranger, In, Chronique de droit international économique, Investissements. L'actualité française. AFDI 1979 vol 25.

Juillard Patrick : A propos du décès de l'AMI, Annuaire Français de Droit International, Chronique de droit international économique, 1998- vol, 44- n°1, pp, 595-612.

Juillard Patrick : Les conventions bilatérales d'investissements conclues par la France, Journal de Droit International, 1979. n°2

Juillard Patrick : Chronique de droit international économique, Investissements. L'actualité française : « Les investissements français à l'étranger. » AFDI 1979 vol 25, pp.579-636,

Juillard Patrick : Chronique de droit international économique, A.F.D.I.1992, vol 38, pp, 757-807.

Juillard Patrick : Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004), Annuaire français de droit international, volume 50, 2004.

Issad Mohand : La nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage. Revue de l'Arbitrage, n°3, 2008, pp 419-427

Kaufmann Ivo : Les accords de promotion et de protection des investissements sont plus actuels que jamais ? La vie économique : Revue de politique économique 11-2006.

Khelloufi Rachid : Les instruments juridiques de la politique de l'environnement en Algérie. Revue IDARA, volume 15, n° 29.2005, pp 49-71.

Leben Charles : Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat, in, Souveraineté étatique et marchés internationaux. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn. Litec. Année 2000- Volume 20, pp 119-176.

Loncle Jean-Marc : La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI, Revue de droit des affaires internationales (RDAI) n°3, 2006, pp319-331.

Loncle Jean-Marc : La notion d'investisseur dans les décisions du CIRDI, Revue de droit des affaires internationales (RDAI) N° 6, 2005.

Mahiou Ahmed : évolution du droit de l'arbitrage en Algérie, Revue Mutations, n°44-02/ 2003.

Mohamed Salah M. M. : La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux : Réflexion sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation. Revue Internationale de Droit Economique, T XV -3.2001/3. pp 251-302.

Michalet Charles -Albert: Investissements étrangers : les économies du Sud, sont-elles attractives ? Le partenariat euro-méditerranéen : un projet régional en quête de cohérence. Monde Arabe- Maghreb- Machrek. Hors-série. 1997. La documentation française, pp 43-52.

Michalet Charles-Albert : L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers et la dynamique de la mondialisation, in « Souveraineté étatique et marchés internationaux. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI ». Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn. Litec, Année 2000- Volume 20, pp 433.452.

Padma mal lampally et Karl P. Sauvart. : L'investissement direct étranger dans les pays en développement. Finances & Développement / Mars 1999.

Ossoukine Abdelhafid : L'équation Environnement/Investissement : Les bases d'une approche écologique de la croissance. Communication, in « Colloque international sur les règles de l'investissement entre les législations nationales et les conventions internationales et leurs impacts sur le développement économique » Emirat Arabe Unie, Emirat El Aïn. 25/ 27 avril 2011, pp 7-30.

Paillère Michel : Le contrat d'investissement dans les PVD in, Les investissements et le développement économique du tiers-monde, Paris, Pédone 1968, pp 118-134.

Pellet Alain : Adieu Philippines : Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international, in, Le droit international économique à l'aube du XXI siècle. En hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard, Collection des cahiers internationaux n°20, Centre d'étude et de recherche en droit international. Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne, pp 97-110.

Rigaux François : D'un nouvel ordre économique à l'autre in, La mondialisation du droit, sous la direction d'E. Locquin et C. Kessedjian. Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux. Volume 19. Litec.2000,pp 689 -715.

Salem Mahmoud : Investissement étranger et droit international, in, Souveraineté étatique et marchés internationaux. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn. Litec. Année 2000- Volume 20, pp 367-388.

Sarsar Imen et Bettaieb Mahmoud Anis : L'investissement international au Maghreb : unité ou pluralité ? In, Colloque Où va le droit de l'investissement ? Tunis les 3 et 4 mars 2006. pp153-162.

Shihata Ibrahim : L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements Annuaire Français de Droit International (AFDI), 1987, Volume 33, n°33. pp 601-613.

Snoussi Mohamed : Mesures d'urgences économiques et droit international de l'investissement, Revue Tunisienne de Droit, 2007, Centre de Publication Universitaire, pp567-586.

Terki Nouredine : La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie. Revue algérienne des sciences juridique, économique et politique, Volume 39, 2001.

Terki Nouredine : Les aspects juridiques de la privatisation des entreprises publiques économiques, Revue IDARA, n° 34, pp7-35.

Touscoz Jean : Les opérations de garantie de l'agence multilatérale de garantie des investissements, J.D.I, n°4 1987, pp 901-925.

Virally Michel : La deuxième décennie des Nations-Unies pour le développement - Essai d'interprétation para-juridique. In, Annuaire de droit international, année 1970- volume 16, pp 9-33.

Zouaimia Rachid : le régime des investissements étrangers en Algérie, journal du droit international, Clunet, 1993 et Revue tunisienne de droit, 199, pp, 86-131.

VI- RAPPORTS ET GUIDES

ANIMA MIPO : Les outils de promotion de l'investissement dans la région MEDA. Présentation et Benchmarking des A.P.I, Notes et Etudes ANIMA MIPO, n° 2 juillet 2004.

ANIMA INVEST : Panorama du capital investissement dans la région MED. Etude n° 17, mai 2011.

Direction générale des impôts : Code des impôts directs et taxes assimilées. Edition 2013.

Direction générale des impôts : Guide fiscal de l'investisseur. Edition 2013.

Direction générale des douanes CNID : Guide des avantages fiscaux, mai 2008.

Forum des Chefs d'Entreprises (FCE) : Rapport portant propositions pour l'amélioration du dispositif de développement de l'investissement, Janvier 2012.

OCDE : Rapport sur les tendances et évolution récente de l'investissement direct étranger, Juin 2006.

CNUCED : Rapport sur l'investissement dans le monde. 2012. Vue d'ensemble Nations-Unies. New-York et Genève, 2012.

V - DIVERS

Organes de la presse nationale et internationale

Différents sites web

TABLE DES MATIERES

Introduction	8
Chapitre préliminaire	18
I-: Le contexte du droit des investissements en Algérie	18
A-: Un contexte historique marqué du sceau de l'idéologie socialiste	18
B-: Un contexte proche marqué par une nouvelle orientation économique	23
a-: Le contexte international	23
b- : Le contexte interne	27
C- : Un contexte immédiat marqué du sceau du pragmatisme	30
II-: Des attentes variables	36
A-: Les apports de capitaux	38
B- : Le thème du transfert de technologie	40
PREMIERE PARTIE : ASPECTS CONCEPTUELS DE LA NOTION D'INVESTISSEMENT	45
Chapitre I : Des approches différenciées de la notion d'investissement	49
Section I : L'approche économique de la notion d'investissement	50
Paragraphe -I : Les formes traditionnelles d'investissement	53
A- :L'investissement de portefeuille	55
B- L'investissement direct de participation	58
Paragraphe-II : Les formes nouvelles d'investissement	68
A-: Définition des formes nouvelles d'investissement	70
B-: Typologie des formes nouvelles d'investissement	74
Section II : L'approche du droit international multilatéral	84
Paragraphe-I : La notion d'investissement dans les conventions multilatérales	86
A-: Les conventions multilatérales signées par l'Algérie	88
a-: La convention de Washington	89
b-: La convention de Seoul	93

B- : Les conventions régionales	97
a-: La définition du traité de l'O.C.D.E	98
b- : La définition du traité sur la charte européenne de l'énergie	102
Paragraphe-II : Les critères de qualification de l'investissement	104
A- : Les critères de consensus	105
a-:Les apports	106
b-: L'attente d'un gain	109
c-: Le risque	111
B : Les critères de controverse	114
a- : La durée d'exécution	115
b- : La contribution au développement économique de l'Etat d'accueil	119
CHAPITRE -II : La notion d'investissement au regard du droit algérien	127
Section I- : La notion d'investissement dans les conventions bilatérales de protection et de promotion des investissements conclues par l'Algérie	128
Paragraphe I : Teneur et pertinence des accords de protection et de promotion réciproque des investissements	129
A-: Teneur des accords de protection et de promotion réciproque des investissements	133
B-: Pertinence des accords de protection et de promotion des investissements	137
Paragraphe II - : Eléments de définition de l'investissement tirés de certains API signés par l'Algérie	139
A-: Une définition standardisée de l'investissement	139
B-: Une définition extensive de l'investissement	142
Section II : La notion d'investissement dans la législation interne d'incitation	146
Paragraphe I : La définition limitative de l'ordonnance 01-03 portant développement de l'investissement	148
A: La référence à la notion de capital	149

B- : La réalisation d'activité de production de biens ou de services	161
Paragraphe II : Les modalités juridiques de réalisation de l'investissement	168
A-: Les opérations classiques issues du code des investissements de 1993	169
a- : Les investissements de création et d'extension de capacité	169
b- : Les investissements de réhabilitation et de restructuration	172
B- : Les opérations nouvelles d'investissement de l'ordonnance de 2001	174
a-: Les investissements par attribution de concession et / ou de licence	174
b- : Les investissements par privatisation partielle ou totale	181
Conclusion de la première partie	192
DEUXIEME PARTIE: LE DEPLOIEMENT DE LA NOTION	
D'INVESTISSEMENT EN DROIT ALGERIEN : LE REGIME	
UNIVERSEL DE L'ORDONNANCE DE 2001	193
Chapitre I : Le régime général de l'ordonnance de 2001	203
Section I : La procédure administrative de traitement de l'investissement	204
Paragraphe I : Le cadre organique de traitement des investissements	205
A-: Les structures administratives de facilitation	207
a- : Le conseil national des investissements	207
b- :L'agence nationale de développement des investissements	211
c- : Le guichet unique décentralisé	215
B- : Les structures financières de facilitation	220
a- : Le fonds d'appui à l'investissement	220
b- : La société de capital investissement	222
c- : Le fond national d'investissement	225
d- : Le financement extérieur	230
Paragraphe- II : L'organisation d'une nouvelle mission de facilitation : Le foncier industriel	233
A- : Le dualisme en matière d'organes ad hoc	235
a-: La création d'un organe spécialisé : L'ANIREF	236

b-: La réhabilitation d'un ancien organe : Le CALPIREF	241
B-: Les procédés juridiques d'octroi de l'assiette foncière	243
a-: L'évolution des modes de transmission	243
b-: Etat actuel du droit	246
Paragraphe- III : Les garanties accordées aux investissements	249
A-: Les garanties liées à la sécurité juridique des investissements	250
a-: L'égalité de traitement entre capital étranger et capital national	250
b: Le gel du droit applicable	256
c- : Les modes de règlement des différends	258
B- : Les garanties liées à la sécurité économique des investissements	262
a-: Le régime de la liberté de transfert	263
b- : La protection contre les mesures d'expropriation ou de nationalisation	267
Section II : Le corps de procédures de déclaration, de demande et de décision d'octroi d'avantages	273
Paragraphe-I : Le régime de la déclaration d'investissement	274
A - : Les attributs de la déclaration d'investissement	278
a - : Nature et contenu de la déclaration d'investissement	278
b-: Effets et mis en œuvre de la déclaration d'investissement	285
B- : Le caractère obligatoire ou facultatif de la déclaration	289
Paragraphe-II : Le régime de la demande et de la décision d'octroi d'avantages	294
A- : La procédure de demande d'avantages	297
a- : Mise en œuvre et suivi	298
b- : Sanctions de l'inobservation des engagements	302
B- : La décision d'octroi d'avantages	305
a- : Pluralité des décisions relatives aux avantages	305
b- : Les recours reconnus à l'investisseur	308
Chapitre II : Le régime dérogatoire	311

Section I : Les zones à développer et l'importance écologique et économique du projet	315
Paragraphe I : Les zones à développer	316
A- : La délimitation théorique de la notion de zones à développer	317
a- : Les fondements légaux de la notion	318
b- : Les critères d'identification des zones à développer	320
B- : Délimitation des zones et leurs avantages	322
a- : Délimitation des zones à développer	323
b- : Les avantages des zones à développer	326
Paragraphe II : Les investissements présentant un intérêt particulier pour l'économie nationale	328
A- : L'intérêt écologique du projet	329
a- : L'alternative attractivité des capitaux et développement durable	331
b- : La pédagogie des avantages spéciaux	335
B- : L'intérêt économique du projet	340
a- : Les critères d'identification de l'intérêt économique du projet	341
b- : Le rôle discrétionnaire du C.N.I. dans l'appréciation de l'importance économique du projet	347
Section II : Le régime de la convention d'investissement	352
Paragraphe I : La contractualisation de la relation d'investissement	354
A- : L'exigence de conditions de validité de la convention	355
a- : La condition de fond	355
b- : Les conditions de forme	357
B- : Nature juridique de la convention : contrat de droit international ou de droit interne	360
a- : Les éléments d'assimilation à un contrat de droit international	363
b- : Les éléments d'assimilation à un contrat de droit interne	371

Paragraphe II : Le dépassement du cadre légal en matière d’octroi d’avantages	377
A- : Un régime supérieur en matière d’avantages	377
B-: La notion d’avantages supplémentaires	380
Conclusion de la deuxième partie	386
Conclusion générale	388
Bibliographie	393
Table des matières	403

ملخص

ان اشكالية هذه الأطروحة تدور حول دراسة مفهوم الاستثمار و تداولاته في القانون الجزائري. لقد تبنى القانون هذا المفهوم الاقتصادي الأصل و خصه أدوات قانونية مختلفة تأتي كل واحدة منها بتعريف يتطلع لتحقيق غاية هذه الأداة دون سواها. تعريف القانون الدولي إن كان متعدد الأطراف او ثنائي الأطراف لا يعرف الاستثمار مثل ما تعرفه التشريعات القومية للدول و منها التشريع الجزائري. ينتشر الاستثمار في القانون الجزائري من خلال نظامين جاء بهما الأمر المؤرخ في 20 أوغسطس 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار: النظام العام المخصص للاستثمارات العادية التي تستفيد من مزايا جبائية وأخرى هذا من جهة، و من جهة أخرى، نظام استثنائي مخصص للاستثمارات التي تولي لها الدولة إهتماما كبيرا وتمنحها مزايا خاصة يمكن أن تكون محل تفاوض في إطار اتفاقية بين المستثمر والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار العاملة لحساب الدولة.

RESUME

La problématique de cette thèse tourne autour de l'étude de la notion d'investissement et ses déploiements en droit algérien. D'essence économique, le droit s'est approprié cette notion et lui a dédié des instruments de différentes natures. Chacun d'eux est venu avec une définition qui tient compte des buts assignés à cet instrument. Aussi, le droit international, le droit international bilatéral, mais également le droit interne, donnent, chacun pour ce qui le concerne, une approche différente de la notion d'investissement. Ensuite, dans ses déploiements, la notion d'investissement en droit algérien se décline essentiellement à travers le régime de l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement qui se divise lui-même en deux sous-régimes distincts : le régime général, dédié aux investissements courants réalisés dans des activités non exclues des avantages, et un régime dérogatoire, dédié aux investissements dans des zones nécessitant une contribution particulière et ceux présentant un intérêt écologique ou économique pour le pays, et qui donnent lieu à négociation d'avantages dans le cadre d'une convention.

ABSTRACT

The problem of this thesis revolves around the study of the concept of investment and its deployments in Algerian law. Law appropriated this notion that is economic in its essence and dedicated the instruments of different natures. Each of them has come up with a definition that takes into account the goals assigned to the instrument. International law, international law bilateral, but also domestic law, gives, each for what concerns, one different from the concept of investment approach. Then, in its deployments, the concept of investment in Algerian law comes mainly through the law of 20 August 2001 on the development of the investment that divides itself into two separate sub-schemes: the general system, dedicated to current investments in non-excluded activities of the benefits, and a derogation system, dedicated to investment in areas requiring a particular contribution from the state and those having an ecological or economic interest in the country, and which give rise to negotiation of benefits under a convention.

Mots- clés

Notion d'investissement en droit algérien
Régime d'incitation des investissements en Algérie
Investissements
Investissement direct étranger
Avantages accordés aux investissements

مفاتيح الكلمات

الاستثمارات
الاستثمار المباشر الخارجي
مفهوم الاستثمار
نظام تحفيزات الاستثمارات في الجزائر

Keys- Words

Investments
Foreign direct Investments
Concept of investment in Algerian law
Investments in Algeria incentive plan
Benefits of investment