

Réflexions sur la sécurité juridique de l'investissement étranger en Algérie

Par Rachid ZOUAÏMIA
Professeur à la Faculté de Droit
Université A. Mira de Béjaïa.

Résumé :

L'investisseur étranger ne procède à des transferts de capitaux non seulement si le climat de l'investissement lui est favorable sous l'angle d'un traitement incitatif, mais également et surtout s'il bénéficie d'une sécurité juridique pleine et entière. Une telle sécurité juridique constitue en effet un des facteurs essentiels de la compétitivité d'un pays qui permet d'augmenter son attractivité comme marché d'investissement. S'agissant du cas algérien, l'analyse du cadre juridique des investissements montre une dégradation certaine de la sécurité juridique dont est en droit de se prévaloir l'investisseur étranger.

Mots –clés :

Investissement – Sécurité – Traitement – Attractivité – Incitation – Rétroactivité.

ملخص :

لا يقوم المستثمر الأجنبي بتحويل رأسماله إلا إذا كان مناخ الاستثمار مناسباً له من زاوية المعاملة التحفيزية ، ولكن أيضاً وقبل كل شيء إذا كان يتمتع بالأمن القانوني الكامل. يشكل الأمن القانوني أحد العوامل الأساسية للقدرة التنافسية للبلد ويجعل من الممكن زيادة جاذبيتها كسوق استثماري. فيما يتعلق بالحالة الجزائرية، يبين تحليل الإطار القانوني للاستثمارات تدهوراً أكيدا في مجال الأمن القانوني الذي يحق للمستثمر الأجنبي المطالبة به.

الكلمات المفتاحية :

استثمار – أمن - معاملة - جاذبية - تشجيع - رجعية.

Introduction

On a pu remarquer que les textes législatifs de 1993¹ et 2001² ayant trait à l'investissement "ont amené des progrès importants : les restrictions de participation au capital d'entreprises nationales aux investisseurs étrangers ne s'appliquent plus, le principe de liberté d'investissement est introduit, le droit de rapatrier les profits est garanti aux investisseurs étrangers et une «Agence nationale de développement de l'investissement» est créée"³. Dans un rapport sur les politiques d'investissement en Algérie, la CNUCED estime que beaucoup d'efforts ont été enregistrés dans le sens de la libéralisation de l'économie avec la mise en place d'un nouveau dispositif législatif conçu pour soutenir l'investisseur privé national et étranger, que "l'intégration dans l'économie mondiale est affirmée comme moyen de sortir de la trop grande dépendance des hydrocarbures et de diversifier les exportations". Elle souligne toutefois que toute politique de promotion de l'investissement "ne peut réussir durablement sans les exigences de transparence et de bonne gouvernance"⁴. A ce titre, l'Algérie pourrait bénéficier de réformes supplémentaires notamment en renforçant la transparence des procédures et le cadre réglementaire de l'investissement.

De telles recommandations tournent essentiellement autour de la sécurité de l'investissement. Il ne s'agit pas de la notion de sécurité entendue dans son sens classique, soit le respect de la propriété et l'encadrement des procédures d'expropriation et de nationalisation à l'effet de limiter les prérogatives étatiques et garantir l'indemnisation de l'investisseur selon les règles du droit international⁵. La notion de sécurité juridique a en effet évolué sous l'impulsion de la libéralisation des échanges et des mouvements de capitaux et de la mondialisation de l'économie.

A titre d'exemple, dans un rapport ayant trait à la sécurité des investissements français à l'étranger, la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris relève que "les entreprises qui investissent dans les pays hors OCDE rencontrent des risques qui n'étaient pas aussi prédominants dans les années 70 et 80 (...) : expropriations déguisées, pratiques restrictives ou discriminatoires, obligations de résultat commercial, instabilité législative". Elle propose la prise en charge des nouveaux risques dans le cadre de la rénovation des conventions bilatérales d'investissement qui ne prennent en charge que les risques classiques de

¹ Décret législatif n° 93-12 du 5 octobre 1993 relatif à la promotion des investissements, *JORA* n° 64 du 10 octobre 1993, modifié et complété par loi n° 98-12 du 31 décembre 1998 portant loi de finances pour 1999, *JORA* n° 98 du 31 décembre 1998.

² Ordonnance n° 2001-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, *JORA* n° 47 du 22-08-2001, modifiée et complétée par ordonnance n° 06-08 du 15 juillet 2006, *JORA* n° 47 du 19 juillet 2006 ; ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009, *JORA* n° 44 du 26 juillet 2009.

³ Yann Hirsch, Edouard Guigou, *Doing business en Méditerranée. Synthèse de différents rapports sur les Investissements Directs Etrangers en Méditerranée*, Mars 2005, mercator.ens.fr/sanmarco/Ipemed.IDE.05/

⁴ CNUCED, *Examen de la politique de l'investissement : Algérie*, Nations Unies, New York et Genève, 2004, p. 95, disponible sur le site www.unctad.org/ipr/

⁵ Sur la question, Rachid Zouaïmia, "Le régime des investissements étrangers en Algérie", *Journal du Droit International*, n° 3, 1993, pp. 569-598 ; Mehdi Haroun, *Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions franco-algériennes*, Litec, Paris, 2000 ; Mahmoud Anis Bettaïb, "La protection de l'investissement étranger au Maghreb (Algérie, Maroc, Tunisie)", *Global Forum on International Investment*, 27-28 march 2008, www.oecd.org/dataoecd/

nationalisation, d'expropriation et de non transfert. Elle suggère, par ailleurs, "d'intégrer, dans les polices d'assurance, les risques d'instabilité législative et réglementaire"⁶.

Ainsi, on vise aujourd'hui à assurer à l'investisseur un cadre juridique marqué du sceau de la visibilité qui implique :

- La clarté du dispositif juridique du pays d'accueil ;
- Le respect de la règle de droit par l'Etat d'accueil de l'investissement ;
- La stabilité du droit applicable à l'investissement.

Certes, l'article 15 de l'ordonnance relative au développement de l'investissement prévoit que "Les révisions ou abrogations susceptibles d'intervenir à l'avenir ne s'appliquent pas aux investissements réalisés dans le cadre de la présente ordonnance à moins que l'investisseur ne le demande expressément". Une telle consécration de la clause de stabilisation législative a pour objet de rendre inopposable à l'investisseur toute modification de la législation postérieure à la date de la conclusion de la convention d'investissement⁷.

Toutefois, la question de la sécurité juridique ne se pose pas à titre exclusif du point de vue des investisseurs. Elle se pose également à l'endroit des investisseurs potentiels, des futurs investisseurs qui sont extrêmement "sensibles à la stabilité de l'environnement législatif dans lequel ils réalisent leur opération"⁸. En effet, l'investisseur étranger potentiel ne procède à des transferts de capitaux que si le climat de l'investissement lui est favorable, que si, en d'autres termes, l'Etat récipiendaire non seulement lui accorde un traitement incitatif, mais lui assure également et surtout une sécurité juridique pleine et entière. Comme l'exprime un rapport de la Banque Mondiale, "la sécurité juridique et son application rigoureuse et régulière est donc un des facteurs essentiels de la compétitivité d'un pays et permet d'augmenter son attractivité comme marché d'investissement"⁹. Une telle affirmation prend tout son sens dans une situation de crise économique mondiale où l'attrait de l'investissement productif devient de plus en plus difficile.

Or, plus d'une quinzaine d'années après la promulgation du décret législatif de 1993 et huit ans après l'adoption de l'ordonnance de 2001, au moment où des observateurs avertis considèrent que l'Algérie a engagé des réformes essentielles à l'amélioration du climat d'investissement, que des progrès importants ont été enregistrés dans le sens d'un meilleur traitement de l'investissement, force est de constater qu'on y assiste à une régression qui détériore l'image de l'Algérie dans la compétition mondiale. L'analyse du cadre juridique des investissements montre en effet une certaine dégradation de la sécurité juridique dont est en droit de se prévaloir l'investisseur. Une telle dégradation résulte essentiellement :

- de la prolifération désordonnée des textes qu'accompagne une instabilité croissante des règles. Un droit complexe et mouvant finit en effet par faire perdre l'avantage comparatif dont

⁶ Rapport Philippe Pinon, *Comment accroître la sécurité des investisseurs français à l'étranger ? Pour une réforme des instruments conventionnels*, 20 janvier 2000, www.etudes.ccip.fr/

⁷ A ne pas confondre avec la clause d'intangibilité au moyen de laquelle l'Etat récipiendaire s'engage à ne pas user de ses prérogatives de puissance publique en vue de modifier unilatéralement les clauses du contrat qui le lie à l'investisseur.

⁸ Mehdi Haroun, *Le régime des investissements en Algérie ...*, op. cit. p. 708.

⁹ Banque Mondiale, *Le droit des affaires et le développement du secteur privé en Algérie*, Département Finance, Secteur Privé et Infrastructure Région Moyen-Orient et Afrique du Nord, Washington, 27 Avril 2005, p. 26.

on pourrait créditer le climat d'affaires algérien par rapport à celui d'autres pays, notamment de la zone du Maghreb ;

- d'entorses répétées au principe de la hiérarchie des normes. L'Etat de droit est en effet malmené en ce que la souveraineté de la loi est bafouée soit par des textes d'application, soit au moyen de simples mesures d'ordre intérieur.

I – L'imprévisibilité des politiques publiques

Le préalable incontournable à l'instauration d'un climat d'affaires attractif pour les investisseurs étrangers se résume en une politique de transparence qui implique que les pouvoirs publics se doivent de communiquer sur leurs objectifs politiques, de motiver leurs décisions susceptibles de toucher les intérêts légitimes sur des bases juridiques claires. Cela permet d'éviter l'opacité qui caractérise traditionnellement le fonctionnement de l'appareil administratif.

Dans la mesure où les investisseurs accordent un intérêt majeur à des cadres juridiques et institutionnels stables, lisibles et sans incertitudes¹⁰, il est essentiel que les politiques publiques en matière d'investissement soient prévisibles et que le cadre juridique qui en constitue l'assise soit marqué d'une certaine permanence. Or, sur ces deux registres, force est de constater que l'image de l'Algérie dans la compétition internationale pour attirer les investissements étrangers est peu reluisante.

La publication annuelle des rapports *Doing Business* par la Société financière internationale (SFI), filiale de la Banque mondiale, permet de suivre, d'année en année, les améliorations et les reculs enregistrés par différents pays et ce, à travers un classement en fonction d'un indicateur synthétique "de la facilité de faire des affaires". A titre comparatif, sur un total de cent quatre vingt et un (181) pays, la Tunisie occupe le 73^{ème} rang en 2009 tandis qu'en 2008, elle était logée au 81^{ème}, soit un gain de 8 points. L'Algérie quant à elle est passée de la 130^{ème} à la 132^{ème} place, enregistrant ainsi une perte de 2 points¹¹.

Si un tel recul est lié sans doute à divers facteurs, il reste que l'absence de stratégie claire est un indicateur d'absence de gouvernance. La bonne gouvernance inclut en effet nécessairement l'anticipation qui permet "de projeter les réactions prévisibles des partenaires et de les rassurer"¹². Or sur ce registre, on constate des revirements dans la pratique des pouvoirs publics que l'on peut repérer tant au niveau des politiques publiques qu'au plan des règles juridiques qui gouvernent l'investissement.

A - Les revirements intempestifs des pouvoirs publics

Toute politique destinée à attirer l'investissement étranger ne peut faire l'économie d'un minimum de lisibilité. Cela signifie qu'elle doit s'intégrer "dans une stratégie de développement claire, lisible et cohérente"¹³. Elle doit s'inscrire dans la durée parce que les

¹⁰ Mohamed Abdelwahab Bekhechi, "Quelques réflexions d'un juriste sur le droit et la promotion des investissements et un climat des affaires attractif en Algérie", *Journal de Droit des Affaires*, Supplément de *La Lettre Juridique*, n° 1, 2007, p. 26.

¹¹ Banque Mondiale, *Doing Business 2009*, Washington, DC, 2008, www.worldbank.org/

¹² Ammar Belhimer, "Panorama : A fonds perdus. L'Algérie à Milan", www.lesoirdalgerie.com/articles/2006/

¹³ M. Saâdoune, "Algérie : Investissements étrangers et politique de développement. Un changement de doctrine?" *Le Quotidien d'Oran*, 25 août 2008.

positionnements pris par les investisseurs potentiels supposent des règles constantes. Certes, les textes destinés à encadrer une telle politique et à en assurer l'effectivité peuvent faire l'objet de correctifs et d'amendements, il reste cependant que "la conduite d'une politique publique par à-coups et changements de caps intempestifs pourrait se révéler tout aussi dommageable que le laxisme et l'absence d'objectifs affichés qui ont caractérisé la période antérieure"¹⁴. C'est dans le domaine des privatisations d'entreprises publiques que s'exprime sans doute le mieux le manque de lisibilité de la politique nationale en matière d'investissement.

1 – Le reflux de la politique de privatisation des entreprises publiques

En vertu de l'article 2 de l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001 modifiée et complétée relative au développement de l'investissement, "les reprises d'activités dans le cadre d'une privatisation partielle ou totale" sont considérées comme des investissements à part entière et bénéficient en conséquence des avantages prévus par le texte législatif. C'est pourquoi la mise en œuvre des textes ayant trait à la privatisation des entreprises publiques renseigne sur la politique de l'Etat en matière de promotion de l'investissement étranger.

Etant assimilée à un acte d'investissement, l'opération de cession d'entreprises ou d'actifs est ainsi censée être menée dans le cadre d'une stratégie attractive en direction des investisseurs étrangers. Comme pouvait l'exprimer le ministre en charge du dossier, la privatisation est destinée à sauvegarder le secteur industriel algérien marqué par "une productivité extrêmement faible concernant à la fois la qualité et le coût des produits". En somme, la privatisation répond à un "besoin de capitaux, de technique et de management"¹⁵.

En janvier 2008, sept années après la promulgation du texte législatif ayant trait à la privatisation des entreprises publiques¹⁶, le ministre en charge du secteur pouvait souligner que "l'opération de privatisation a connu un développement rapide depuis 2005, avec l'ouverture du capital de 350 entreprises et la programmation de 100 autres à la privatisation durant le premier semestre 2008"¹⁷.

En février 2008, le gouvernement opère un revirement en replaçant les entreprises publiques sous tutelle des ministères. On revient ainsi à la période de l'économie administrée antérieure aux réformes de 1988¹⁸.

En mars 2009, le ministre chargé des privatisations annonce l'intention du gouvernement de créer 13 nouvelles grandes entreprises nationales à partir du tissu existant pour couvrir divers secteurs comme la sidérurgie, la pétrochimie, la pharmacie, le transport aérien¹⁹. Il

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Nour-Eddine Terki, "Les aspects juridiques de la privatisation des entreprises publiques économiques", *Revue Idara*, n° 34, 2007, pp. 8-9.

¹⁶ Ordonnance n° 2001-04 du 20 août 2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques, *JORA* n° 47 du 22 août 2001, complétée par ordonnance n° 08-01 du 28 février 2008, *JORA* n° 11 du 2 mars 2008.

¹⁷ Amine Makri, "100 entreprises publiques en vente en Algérie", 21 janvier 2008, actualite.el-annabi.com/

¹⁸ M. Benmehedi, "Elles n'ont pas trouvé preneur : les entreprises publiques sous administration des ministères", 16 février 2008, actualite.el-annabi.com/

¹⁹ Fouzi Alb, "Algérie-Stratégie Industrielle : la nouvelle coquille vide du ministre Temmar", 22 Mars, 2009, www.lematindz.net/news/

s'agit ainsi de la mise en œuvre d'une nouvelle politique industrielle aux antipodes de celle qui a prévalu jusque-là et qui consistait à privatiser, non à réorganiser ou encore restructurer.

Enfin, l'article 13 de l'ordonnance ayant trait à la privatisation des entreprises publiques précise que la privatisation est entendue au sens de "toute transaction se traduisant par un transfert à des personnes physiques ou morales de droit privé autres que des entreprises publiques, de la propriété :

- de tout ou partie du capital social des entreprises détenu directement ou indirectement par l'Etat et/ou les personnes morales de droit public, par cession d'actions, de parts sociales ou souscription à une augmentation de capital ;

- des actifs constituant une unité d'exploitation autonome des entreprises appartenant à l'Etat"²⁰.

La loi de finances complémentaire pour 2009 introduit dans l'ordonnance relative au développement de l'investissement un article 4 *ter* qui semble exclure la privatisation totale de l'entreprise publique au profit d'un investisseur étranger. N'y est en effet prévu que le cas de l'ouverture du capital à l'actionnariat étranger. Par ailleurs, la participation de l'investisseur étranger ne peut en aucun cas dépasser 49 % du capital social comme dans le cas d'un investissement en partenariat.

S'agissant de la privatisation des entreprises publiques au profit de l'actionnariat national résident, la participation de ce dernier est limitée à 66 % au maximum du capital. Ce n'est qu'à l'issue d'une période de cinq (5) ans que l'investisseur national "peut lever, auprès du conseil des participations de l'Etat une option d'achat des actions détenues par l'entreprise publique économique"²¹.

De telles dispositions, non seulement marquent un reflux de l'opération de privatisation des entreprises publiques, elles vident également de leur sens les dispositions de l'article 14 de l'ordonnance relative au développement de l'investissement qui dispose que "Les personnes physiques et morales étrangères reçoivent un traitement identique à celui des personnes physiques et morales algériennes, eu égard aux droits et obligations en relation avec l'investissement".

2 – L'exemple des privatisations partielles

Un tel flottement est également patent dans le cas du projet de privatisation partielle de deux grandes entreprises publiques : le Crédit Populaire d'Algérie (CPA) et Algérie Télécom.

S'agissant du Crédit Populaire d'Algérie (CPA), l'établissement bancaire devait être privatisé à hauteur de 51 % du capital. L'opération, qui a vu six (6) banques se porter candidates²², devait être conclue à la mi-mai 2007 puis durant le mois d'octobre 2007. En novembre de la même année, le ministre des finances décide "de surseoir à la privatisation du

²⁰ Ordonnance n° 2001-04 du 20 août 2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques, JORA n° 47 du 22-08-2001, complétée par ordonnance n° 08-01 du 28 février 2008, JORA n° 11 du 2 mars 2008.

²¹ Art. 4 *quater al.* 3 de l'ordonnance n° 2001-03 du 20 août 2001 modifiée et complétée relative au développement de l'investissement.

²² Il s'agit d'une banque espagnole (Santander), de 4 établissements français (BNP Paribas, Crédit Agricole, Société Générale, Banque Populaire) et d'une banque américaine (Citibank).

Crédit populaire d'Algérie (CPA) en raison de l'impact non encore évalué de la crise internationale des crédits hypothécaires²³.

On constate le même revirement s'agissant de la privatisation partielle de Algérie Télécom. L'ouverture du capital de l'opérateur historique était évoquée depuis de nombreuses années. L'ancien ministre de la Poste et des Technologies de l'information et de la communication n'a cessé de rappeler que plus de quarante entreprises d'envergure mondiale portaient un vif intérêt à une telle privatisation. Au début de l'année 2009, le PDG d'Algérie Télécom relève que cette ouverture du capital ne se justifie plus car, explique-t-il, "l'entreprise a les moyens pour se développer seule". Le groupe AT ne sera pas privatisé et compte se développer avec ses propres moyens, sans ouvrir son capital au privé²⁴.

Ainsi, on assiste au gel des opérations de privatisation des entreprises publiques, à la mise en œuvre de nouvelles mesures d'assainissement financier de plusieurs dizaines de milliards au profit de plus de deux cent d'entre elles, à la rupture des négociations entamées avec des partenaires étrangers, à la mise en place d'une nouvelle stratégie industrielle dans le sens de la constitution de grands groupes publics²⁵. Il est même question de la création "d'une société de gestion des participations, chargée de l'acquisition de parts dans le cadre du minimum légal de l'éventuelle participation publique dans le capital social des sociétés de commerce extérieur"²⁶.

Si ces exemples montrent l'inefficacité de la gouvernance à laquelle s'ajoute l'absence d'une stratégie industrielle comme le fait remarquer le professeur Camille Sari²⁷, de tels retournements ne touchent pas de manière spécifique la question de l'investissement et de la privatisation des entreprises publiques. D'autres secteurs ont pu faire les frais de tels revirements des pouvoirs publics qui dénotent l'absence de stratégie et donc de gouvernance dans le domaine de l'économie d'une manière générale²⁸. "Privatisations, libéralisation des importations, avantages aux investisseurs étrangers, réforme bancaire, adhésion à l'OMC, politique industrielle, loi sur les hydrocarbures : la « gouvernance » à l'algérienne a changé constamment de cap sur chacun de ces dossiers"²⁹. Or, face à de tels revirements, les investisseurs perdent ce qu'il est convenu d'appeler la confiance légitime.

B - L'instabilité du cadre juridique

Lorsqu'on traite aujourd'hui de la sécurité juridique que doit garantir la loi, cela signifie qu'elle doit, à travers sa cohérence et son accessibilité, "ne pas surprendre excessivement les sujets de droit dans leurs pratiques, leurs prévisions et leurs attentes"³⁰, elle doit être ainsi "dotée d'une relative permanence ou stabilité, qui assure aux justiciables une certaine

²³ "Le gouvernement gèle la privatisation du Crédit Populaire d'Algérie", 24 novembre 2007, www.lematindz.net/news/

²⁴ Amel Blidi, "Algérie Télécom : L'ouverture du capital abandonnée", *L'info. au quotidien*, 16 février 2009.

²⁵ Nordine Grim, "Réformes économiques. Changement de cap de la stratégie industrielle", *El Watan Economie*, du 10 au 16 novembre 2008.

²⁶ Art. 74 de l'ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009, op. cit.

²⁷ Voir, Camille Sari, "Climat d'affaires : tant d'occasions manquées", *Liberté*, 9 mars 2009.

²⁸ Voir, Hocine Bénissad, "Algérie : du modèle de développement", *El Watan*, 23 mars 2009.

²⁹ El Kadi Ihsane, "Algérie-Tunisie : les stabilités paradoxales", *El Watan Economie* du 9 au 15 mars 2009.

³⁰ Frédéric Pollaud-Dulian, "A propos de la sécurité juridique", *RTD Civ.* 2001, p. 487.

prévisibilité"³¹. Comme le recommande le rapport de la CNUCED en 2004, l'Algérie devrait "améliorer la prévisibilité et la transparence de la législation relative à l'investissement"³².

De telles exigences ne signifient nullement que les lois doivent être éternelles. Comme l'exprime un auteur, "le droit a toujours été écartelé entre deux exigences contraires : la justice ou l'équité, d'une part, qui incite à modifier les règles et les situations juridiques pour améliorer constamment l'ordonnement juridique ou l'adapter à une société changeante et se traduit par le principe de mutabilité ; la sécurité juridique, d'autre part, qui requiert la stabilité et se traduit donc par le principe inverse, celui du respect de l'état existant"³³. Le législateur est ainsi appelé à trouver à chaque fois un point d'équilibre entre les deux impératifs juridiques : la sécurité juridique qui implique une certaine permanence, une stabilité des situations juridiques dans le temps d'une part, l'adaptation nécessaire du droit ou la flexibilité de la règle juridique d'autre part.

Si l'Etat ne peut s'interdire de modifier le cadre juridique de l'investissement, il est toutefois tenu de clarifier les règles du jeu qui guident son intervention dans le champ des investissements. A titre d'exemple, grâce à une Charte de l'Investissement, le gouvernement marocain "a fixé de manière précise les objectifs de son action publique pour dix ans à compter de 1995. Par conséquent, les investisseurs étrangers jouissent d'une stabilité normative pour les politiques qui ne sont pas évoquées dans ce document"³⁴.

On a pu remarquer en effet à travers diverses études que l'acte d'investir intègre le facteur juridique et spécialement la stabilité générale du système réglementaire³⁵ qui garantit la sécurité juridique de l'investissement. En d'autres termes, il est admis aujourd'hui que la qualité de l'environnement juridique et institutionnel constitue un déterminant des investissements directs étrangers.

S'agissant du cadre juridique de l'investissement en Algérie, il ne semble pas répondre aux exigences du principe de sécurité juridique et ce, en raison de la propension des pouvoirs publics à modifier de manière systématique les règles de droit établies. Trois exemples illustrent cette tendance : le premier a trait à la question des zones franches, le second concerne le foncier industriel, le troisième enfin a trait au domaine des hydrocarbures.

1 – Le cas des zones franches

En vertu des dispositions de l'article 25 du décret législatif du 5 octobre 1993 relatif à la promotion de l'investissement³⁶, "des investissements réalisés à partir d'apports en capital, au moyen de devises librement convertibles, régulièrement cotées par la Banque Centrale d'Algérie et dont l'importation est dûment constatée par cette dernière, peuvent être mis en oeuvre dans des zones du territoire national, appelées zones franches, où les opérations

³¹ *Idem.*

³² CNUCED, *Examen de la politique de l'investissement : Algérie*, Nations Unies, New York et Genève, 2004, p. 95, disponible sur le site www.unctad.org/ipr/

³³ Michel Fromont, "Le principe de sécurité juridique", *AJDA*, 1996, p. 178.

³⁴ Pascal Shonard, *La protection internationale des investissements étrangers. Quel impact sur les politiques publiques des Etats d'accueil ?*, Mémoire de Master en Administration Publique, ENA, Paris, 2005, p. 64.

³⁵ Bertrand du Marais, "Entre la Jamaïque et le Kiribati. Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale", Rapport public du Conseil d'État 2006 : Sécurité juridique et complexité du droit, *EDCE*, La Documentation Française, n° 57, 2006, p. 381.

³⁶ Décret législatif n° 93-12 du 5 octobre 1993 modifié et complété relatif à la promotion des investissements.

d'importation, d'exportation, de stockage, de transformation ou de réexportation, sont effectuées selon des procédures douanières simplifiées.

Dans ces zones, les transactions commerciales sont réalisées exclusivement en devises cotées par la Banque Centrale d'Algérie".

Quant à l'article 34 du décret législatif précité, il précise que "Les modalités et les conditions de désignation, de délimitation, de concession et de gestion des zones franches sont fixées par des textes ultérieurs". C'est notamment l'objet du décret exécutif du 17 octobre 1994 relatif aux zones franches qui précise les modalités d'application du texte législatif s'agissant notamment des modalités de concession et de gestion de tels espaces³⁷. En outre, un autre décret exécutif a été promulgué érigeant la zone de Bellara, dans la wilaya de Jijel, en zone franche industrielle³⁸.

Le décret législatif de 1993 est cependant abrogé par l'ordonnance du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement³⁹ qui passe sous silence la notion de zone franche, témoignant de l'abandon par le législateur d'une telle catégorie.

Toutefois, la notion réapparaît une nouvelle fois dans un dispositif spécifique : il s'agit de l'ordonnance du 19 juillet 2003 relative aux zones franches⁴⁰. Avant même qu'elle ne reçoive application sur le terrain, l'ordonnance en cause est abrogée en juin 2006⁴¹, ce qui dénote l'absence de vision stratégique des pouvoirs publics et les errements du législateur dans le domaine des investissements.

2 – La question du foncier industriel

Si la législation ayant trait à l'investissement a pu être considérée comme l'une des plus attractives par des observateurs avertis⁴², il reste que la question du foncier industriel a toujours constitué un obstacle dirimant auquel ont toujours été confrontés les investisseurs potentiels. Comme le relève un rapport de la CNUCED, "le foncier est un des plus importants obstacles à la création et au développement d'un secteur privé national et étranger dynamique en Algérie. L'accès au foncier industriel est difficile en raison de la rareté ou de l'indisponibilité de terrains, du coût de ces derniers et de manœuvres spéculatives"⁴³. Face à une telle donnée, les pouvoirs publics ont entrepris la mise en place d'un mécanisme d'accès aux assiettes foncières nécessaires à l'implantation de projets industriels : c'est l'objet de l'ordonnance du 30 août 2006 ayant trait à la concession et à la cession des biens fonciers de

³⁷ Décret exécutif n° 94-320 du 17 octobre 1994 relatif aux zones franches, *JORA* n° 67 du 19 octobre 1994, modifié et complété par décret exécutif n° 95-439 du 23 décembre 1995, *JORA* n° 80 du 24 décembre 1995.

³⁸ Décret exécutif n° 97-106 du 5 avril 1997 portant création de la zone franche de Bellara (wilaya de Jijel), *JORA* n° 20 du 6 avril 1997.

³⁹ Ordonnance n° 2001-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, *JORA* n° 047 du 22 août 2001, modifiée et complétée par ordonnance n° 06-08 du 15 juillet 2006, *JORA* n° 47 du 19 juillet 2006.

⁴⁰ Ordonnance n° 03-02 du 19 juillet 2003 relative aux zones franches, *JORA* n° 43 du 20 juillet 2003.

⁴¹ Loi n° 06-10 du 24 juin 2006 portant abrogation de l'ordonnance n° 03-02 du 19 juillet 2003 relative aux zones franches, *JORA* n° 42 du 25 juin 2006.

⁴² Voir, à titre d'exemple, KPMG, *Guide investir en Algérie 2009*, www.kpmg.dz/ ; également Yann Hirsch, Edouard Guigou, *Doing business en Méditerranée. Synthèse de différents rapports sur les Investissements Directs Etrangers en Méditerranée*, Mars 2005, mercator.ens.fr/sanmarco/Ipemed.IDE.05/

⁴³ CNUCED, *Examen de la politique de l'investissement : Algérie*, Nations Unies, New York et Genève, 2004, disponible sur le site www.unctad.org/ipr/

l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissement⁴⁴. Celle-ci consacre la formule de la concession pour une durée de 20 ans renouvelable, convertible en droit de cession lorsqu'il s'agit de projet à caractère industriel, touristique ou de services, sous réserve de réalisation effective de ces projets d'investissement et de leur mise en service.

Par ailleurs, divers textes d'application de l'ordonnance ont été adoptés en 2007 : ils ont trait aux modalités d'application de l'ordonnance⁴⁵, à la création d'une agence d'intermédiation et de régulation foncière⁴⁶, à l'organisation et au fonctionnement d'un comité d'assistance à la localisation et à la promotion des investissements et la régulation du foncier⁴⁷, enfin aux conditions et modalités de gestion, de concession et de cession des actifs résiduels des entreprises publiques dissoutes ou excédentaires des entreprises en activité⁴⁸.

Tout cet arsenal est remis en cause en 2008 : l'ordonnance de 2006 est en effet abrogée par une ordonnance du 1^{er} septembre 2008⁴⁹. Le nouveau texte prévoit en son article 4 que "les terrains domaniaux destinés à recevoir des projets d'investissement font l'objet de concession pour une durée minimale de trente-trois (33) ans renouvelable et maximale de quatre-vingt-dix-neuf (99) ans". Le législateur opère ainsi un revirement en abandonnant le mécanisme de la cession, ce qui signifie que tous les textes réglementaires pris pour l'application de l'ordonnance de 2006 perdent leur base légale en ce qu'ils traitent des procédures de cession et de concession. C'est ainsi que les pouvoirs publics ont entrepris l'adoption de nouveaux textes réglementaires en application de l'ordonnance du 1^{er} septembre 2008 : il s'agit d'un décret exécutif ayant trait aux modalités et conditions de concession de terrains relevant du domaine privé de l'Etat⁵⁰, d'un décret exécutif relatif aux conditions et modalités de concession des actifs résiduels des entreprises publiques dissoutes ou excédentaires des entreprises en activité⁵¹. On en arrive ainsi à une situation de grande instabilité de nature à décourager tout investisseur.

⁴⁴ 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, *JORA* n° 53 du 30 août 2006.

⁴⁵ Décret exécutif n° 07-121 du 23 avril 2007 portant application des dispositions de 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, *JORA* n° 27 du 25 avril 2007.

⁴⁶ Décret exécutif n° 07-119 du 23 avril 2007 portant création de l'agence nationale d'intermédiation et de régulation foncière et fixant ses statuts, *JORA* n° 27 du 25 avril 2007.

⁴⁷ Décret exécutif n° 07-120 du 23 avril 2007 portant organisation, composition et fonctionnement du comité d'assistance à la localisation et à la promotion des investissements et de la régulation du foncier, *JORA* n° 27 du 25 avril 2007.

⁴⁸ Décret exécutif n° 07-122 du 23 avril 2007 fixant les conditions et modalités de gestion des actifs résiduels des entreprises publiques autonomes et non autonomes dissoutes et des actifs excédentaires des entreprises publiques économiques et des actifs disponibles au niveau des zones industrielles, *JORA* n° 27 du 25 avril 2007.

⁴⁹ Ordonnance n° 08-04 du 1^{er} 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, *JORA* n° 49 du 3 septembre 2008.

⁵⁰ Décret exécutif n° 09-152 du 2 mai 2009 fixant les conditions et modalités de concession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissements, *JORA* n° 27 du 6 mai 2009.

⁵¹ Décret exécutif n° 09-153 du 2 mai 2009 fixant les conditions et modalités de concession et de gestion des actifs résiduels des entreprises publiques autonomes et non autonomes dissoutes et des actifs excédentaires des entreprises publiques économiques, *JORA* n° 27 du 6 mai 2009.

3 - L'exemple du secteur des hydrocarbures

La loi du 28 avril 2005 relative aux hydrocarbures⁵² montre également l'absence de politique des pouvoirs publics en matière d'investissements dans le secteur de l'énergie. En effet, une telle loi a été accueillie avec beaucoup de satisfaction par les milieux d'affaires notamment en ce qu'elle rompt avec la pratique antérieure qui limitait doublement l'intervention des opérateurs étrangers : celle-ci n'était admise qu'en association avec l'entreprise publique SONATRACH, par ailleurs la participation de l'opérateur étranger était limitée à 49%⁵³. L'innovation majeure de la loi de 2005 réside sans doute dans le contenu des dispositions de l'article 6 qui précise que "Toute personne établie en Algérie ou y disposant d'une succursale, ou organisée sous toute autre forme lui permettant d'être sujet fiscal peut exercer une ou plusieurs desdites activités sous réserve du respect des dispositions de la présente loi, du code de commerce, ainsi que de toutes autres dispositions législatives ou réglementaires en vigueur".

Une année après l'entrée en vigueur du texte de loi, les pouvoirs publics opèrent un revirement et reviennent au droit antérieur. L'ordonnance du 29 juillet 2006 modifie en effet la loi de 2005 notamment en son article 32 ainsi libellé : "Les contrats de recherche et d'exploitation et les contrats d'exploitation contiennent obligatoirement une clause de participation de l'entreprise nationale SONATRACH - SPA. Dans les deux cas, le taux de participation de l'entreprise nationale SONATRACH - SPA est fixé à un minimum de 51%, préalablement à chaque appel à concurrence, dans lesdits contrats"⁵⁴.

II – Les entorses au principe de juridicité

En contrepartie des privilèges exorbitants qui lui sont reconnus, l'administration est soumise à des sujétions parmi lesquelles l'obligation de respecter l'ordre juridique dans son ensemble. Elle est tenue d'agir en conformité avec l'ensemble des règles qui le composent. Cela signifie qu'elle est tenue au respect de la Constitution, des conventions internationales, des lois ainsi que de ses propres décisions. Tel est le sens à donner au principe de juridicité. Ce dernier est plus vaste que le principe de légalité qui impose à l'administration le respect des lois.

Dans le domaine des investissements, le principe a subi diverses entorses qui sont autant d'atteintes à l'Etat de droit et constituent des dérives de nature à créer un climat défavorable à l'investissement. Ces atteintes à la hiérarchie des normes dans l'ordonnancement juridique ont pu toucher soit le cadre institutionnel, soit le dispositif matériel de l'investissement.

A - Le cadre institutionnel

L'article 125 de la Constitution de 1996 dispose que "Les matières autres que celles réservées à la loi, relèvent du pouvoir réglementaire du Président de la République. L'application des lois relève du domaine réglementaire du Premier ministre"⁵⁵.

⁵² Loi n° 05-07 du 28 avril 2005 relative aux hydrocarbures, *JORA* n° 50 du 19 juillet 2005.

⁵³ Voir, Nouredine Terki, "La loi algérienne de 1986 et l'encouragement des investissements étrangers dans le domaine des hydrocarbures", *RASJEP* n° 4, 1987, pp. 801-818.

⁵⁴ Ordonnance n° 06-10 du 29 juillet 2006 modifiant et complétant la loi n° 05-07 du 28 avril 2005 relative aux hydrocarbures, *JORA* n° 48 du 30 juillet 2006.

Conformément à de telles dispositions, le gouvernement a adopté deux décrets exécutifs en application de l'ordonnance du 20 août 2001 modifiée et complétée relative au développement de l'investissement⁵⁶. Le premier a trait à l'application des dispositions de l'article 18 de l'ordonnance précitée qui crée auprès du ministre chargé de la promotion des investissements, sous l'autorité et la présidence du Chef du Gouvernement, un Conseil national de l'investissement. Le dernier alinéa du même article dispose que "La composition, le fonctionnement et les attributions du Conseil national de l'investissement sont fixés par voie réglementaire"⁵⁷. Quant au second décret exécutif, il a été adopté en application des dispositions de l'article 6 de l'ordonnance qui institue une Agence nationale de développement de l'investissement et de celles de l'article 21 qui dispose en son dernier alinéa que "L'organisation et le fonctionnement de l'Agence sont fixés par voie réglementaire"⁵⁸.

Durant le mois de mai de l'année 2006 et avant même l'adoption de l'ordonnance du 15 juillet 2006 modifiant et complétant le dispositif relatif au développement de l'investissement, les deux décrets exécutifs précités sont modifiés par deux décrets présidentiels : le premier modifie le décret exécutif relatif au Conseil national de l'investissement⁵⁹, tandis que le second amende le décret exécutif ayant trait à l'Agence nationale de développement de l'investissement⁶⁰.

Ainsi, le Président de la République s'ingère dans un domaine réservé au Chef du gouvernement (actuellement le Premier ministre) : il s'agit du domaine de l'application de la loi. Il ne s'agit pas d'une délégation de compétences, auquel cas le délégant est susceptible de révoquer la délégation. Il s'agit de compétences que le Chef du gouvernement tire de la Constitution. Les dispositions de l'article 125 de la Loi fondamentale sont ainsi manifestement mises entre parenthèses.

Une telle incursion dans le domaine réglementaire du Chef du gouvernement n'est pas un cas isolé, propre à la matière des investissements. D'autres exemples attestent qu'une telle pratique est devenue assez courante. On peut citer, sans être exhaustif, trois (3) textes législatifs dont les modalités d'application ont été fixées par voie de décrets présidentiels : il s'agit de l'ordonnance complétée relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des

⁵⁵ Le poste de Premier ministre succède à celui de Chef du gouvernement en vertu de la loi n° 08-19 du 15 novembre 2008 portant révision constitutionnelle, *JORA* n° 63 du 16 novembre 2008. L'article 85-3 amendé de la Constitution précise que le Premier ministre "signe les décrets exécutifs, après approbation du Président de la République".

⁵⁶ Ordonnance n° 2001-03 du 20 août 2001 modifiée et complétée relative au développement de l'investissement.

⁵⁷ Décret exécutif n° 01-281 du 24 septembre 2001 relatif à la composition, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil national de l'investissement, *JORA* n° 55 du 26 septembre 2001.

⁵⁸ Décret exécutif n° 01-282 du 24 septembre 2001 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Agence nationale de développement de l'investissement, *JORA* n° 55 du 26 septembre 2001.

⁵⁹ Décret présidentiel n° 06-185 du 31 mai 2006 modifiant le décret exécutif n° 01-281 du 24 septembre 2001 relatif à la composition, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil national de l'investissement, *JORA* n° 36 du 31 mai 2006.

⁶⁰ Décret présidentiel n° 06-186 du 31 mai 2006 modifiant le décret exécutif n° 01-282 du 24 septembre 2001 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'agence nationale de développement de l'investissement, *JORA* n° 36 du 31 mai 2006.

entreprises publiques⁶¹, de la loi relative à la prévention et à la lutte contre la corruption⁶², de l'ordonnance portant statut général de la fonction publique⁶³.

Enfin, en octobre 2006, le Chef du gouvernement procède à une refonte des deux décrets exécutifs, modifiés par décrets présidentiels : le premier décret exécutif ayant trait au Conseil national de l'investissement abroge le décret exécutif de 2001 et, subséquemment, le décret présidentiel de 2006⁶⁴, le décret exécutif ayant trait à l'Agence nationale de développement de l'investissement en fait de même en ce qu'il abroge le décret exécutif de 2001 modifié par décret présidentiel du 31 mai 2006⁶⁵.

On en arrive ainsi à un véritable désordre : l'application de la loi relève contre toute attente du pouvoir réglementaire du Président de la République, le Chef du gouvernement abroge des décrets présidentiels. Le principe de juridicité est sérieusement malmené et les normes constitutionnelles ne remplissent plus qu'une fonction décorative⁶⁶.

B – Le cadre matériel

S'agissant du cadre matériel de l'investissement, on a pu y relever des atteintes à la hiérarchie des normes, en ce que les dispositions de la loi sont défigurées au moyen soit de textes réglementaires d'application, soit de simples mesures d'ordre intérieur, comme une transgression du principe de non rétroactivité de la règle de droit.

1 - La légalité douteuse de la réglementation relative aux zones franches

Le décret législatif n° 93-12 du 5 octobre 1993 relatif à la promotion de l'investissement soumet les relations de travail dans les zones franches aux accords librement consentis entre employeurs et salariés, ce qui exclut leur soumission à la législation nationale. C'est ce que

⁶¹ Ordonnance n° 2001-04 du 20 août 2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques, *JORA* n° 47 du 22-08-2001, complétée par ordonnance n° 08-01 du 28 février 2008, *JORA* n° 11 du 2 mars 2008 ; Décret présidentiel n° 06-184 du 31 mai 2006 modifiant le décret exécutif n° 01-253 du 10 septembre 2001 relatif à la composition et au fonctionnement du Conseil des participations de l'Etat, *JORA* n° 36 du 31 mai 2006, décret présidentiel n° 06-187 du 31 mai 2006 modifiant le décret exécutif n° 01-354 du 10 novembre 2001 fixant la composition, les attributions et les modalités d'organisation et de fonctionnement de la commission de contrôle des opérations de privatisation, *JORA* n° 36 du 31 mai 2006.

⁶² Loi n° 06-01 du 20 février 2006 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption, *JORA* n° 14 du 8 mars 2006 ; Décret présidentiel n° 06-413 du 22 novembre 2006 fixant la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement de l'organe national de prévention et de lutte contre la corruption, *JORA* n° 74 du 22 novembre 2006, décret présidentiel n° 06-414 du 22 novembre 2006 fixant le modèle de déclaration de patrimoine, *JORA* n° 74 du 22 novembre 2006, décret présidentiel n° 06-415 du 22 novembre 2006 fixant les modalités de déclaration de patrimoine des agents publics autres que ceux prévus par l'article 6 de la loi relative à la prévention et à la lutte contre la corruption, *JORA* n° 74 du 22 novembre 2006.

⁶³ Ordonnance n° 06-03 du 15 juillet 2006 portant statut général de la fonction publique, *JORA* n° 46 du 16 juillet 2006 ; Décret présidentiel n° 07-304 du 29 septembre 2007 fixant la grille indiciaire des traitements et le régime de rémunération des fonctionnaires, *JORA* n° 61 du 30 septembre 2007, décret présidentiel n° 07-308 du 29 septembre 2007 fixant les modalités de recrutement des agents contractuels, leurs droits et obligations, les éléments constitutifs de leur rémunération, les règles relatives à leur gestion ainsi que le régime disciplinaire qui leur est applicable, *JORA* n° 61 du 30 septembre 2007.

⁶⁴ Décret exécutif n° 06-355 du 9 octobre 2006 relatif aux attributions, à la composition, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil national de l'investissement, *JORA* n° 64 du 11 octobre 2006.

⁶⁵ Décret exécutif n° 06-356 du 9 octobre 2006 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Agence nationale de développement de l'investissement, *JORA* n° 64 du 11 octobre 2006.

⁶⁶ Sur la question de l'ineffectivité des normes, voir Rachid Zouaïmia, "Déréglementation et ineffectivité des normes en droit économique algérien", *Revue Idara*, n° 1, 2001, pp. 125-138.

prévoit l'article 27 du décret législatif précité qui dispose : "Nonobstant toute autre disposition législative contraire, les relations de travail entre les salariés et les entreprises implantées dans une zone franche concernant les conditions de recrutement, de rémunération et de licenciement sont régies par des accords conventionnels librement consentis entre les parties.

La main-d'œuvre nationale reste régie par les dispositions de la législation nationale en matière de sécurité sociale".

Quant au décret exécutif d'application du texte législatif, il prévoit en son article 22, sous le chapitre ayant trait à l'emploi, que "Le contrat de recrutement de la main-d'œuvre non qualifiée à durée indéterminée doit prévoir une indemnisation en cas de licenciement. Cette indemnité ne saurait être inférieure à celle prévue par les dispositions législatives en vigueur"⁶⁷.

On le voit, tandis que le texte législatif exclut l'application du droit interne et renvoie aux accords entre les parties pour fixer les conditions de licenciement, le texte d'application pose des limites aux rapports conventionnels en soumettant le licenciement aux conditions définies par la législation en vigueur et viole ainsi de manière manifeste les dispositions de l'article 27 du décret législatif précité.

2 - L'intrusion des mesures d'ordre intérieur

Il est admis que les mesures d'ordre intérieur, qui prennent la forme de circulaires ou d'instructions, sont des communications par lesquelles un supérieur hiérarchique entend faire connaître à ses subordonnés ses intentions quant à l'exécution du service. Si elles s'imposent aux agents subalternes, les mesures d'ordre intérieur ne peuvent avoir d'effet à l'égard des administrés comme elles ne peuvent modifier les situations juridiques qu'ils tiennent de la loi. Tel n'est pas le cas des quatre (4) instructions du Premier Ministre datées du 20, du 21 et du 22 décembre 2008, adressées aux différents ministères ainsi qu'aux entreprises publiques. Elles concernent respectivement l'investissement étranger, le régime ANDI, le secteur de l'importation et la promotion de la production d'origine algérienne, enfin l'encadrement du commerce extérieur⁶⁸.

S'agissant de l'instruction ayant trait à l'investissement étranger, on y relève une série de mesures qui violent manifestement les dispositions d'un texte à caractère législatif : il s'agit de l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, modifiée et complétée par ordonnance n° 06-08 du 15 juillet 2006.

La première entorse au texte législatif peut être relevée dans les dispositions de l'instruction relatives à la participation nationale au capital social de l'entreprise. Il y est prévu que "tout investissement étranger en Algérie, découlant d'une offre d'un opérateur étranger de réaliser seul cet investissement ou d'une démarche pour la constitution d'un partenariat, doit aboutir à une répartition du capital constitutif dans laquelle l'actionnariat national sera majoritaire". L'instruction précise en outre que "la majorité des actions détenues par le capital national sera répartie entre plusieurs détenteurs", ce qui signifie que "le partenaire étranger sera ainsi le premier des actionnaires en termes de part détenue dans le capital".

⁶⁷ Décret exécutif n° 94-320 du 17 octobre 1994 modifié et complété relatif aux zones franches.

⁶⁸ Voir KPMG, *Investissements étrangers - Nouvelles instructions*, 21 janvier 2009, www.kpmg.dz/

De telles dispositions, qui entravent la liberté d'investissement, violent les dispositions de l'ordonnance relative au développement de l'investissement qui dispose en son article 4 que "les investissements sont réalisés librement sous réserve de la législation et des réglementations relatives aux activités réglementées et au respect de l'environnement. Ils bénéficient de plein droit de la protection et des garanties prévues par les lois et règlements en vigueur". Elles violent également les dispositions de l'article 14 du texte législatif qui prévoient que "les personnes physiques et morales étrangères reçoivent un traitement identique à celui des personnes physiques et morales algériennes, eu égard aux droits et obligations en relation avec l'investissement".

Une telle orientation n'a pas manqué de susciter l'inquiétude des investisseurs. On peut citer l'exemple du géant allemand du verre Weissker GmbH dont le directeur des investissements précise que pour la firme allemande, "garder les 100% des participations est une condition *sine qua non* pour implanter le moindre projet à l'étranger" ajoutant que le groupe est prêt à renoncer aux avantages fiscaux prévus par la législation⁶⁹. D'autres investisseurs auraient annoncé leur retrait du marché algérien des investissements. C'est le cas du groupe immobilier émirati Eemar⁷⁰ ou encore de deux grandes entreprises françaises selon les déclarations du président de la Chambre française de commerce et d'industrie en Algérie⁷¹.

En second lieu, l'instruction précise que cette règle devra être respectée dans tous les secteurs d'activité, y compris le secteur des finances et toutes les branches du secteur de l'énergie. Si l'on prend l'exemple du secteur bancaire, l'ordonnance relative à la monnaie et au crédit dispose en son article 85 que "l'ouverture en Algérie de succursales de banques et établissements financiers étrangers peut être autorisée par le Conseil, sous réserve du principe de réciprocité". Quant à l'article 88, il précise que "les banques et établissements financiers dont le siège social est à l'étranger sont tenus d'affecter à leurs succursales en Algérie une dotation au moins égale au capital minimal exigé, selon le cas, des banques et établissements financiers de droit algérien"⁷². La loi reconnaît ainsi l'existence de sociétés à capitaux exclusivement étrangers. En application du dispositif contenu dans l'instruction précitée, les banques et établissements financiers étrangers ne peuvent créer de succursales comme le leur permet le texte de loi, sauf à associer le capital national à l'érection d'établissements financiers ou de banques commerciales.

S'agissant de l'instruction ayant trait à l'ANDI, elle précise que l'Agence n'est pas tenue au respect du délai d'examen des demandes d'avantages au titre du régime général qui est de 72 heures. Il s'agit d'une autre entorse à l'ordonnance relative au développement de l'investissement qui prévoit de manière expresse en son article 7 que "sous réserve des dispositions particulières applicables aux investissements présentant un intérêt pour l'économie nationale, l'agence dispose, à compter de la date de dépôt de la demande d'avantages, d'un délai maximum de soixante-douze (72) heures pour la délivrance de la décision relative aux avantages prévus au titre de la réalisation".

⁶⁹ Ali Titouche, "Investissement. Le leader allemand Weissker GmbH bientôt en Algérie", *El Watan*, 23 février 2009.

⁷⁰ Information rapportée par *Le Soir d'Algérie*, 16 mars 2009.

⁷¹ Hocine Lamriben, "Les français crient à l'insécurité juridique", *El Watan*, 13 janvier 2009.

⁷² Ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, *JORA* n° 52 du 27 août 2003, modifiée et complétée par ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009, *JORA* n° 44 du 26 juillet 2009.

En outre, l'instruction précise que l'octroi d'avantages au profit des investisseurs nationaux dont le montant des projets initiés est supérieur à 500 millions de DA au titre du régime général relève de la compétence du Conseil national des investissements⁷³. Or de telles attributions sont du ressort de l'ANDI en vertu des dispositions du texte législatif. Il s'agit ainsi d'un excès de pouvoir manifeste.

Enfin, il est précisé que "les décisions d'octroi d'avantages au titre du régime général délivrées après le 25 décembre 2008 et qui ne se conformeraient pas à ces dispositions devraient être considérées comme nulles et sans effet". On en arrive ainsi à déclarer nulles et sans effet des décisions prises dans le cadre de la loi. La pyramide est inversée : les dispositions de la loi doivent subir une torsion de manière à être conformes à ce que prescrit une instruction.

Certes, les nouvelles orientations contenues dans les instructions précitées ont été codifiées dans un texte de loi : la loi de finances complémentaire pour 2009⁷⁴. Il reste qu'une telle entreprise ne peut voiler les entorses manifestes à la loi en ce que la loi de finances complémentaire n'a pas d'effet rétroactif pour couvrir l'illégalité manifeste de fin décembre 2008 à la date d'entrée en vigueur du nouveau texte législatif.

3 – Les atteintes au principe de non rétroactivité

L'article 15 de l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001 modifiée et complétée relative au développement de l'investissement dispose que "Les révisions ou abrogations susceptibles d'intervenir à l'avenir ne s'appliquent pas aux investissements réalisés dans le cadre de la présente ordonnance à moins que l'investisseur ne le demande expressément". Par ailleurs, le Code civil précise en son article 2 que "La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif".

De telles règles consacrent clairement le principe de non rétroactivité de la règle de droit. L'investisseur étranger bénéficie ainsi d'une protection contre toute modification intempestive de la législation et de la réglementation sous l'empire desquelles il a réalisé son investissement. A ce titre, si les modifications de l'ordonnance ayant trait à la participation nationale au capital des entreprises étrangères ne s'appliquent qu'aux investissements futurs, il existe au moins un précédent où le gouvernement a édicté un règlement ayant des effets rétroactifs : il s'agit du décret exécutif ayant trait aux sociétés étrangères opérant dans le secteur des importations⁷⁵.

L'article 2 du décret exécutif en cause dispose que "Les sociétés commerciales de droit algérien dont les associés ou actionnaires sont des étrangers, ne peuvent exercer les activités d'importation de matières premières, produits et marchandises destinés à la revente en l'état, que si 30% au minimum de leur capital social sont détenus par des personnes physiques de nationalité algérienne ou par des personnes morales dont l'ensemble des associés ou actionnaires, sont de nationalité algérienne".

⁷³ Sur ses attributions, voir décret exécutif n° 06-355 du 9 octobre 2006 relatif aux attributions, à la composition, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil national de l'investissement, *JORA* n° 64 du 11 octobre 2006.

⁷⁴ Ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009, *JORA* n° 44 du 26 juillet 2009.

⁷⁵ Décret exécutif n° 09-181 du 12 mai 2009 fixant les conditions d'exercice des activités d'importation des matières premières, produits et marchandises destinés à la revente en l'état par les sociétés commerciales dont les associés ou les actionnaires sont des étrangers, *JORA* n° 30 du 20 mai 2009.

Par ailleurs, si l'article 4 du décret exécutif vise expressément les nouvelles immatriculations, tel n'est pas le cas des articles 5, 6 et 7 dont les dispositions rétroagissent pour concerner les sociétés déjà implantées.

En vertu de l'Article 5, "Les sociétés commerciales visées à l'article 1^{er} ci-dessus, déjà inscrites au registre du commerce, sont tenues de procéder, avant le 31 décembre 2009, à la modification de leur statut et de leur registre du commerce, à l'effet de les mettre en conformité avec les dispositions du présent décret". L'article 6 précise que "la demande de modification du registre du commerce des sociétés citées à l'article 1^{er} ci-dessus, n'est recevable par les services concernés du centre national du registre du commerce, que sur présentation des statuts conformes aux dispositions de l'article 2 ci-dessus", tandis que l'article 7 prévoit que "Passé le délai fixé à l'article 5 ci-dessus, les extraits du registre du commerce détenus par les sociétés commerciales, visées à l'article 1^{er} ci-dessus, et non conformes aux dispositions du présent décret, sont sans effet, pour l'exercice des activités d'importation de matières premières, produits et marchandises destinés à la revente en l'état".

Si la constitution d'une société dont l'activité consiste en l'importation de matières premières, produits et marchandises destinés à la revente en l'état n'est pas considérée comme un investissement au sens de l'ordonnance relative au développement de l'investissement, l'Algérie est toutefois tenue par des conventions bilatérales dont les stipulations donnent une définition extensive de la notion d'investissement. Dans la plupart des accords bilatéraux relatifs à la promotion et à la protection réciproques des investissements ratifiés par l'Algérie, sont généralement considérés comme tels : tout type d'actif investi par l'investisseur de l'une des parties contractantes sur le territoire de l'autre partie contractante conformément à ses lois et règlements et comprend particulièrement, et non exclusivement :

- les biens meubles et immeubles, ainsi que tous les autres droits, tels que les baux, les hypothèques, les droits de rétention, les garanties, les avantages et tous les autres droits réels similaires ;
- les compagnies ou entreprises d'affaires, actions et parts sociales ou autres formes de participation dans une compagnie ou entreprise et les obligations dans une compagnie ou dans une entreprise d'affaires⁷⁶.

Si de tels investissements commerciaux ne sont pas éligibles aux avantages prévus par la législation interne, il n'en demeure pas moins qu'ils doivent bénéficier d'une pleine et entière protection dans le pays d'accueil en application des accords bilatéraux.

⁷⁶ Voir, à titre d'exemple, Décret présidentiel n° 94-01 du 2 janvier 1994 portant ratification de l'accord entre la République algérienne démocratique et populaire et la République française sur l'encouragement et à la protection réciproques des investissements et l'échange de lettres y relatif, signés à Alger le 13 février 1993, *JORA* n° 1 du 2 janvier 1994 ; Décret présidentiel n° 95-88 du 25 mars 1995 portant ratification de l'accord entre la République algérienne démocratique et populaire et le Royaume d'Espagne relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements, signé à Madrid le 23 décembre 1994, *JORA* n° 23 du 26 avril 1995 ; Décret présidentiel n° 06-128 du 3 avril 2006 portant ratification de l'accord entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la Fédération de Russie sur la promotion et la protection réciproque des investissements, signé à Alger le 10 mars 2006, *JORA* n° 21 du 5 avril 2006 ; 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 réciproques des investissements, signé à Tunis le 16 février 2006, *JORA* n° 73 du 19 novembre 2006 ; Décret présidentiel n° 07-378 du 1^{er} décembre 2007 portant ratification de l'accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre la République algérienne démocratique et populaire et le Royaume des Pays-Bas, signé à La Haye le 20 mars 2007, *JORA* n° 78 du 12 décembre 2007.

A titre d'exemple, le traité algéro-allemand prévoit en son article 2/2 : "Aucune des parties contractantes ne doit entraver, moyennant des mesures arbitraires ou discriminatoires, l'administration, l'usage ou la jouissance des investissements des nationaux ou sociétés de l'autre partie contractante sur son territoire"⁷⁷. Les mêmes stipulations sont reproduites dans l'accord entre l'Algérie et la Suisse⁷⁸.

Quant à l'accord algéro-danois, il précise en son article 4 que "La propriété des investissements des investisseurs de chaque partie contractante, sur le territoire de l'autre partie contractante, ne peut faire l'objet d'expropriation ou de nationalisation ou de mesure dont l'effet est similaire à celui d'une nationalisation ou d'une expropriation (ci-après dénommées "expropriation") sauf pour des raisons d'utilité publique et sur une base non discriminatoire et suivant la procédure légale requise et contre une indemnisation rapide, adéquate et effective"⁷⁹.

On comprend que de telles stipulations, qui traitent des mesures dont l'effet est similaire à celui d'une nationalisation ou d'une expropriation, visent ce que l'on dénomme les expropriations rampantes. De telles mesures obéissent à des conditions rigides dont le caractère non discriminatoire. Or les dispositions du décret exécutif précité peuvent être classées dans la catégorie des expropriations déguisées. Il ne s'agit pas de mesures de transfert forcé de propriété au profit de l'Etat d'accueil, mais d'actes ayant des effets équivalents en ce qu'elles interfèrent avec les droits de propriété du fait de leur caractère rétroactif et ce, de manière discriminatoire⁸⁰.

De telles dispositions n'ont pas manqué de susciter l'inquiétude des opérateurs concernés et ont même été à l'origine de la mobilisation des chancelleries occidentales.

A la suite de l'adoption de la loi de finances complémentaire pour 2009, on a assisté à un revirement des pouvoirs publics qui ont proclamé à travers divers canaux que la participation du capital national n'est obligatoire que pour les nouvelles immatriculations. Ainsi, une Note commune du ministère du commerce et du ministère des finances du 12 août 2009 précise que cette mesure ne s'applique "qu'aux sociétés commerciales effectuant des activités d'importation de biens destinés à la revente en l'état et qui sont créées à compter de la date d'entrée en vigueur la loi de finances complémentaire, soit le 28 juillet 2009"⁸¹. Ce n'est que

⁷⁷ Décret présidentiel n° 2000-280 du 7 octobre 2000 portant ratification du traité et du protocole additif entre la République algérienne démocratique et populaire et la République fédérale d'Allemagne relatifs à l'encouragement et à la protection réciproques des investissements signés à Alger le 11 mars 1996, *JORA* n° 58 du 8 octobre 2000.

⁷⁸ Décret présidentiel n° 05-235 du 23 juin 2005 portant ratification de l'accord entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Conseil fédéral suisse concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, signé à Berne le 30 novembre 2004, *JORA* n° 45 du 29 juin 2005.

⁷⁹ Décret présidentiel n° 03-525 du 30 décembre 2003 portant ratification de l'accord entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement du Royaume du Danemark relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements, signé à Alger, le 25 janvier 1999 et l'échange de lettres signées les 12 juin 2002 et 28 octobre 2002, *JORA* n° 2 du 7 janvier 2004.

⁸⁰ On a pu classer dans une telle catégorie, notamment, les mesures ayant pour objet ou effet une imposition prohibitive des bénéfices, la vente forcée de la majorité des intérêts à des nationaux, l'affaiblissement des droits de gestion consécutifs au capital détenu, etc. Voir, Valérie Vesque-Jeancard, Hélène Desbois, Anne-Marie Alca, "Le contentieux de l'investissement international", [www.finances.gouv.fr/notes bleues/](http://www.finances.gouv.fr/notes_bleues/)

⁸¹ Note commune du ministère du commerce et du ministère des finances du 12 août 2009, citée in KPMG, *Guide investir en Algérie 2009. Mise à jour à la loi de finances complémentaire pour 2009*, www.kpmg.dz/

postérieurement à la parution de cette Note que le gouvernement a édicté un décret exécutif modifiant et complétant celui du 12 mai 2009⁸² en abrogeant les dispositions rétroactives des articles 5, 6 et 7 et ce, avant même leur entrée en vigueur. D'où la grande confusion et l'impact négatif de telles pratiques sur la crédibilité des pouvoirs publics.

Conclusion

Le nouvel environnement, tel qu'il s'esquisse avec la mondialisation de l'économie et des échanges, met en relief de nouvelles exigences des investisseurs telles "la transparence des conditions d'investissement, un système fiscal raisonnable, l'absence de volatilité de la législation (...), un minimum de réglementations standardisées, raisonnables, facilement identifiables et appliquées clairement (...), des éléments de bonne gouvernance (une administration efficace ..., un système judiciaire qui fonctionne)"⁸³. Sur le marché de l'investissement, la sécurité juridique constitue ainsi une exigence majeure. Les investisseurs aspirent en effet à évoluer dans un environnement juridique stable et prévisible comme ils sont attachés au respect scrupuleux des règles juridiques qui gouvernent le domaine des investissements.

Dans le cas algérien, l'absence de visibilité au double point de vue politique et juridique a pu être mise en lumière non seulement par des experts et analystes mais également par le directeur général de l'ANDI. Au cours d'une table ronde autour de l'investissement en Algérie, il n'a pas manqué de signaler les blocages exercés sur l'investissement "en dénonçant le manque de lisibilité de la politique nationale en matière d'investissement"⁸⁴.

Au manque de lisibilité de la politique gouvernementale s'ajoute une érosion du principe de juridicité qui éloigne de plus en plus le pays de l'Etat de droit.

Un tel constat comporte des risques majeurs pour le devenir du pays :

- D'abord un risque d'assèchement de l'investissement en ce que l'intervention des pouvoirs publics crée un climat d'insécurité juridique, néfaste à l'investissement. Comme le souligne un auteur, "le moindre changement dans la politique du gouvernement (...) peut réellement décourager l'investisseur"⁸⁵ ou comme l'exprime le directeur d'un cabinet de conseil spécialisé dans la promotion de la destination Algérie aux investissements directs étrangers, "Aucun étranger ne viendra investir dans un pays qui change chaque jour les règles du jeu. Il y a des lois qui sont annulées par des instructions. Le flou est total"⁸⁶. C'est ainsi que le Directeur général de l'ANDI a pu noter que pour l'année 2009, seuls 4 projets d'investissements ont été recensés contre 102 projets en 2008⁸⁷.

⁸² Décret exécutif n° 09-296 du 2 septembre 2009 modifiant le décret exécutif n° 09-181 du 12 mai 2009 fixant les conditions d'exercice des activités d'importation des matières premières, produits et marchandises destinés à la revente en l'état par les sociétés commerciales dont les associés ou les actionnaires sont des étrangers, JORA n° 51 du 6 septembre 2009.

⁸³ Thomas W. Wälde, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Coll. Cours et Travaux, Ed. A. Pédone, Paris, 2004, p. 20.

⁸⁴ Hamza Benhalima, "L'espionnage économique freine l'investissement en Algérie", www.lemaghreb.dz.com/

⁸⁵ Thomas W. Wälde, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements* ..., op. cit., p. 45.

⁸⁶ Ali Idir, "Algérie : les milieux d'affaires évoquent le spectre d'une année blanche pour l'investissement étranger en 2009", 02/02/2009, businessenalgerie.unblog.fr/

⁸⁷ www.econostrum.info/ 5 février 2010.

- Par ailleurs, les règles mises en œuvre par le gouvernement constituent à n'en pas douter de nouvelles barrières à l'entrée des investissements étrangers et sont ainsi de nature à entacher la réputation du pays et partant, majorer son taux de risque politique. De telles pratiques sont préjudiciables aux intérêts de l'Algérie en ce qu'elles comportent un grand risque non seulement pour les investisseurs potentiels mais également pour leurs assureurs. En effet, le pays n'est pas ainsi à l'abri des conséquences en chaîne de telles pratiques notamment en matière de renchérissement du coût de l'argent, de sécurité juridique ou encore de perte de confiance vis-à-vis des autorités publiques. "Une mauvaise réputation va mener à des retraits ou à des gels des programmes d'investissements (...), la fixation de primes de risque politique élevées par les agences de garantie des crédits à l'exportation"⁸⁸. Les agences de notation ne manqueront certainement pas de sanctionner de telles pratiques à travers la réévaluation du risque-pays attaché à l'Algérie.

⁸⁸ Thomas W. Wälde, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, op. cit. p. 19.