

*Constitutionnalisation de la liberté d'investir comme prélude à
l'abrogation de la règle 51/49*

*Constitutionalization of the freedom to invest as a prelude to the repeal
of rule 51/49*

دسترة حرية الاستثمار تمهيد لإلغاء القاعدة 51/49

Farida HOCINE

حسين فريدة

أستاذة محاضرة أ

Lecturer Class A

Maître de conférences .A, Université Mouloud MAMMERRI, Tizi ousou
Faculté de droit et sciences politiques. ALGERIE.

faridahocine57@gmail.com

تاريخ النشر: 2020/12/27

تاريخ القبول: 2020/12/05

تاريخ إرسال المقال: 2020/11/16

ملخص:

أظهرت الظروف الاقتصادية الحالية التي تعيشها الجزائر حتمية جلب رؤوس الأموال الأجنبية للدفع بعجلة التنمية الاقتصادية المتعثرة إثر انخفاض إيرادات البترول من جهة و شل عجلة الاقتصاد بسبب جائحة كورونا من جهة أخرى، ورغم الجهود المبذولة لإعطاء الأولوية للاستثمارات الأجنبية من خلال إصدار ترسانة قانونية ضخمة لتنظيم الاستثمار، إلا أنها باءت بالفشل لأسباب عدة منها انعدام مناخ أعمال محفز، فهل دسترة حق الاستثمار كمبدأ دستوري قد يغير من الأمر شيئاً؟ وهل يعتبر ذلك بداية نهاية القاعدة 51/49 التي تعد من أهم معوقات الاستثمار الأجنبي؟ وهل انتقال حق الاستثمار من التكريس التشريعي إلى التكريس الدستوري يمكن أن يساهم في تحسين بيئة الأعمال في الجزائر؟

الكلمات المفتاحية: المبدأ الدستوري، حرية الاستثمار، مناخ الأعمال، الاستثمار الأجنبي، معوقات الاستثمار.

Abstract:

Multidimensional reasons are behind the economic crisis in Algeria in the area of investments. Indeed, the fall in the price of oil has lastingly affected financial balances of our country hence the obligation to attract foreign capital.

The attractiveness of Foreign Direct Investments (FDI) requires a favorable business climate and the constitutional revision of 2016 establishing the right to invest as a constitutional norm.

The question arises: can this be enough to revive foreign investment by preparing the ground for the repeal of rule 51/49, or is it just another piece of legislation without real effectiveness in improving the climate of business to attract foreign investment.

Keywords:

Economic crisis, Constitutional standard, foreign investments, Business climate.

Introduction

Des raisons diverses sont à l'origine de la crise économique que vit l'Algérie et par ricochet, le domaine des investissements. Le constat d'échec des politiques économiques menées depuis deux décennies n'est plus à faire ; la crise actuelle en est la preuve. La réussite de celle menée depuis 2016 n'est toujours pas au rendez vous malgré les réformes tout à azimuts entreprises par les pouvoirs publics pour redresser la barre d'une économie à l'agonie.

En effet, la chute du cours du pétrole a durablement affecté les équilibres financiers de notre pays qui se voit contraint de donner encore plus de garanties aux investisseurs étrangers pour les encourager à investir en Algérie, et mettre en place une politique socio- économique hors la rente pétrolière¹.

L'Etat rentier rend son dernier souffle car l'économie mondiale, qui peut tirer les prix du pétrole à la hausse, est pour le moment en crise. L'Algérie en dépend énormément, parce qu'elle n'a pas su développer un système de création de richesse en dehors de la rente.

L'attractivité des Investissements Directs Etrangers (IDE) nécessite un climat des affaires favorable qui ne doit, entre autres, souffrir d'aucune lourdeur bureaucratique ou de changement intempestif touchant aux politiques publiques². D'où la révision constitutionnelle de 2016 instaurant le droit d'investir comme norme constitutionnelle et le prélude à la levée de toute restriction à l'investissement, qu'il soit national ou étranger, à l'instar du projet de la nouvelle constitution du premier novembre 2020, et de ce fait la règle 51/49, longtemps considérée comme un obstacle aux IDE, sera remise en cause. À ce titre, on peut se poser la question suivante : quel impact a eu cette révision et même celle de la nouvelle constitution 2020, qui en voie d'adoption, sur le sort de la dite règle? Et est ce que son abrogation contribuerait et à améliorer l'environnement des affaires en ALGERIE ? Pour y répondre, nous devons d'abord étudier le sens à donner au fait d'élever la liberté d'investir au rang de norme constitutionnelle(I), puis ses répercussions sur le reste de l'arsenal juridique interne mais aussi sur l'environnement des affaires(II).

La méthode analytique adoptée nous permet d'étudier, à travers la constitutionnalisation de la liberté d'investir, l'attitude à adopter pour attirer l'investissement nécessaire au développement, sous toutes ses formes, car ils contribuent directement à la croissance économique et à une plus grande stabilité du pays.

A ce titre, une étude comparative, entre les textes portant révision constitutionnelle de 2016 et les textes du projet de la nouvelle constitution 2020, s'impose, surtout après la proclamation, par le conseil constitutionnel, des résultats du referendum qui s'est déroulé le 1^{er} novembre 2020³.

I. Intérêt à ériger la liberté d'investir comme norme constitutionnelle.

Analyser les dispositions de l'article 43 de la loi n° 16-01⁴ et l'article 61 du projet de révision de la nouvelle constitution de 2020, instaurant la liberté d'investir comme norme constitutionnelle, exige la compréhension de la portée de la norme en droit constitutionnel, surtout qu'elle a été reconduite dans le projet de révision de la constitution⁵ (I.1), afin d'évaluer la consécration dans la constitution Algérienne (I.2).

I.1. Portée de la norme

Par définition, une constitution est la loi fondamentale d'un Etat qui définit les droits et les libertés des citoyens, ainsi que l'organisation et les séparations du pouvoir politique (législatif, exécutif, judiciaire). Elle est le fondement de l'Etat en tant que norme suprême et source de légitimité. La suprématie constitutionnelle est reconnue dès lors que l'on admet que la Constitution, parce qu'elle est le pacte fondamental, possède une valeur supérieure aux lois ordinaires. D'où le principe de hiérarchie des normes qui est au cœur de l'Etat de droit, c'est-à-dire, d'un Etat dans lequel chacun est soumis au droit⁶.

Jean Jacques ROUSSEAU⁷ résume, dans son livre, l'essence même de la notion de constitution : « Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout ».

CORNU⁸ l'a défini comme : « l'ensemble des règles suprêmes fondant l'autorité étatique, organisant ses institutions, lui donnant ses pouvoirs, et souvent aussi lui imposant des limitations, en particulier en garantissant des libertés aux sujets ou citoyens ».

De nos jours, la constitution est écrite, plus formelle et précise. Elle contient un ensemble de normes juridiques d'autorité suprême qui reproduisent des structures profondes de la société « révélant de la sorte la nature humaine⁹ ».

Et on entend par hiérarchie des normes un classement hiérarchisé de l'ensemble des normes qui composent le système juridique d'un Etat de droit pour en garantir la cohérence et la rigueur. Elle est fondée sur le principe qu'une norme doit respecter celle du niveau supérieur et la mettre en œuvre en la détaillant. Dans un conflit de normes, elle permet de faire prévaloir la norme de niveau supérieur sur la norme qui lui est subordonnée. Cet ordre juridique fut affirmé par un philosophe allemand nommé Hans Kelsen, dans un ouvrage intitulé « Théorie pure du droit »¹⁰.

De la sorte, l'ordre juridique ne consiste pas en un ensemble de normes, même coordonnées entre elles, qui se situeraient toutes sur le même plan, mais en un ensemble de normes entretenant entre elles un rapport de création/application ; une norme est créée selon une procédure, elle-même déterminée par une autre norme, de

sorte que la première norme sert de fondement de validité à une seconde norme. Si la validité de la seconde norme est fondée sur la validité de la première, on peut conclure que ces deux normes entretiennent entre elles un rapport hiérarchique.

En d'autres termes, les normes qui règlent la création d'autres normes sont dites supérieures à celles-ci, lesquelles, à leur tour sont dites inférieures à celles-là¹¹.

En effet, la constitution se compose des règles fondamentales qui garantissent la pérennité du système politique et où sont exprimés les vœux de ces créateurs (les constituants). Bien souvent les premiers articles de la constitution s'attachent à proclamer la liberté des citoyens, leur souveraineté, l'égalité dans l'accès aux différents services que peut proposer l'Etat (droit à la justice, droit à la santé ..).

Les règles énoncées dans la constitution n'ont pas pour simple but d'assurer la bonne gouvernance mais elles fixent, dorénavant et de façon claire, les limites imposées par le peuple à l'exercice du pouvoir par le gouvernant. Pour limiter son pouvoir, on assistera, premièrement, à la consécration du principe de la séparation des pouvoirs et, plus tard, à l'institutionnalisation de la protection des droits et libertés¹².

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, a priori ou a posteriori, le conseil constitutionnel veille au respect des droits et libertés garantis par la constitution. En particulier, il vérifie si les limitations à ces droits et libertés sont justifiées et proportionnées au regard de l'objectif poursuivi.

L'instauration d'une cour constitutionnelle à la place d'un conseil constitutionnel par la nouvelle constitution de 2020 est une nouveauté puisqu'elle a plus de prérogatives que le conseil. En effet, indépendamment du fait qu'elle soit garante du respect de la constitution, la cour régule le fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics (Article 184/2) et elle se prononce par une décision sur la constitutionnalité des traités, des lois et des règlements.

Son pouvoir ainsi élargie, la cour constitutionnelle, par une décision, peut empêcher la ratification d'un accord ou traité international contraire à la constitution. Comme elle peut interdire la promulgation de lois inconstitutionnelles (Article 198/2), ou lorsqu'une disposition d'une ordonnance ou d'un règlement est jugée inconstitutionnelle, celle-ci perd tout effet, à compter du jour de la décision de la Cour (Article 198/3).

Enfin, les décisions de la Cour constitutionnelle sont définitives. Elles s'imposent à l'ensemble des pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles (Article 198/5).

La cour constitutionnelle, ayant ces pouvoirs, est supposée être une véritable juridiction qui forme un pouvoir indépendant, dont le rôle consiste à garantir le respect de la constitution dans tous les domaines et, qui se situe hors de l'appareil juridictionnel ordinaire, conformément à la volonté du pouvoir constituant. En effet, les dispositions régissant cette cour sont insérées sous le titre IV intitulé : Des institutions de contrôle alors que le titre III rassemble l'ensemble des pouvoirs : du président (Chapitre premier), du gouvernement (Chapitre 2), du parlement (Chapitre 3), et enfin, de la justice (Chapitre 4).

I.2. Consécration de la liberté d'investir dans la constitution Algérienne.

Dans son préambule, la constitution de 1996 énonce : « La Constitution est au-dessus de tous. Elle est la loi fondamentale qui garantit les droits et libertés individuels et collectifs, protège la règle du libre choix du peuple, confère la légitimité à l'exercice des pouvoirs, et consacre l'alternance démocratique par la voie d'élections libres et régulières ». A l'instar de la nouvelle constitution qui dispose qu'elle « est au-dessus de tous, elle est la loi fondamentale qui garantit les droits et les libertés individuels et collectifs ».

Ainsi, la révision constitutionnelle de 2016 donne le ton pour la mise en place de droits économiques et sociaux que pourra exercer le citoyen, et insérer ces derniers dans le préambule d'une Constitution est d'une importance capitale en sachant car ils expriment la philosophie politique de l'Etat, et proclament des valeurs dont doivent dériver les droits et libertés consacrés dans le texte de la Constitution.

Les premiers droits reconnus par la constitution sont les "droits et libertés" tels que la liberté d'expression, d'opinion, de réunion, d'association...

Ils peuvent être individuels ou collectifs et offrent aux individus une certaine autonomie et la possibilité d'agir sans soumission. Elle reconnaît également les droits économiques et sociaux que l'Etat doit assurer tels que le droit à la santé, à l'instruction, le droit au travail...etc.

Dans ce sillage, le projet de révision constitutionnelle de 2020 donne une place prépondérante aux droits et libertés publiques puisqu'ils constituent un des six axes autour desquels s'articule le projet.

Un axe à travers lequel transparait la volonté de consacrer ces droits et libertés par l'introduction d'une vingtaine de nouvelles dispositions (chapitre premier du titre II), ainsi, ces s'imposent à l'ensemble des pouvoirs et institutions publics et toute restriction aux droits, aux libertés et aux garanties ne peut intervenir que par loi et pour des motifs liés au maintien de l'ordre public, de la sécurité, et de la protection des constantes nationales, ainsi que ceux nécessaires à la sauvegarde d'autres droits et libertés protégés par la Constitution (Article 34).

En ce sens, la révision constitutionnelle de 2020 dispose que l'Etat, à travers ses institutions, veille au respect du principe d'égalité en droits et en devoirs de tous les citoyens et citoyennes, en supprimant les obstacles qui entravent l'épanouissement de la personne humaine et empêchent la participation effective de tous à la vie politique, économique, sociale et culturelle (Article 35/2).

Ces droits fondamentaux sont l'œuvre d'un pouvoir constituant qui est le peuple, qui s'exprime par referendum. Dans ce cas, aucune atteinte ne peut leur être portée sans que cela soit considéré comme anticonstitutionnel, tel que stipulé dans l'article 8/1 : « Le pouvoir constituant appartient au peuple. Le peuple exerce sa souveraineté par l'intermédiaire des institutions qu'il se donne ».

Le principe de séparation des pouvoirs est garanti (l'article 16 dispose que L'Etat est fondé sur les principes de la représentation démocratique, de la séparation des pouvoirs, de la garantie des droits et libertés et de justice sociale). L'assemblée élue constitue le cadre dans lequel s'exprime la volonté du peuple et s'exerce le contrôle de l'action des pouvoirs publics.

Dans l'article 38, la révision constitutionnelle de 2016, consacre clairement le principe du respect des droits et libertés du citoyen : « Les libertés fondamentales et les droits de l'homme et du citoyen sont garantis. Ils constituent le patrimoine commun de tous les algériens et algériennes, qu'ils ont le devoir de transmettre de génération en génération pour le conserver dans son intégrité et son inviolabilité ».

Enfin, la liberté d'investir est reconnue tel que stipulé dans l'article 43/1 : « La liberté d'investissement et de commerce est reconnue. Elle s'exerce dans le cadre de la loi », et comme aucune liberté n'est absolue, l'Etat se donne la prérogative dont limiter l'exercice dans l'intérêt général.

Bien plus, l'Etat est dans l'obligation d'assurer un environnement propice à l'investissement (Article 43/2 : « L'Etat œuvre à améliorer le climat des affaires »). Faute de quoi, le conseil constitutionnel¹³ veillera au respect des droits des investisseurs lésés (Article 182 : « Le Conseil constitutionnel est une institution indépendante chargée de veiller au respect de la Constitution »).

L'article 61 du projet de révision de la constitution de 2020 garantit, également, la liberté du commerce, de l'investissement et d'entreprendre. Une liberté sur laquelle veille la cour constitutionnelle.

Le contrôle de constitutionnalité des lois permet de vérifier la conformité de ces dernières aux normes constitutionnelles car il faut savoir que le contrôle de conformité des lois à la constitution a pour objet de faire respecter la hiérarchie des normes dont l'ordonnancement fonde le principe de légalité démocratique. Dans ce sens, la loi n'est pleinement légitime que si elle respecte les principes supérieurs posés par la constitution et si elle a été adoptée selon une procédure régulière.

Pour rappel, toutes les constitutions qui ont précédé celle du 1^{er} novembre 2020 ont, certes, énoncé des droits et libertés fondamentaux, entre autres, économiques et sociaux, mais restreints et limités dans la mesure où l'Etat était le principal opérateur économique et détenant un monopole quasi complet sur des secteurs d'envergure tels que l'exploitation minière, transport, banques...etc.

II. Les exigences préalables au respect de la liberté d'investir

Pour mettre en application la liberté d'investir, il faut garantir un bon climat des affaires (II.1) et lever tout obstacle pouvant restreindre cette liberté à savoir abroger la règle 51/49 (II.2).

II.1. Garantir un climat propice aux affaires

Consciente de l'échec des politiques antérieures¹⁴, l'ALGERIE s'est attelée à renforcer son arsenal juridique. A commencer par la révision constitutionnelle, loi

fondamentale, et par deux fois. Donnant ainsi un signe significatif à ses partenaires étrangers et montrer sa volonté réelle de créer un véritable climat des affaires rendant toute disposition de loi contraire caduque.

Le climat des affaires est défini, en termes opérationnels, comme l'environnement politique, économique, institutionnel et réglementaire dans lequel s'exercent les affaires dans un pays donné à ce titre, il couvre un large éventail de matières :

- La réglementation et sa stabilité (fiscalité, douanes, droit du travail, ..) ;
- Le système judiciaire (neutralité, célérité et spécialisation) ;
- Les procédures administratives (bureaucratie, lenteur des procédures et leur complexité) ;
- Les infrastructures de base (transport, électricité, eau, télécommunication) ;
- L'accès au financement (système bancaire) ;
- La corruption ; Cet élément pourrait expliquer le faible taux d'IDE en ALGERIE. Un arsenal juridique anti-corruption obligeant la transparence a d'ailleurs été mis en place dans le but éventuel d'attirer les investisseurs étrangers.
- L'accès aux marchés publics ; il consiste en la transparence exigée dans les procédures de passation de ces contrats par la mise en place de mesures de publicité et de concurrence en application de Ainsi, à travers les dispositions de la nouvelle version, il est stipulé à l'article 05 du décret présidentiel n° 15-247 que pour assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des fonds publics, les marchés doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures¹⁵.
- L'accès au foncier industriel; En 2008, une ordonnance a été promulguée et avait pour objet de fixer les conditions et modalités de concession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat destinés la réalisation de projets d'investissement¹⁶.
- La sécurité ;
- La bonne gouvernance (stabilité politique, respect des droits de l'homme, démocratie).

Sur l'ensemble de ces matières, le climat des affaires reste défavorable à l'investissement, ce que la banque mondiale confirme dans ses rapports d'évaluation de la situation économique Algérienne.

Car, en dépit des efforts fournis, le rapport de la banque mondiale¹⁷ préconise un ralentissement du secteur hors hydrocarbures à cause de l'incertitude politique actuelle et une perturbation de l'économie, en raison de la détention des dirigeants d'entreprises de divers secteurs arrêtés dans le cadre d'enquêtes sur des affaires de corruption, et le changement, soudain, dans la direction et la supervision de ces entreprises. Ainsi que de l'incertitude planant sur les investissements.

Dans ce même rapport, il est noté que «l'économie Algérienne demeure largement tributaire des hydrocarbures et des prix mondiaux du pétrole et du gaz. Comme le cours des événements politiques devrait avoir une incidence sur l'activité économique, on s'attend également à ce que davantage de ressources soient affectées

aux mesures sociales, au détriment des dépenses d'investissement public. L'activité et les investissements du secteur privé subiront les effets des perturbations politiques et d'un climat des affaires défavorable, ainsi que des perturbations causées par les retards de paiement des travailleurs dans plusieurs branches d'activité industrielles ».

Un rapport, on ne peut plus clair, sur le climat des affaires dans notre pays, suivi d'un second de la même banque, à savoir le rapport « Doing business » pour 2020.

Par « Doing business », on entend « faire des affaires » en anglais. C'est aussi le nom donné à un service du groupe de la Banque Mondiale qui évalue les réglementations et pratiques des affaires des différents pays pour connaître ceux qui offrent le plus de facilités aux opérateurs économiques. Un rapport mensuel est publié chaque année qui classe les pays selon les facilités offertes. Ce rapport est généralement consulté par les investisseurs avant d'aller s'installer dans un pays donné.

Pour établir son rapport, la Banque mondiale se base sur une dizaine de critères ; qui vont du «démarrage d'une entreprise» à «l'exécution des contrats», en passant par «la délivrance de permis de construire », et «le raccordement au réseau électrique» ou encore «l'obtention de crédit» et «le paiement des impôts»¹⁸.

La position de l'ALGERIE est lamentable puisqu'elle se classe à la 181^{ème} place sur 190 pays étudiés sur le critère de «l'obtention de prêts», classée 121^{ème} pour l'obtention du permis de construire, 165^{ème} dans le transfert de propriété, 102^{ème} dans le raccordement à l'électricité et 179^{ème} pour le critère «protection des investisseurs minoritaires».

Quant au sujet de la corruption, la lutte contre ce fléau généralisé n'est pas une question de lois ou de commissions, dès lors que l'Algérie a adopté les meilleurs textes du monde. Ce sont les pratiques sociales, au quotidien, et l'impunité des corrompus et des corrupteurs qui ont rendues le monde des affaires malsain, et aucune action de lutte contre ce fléau ne servira tant que les mécanismes de lutte mis en place ne soient indépendants de la sphère dirigeantes et composés de personnes sûres et incorruptibles.

L'ONG de lutte contre la corruption Transparency International (TI) a rendu public, le 29 janvier 2019, son indice de perception de la corruption dans le secteur public (IPC) pour l'année 2019, où l'Algérie connaît un niveau de corruption élevé de 2003 à 2018¹⁹.

Malgré cela, on doit noter que l'année 2019 a été l'année de lutte contre ce phénomène, eu égard au nombre de procès intentés contre toutes les personnes impliquées dans des affaires de corruption et de blanchiment d'argent. De même, pour cette année, en application de la politique de lutte contre ce crime prévu dans le programme du président de la république. Espérant, dans ce sens, que la constitutionnalisation de cette lutte ne soit pas vaine.²⁰

Concernant le développement des infrastructures de base, il n'a jamais été une priorité durant toute la période allant de 1970 à 2000 ; Les montants qui leurs ont été

alloués restaient inférieurs à 25% du budget d'équipement. Quant aux infrastructures économiques qui sont les plus importantes pour la croissance économique, leur montant n'a atteint en moyenne que 5% des dépenses de l'Etat sur la même période²¹.

Un important effort financier de plus de 3.000 milliards de DA, (environ 40 milliards de dollars), a été consacré à la modernisation des infrastructures et des réseaux de transport à travers différents programmes de développement suite à la manne financière des années deux mille mais sur le plan qualité. Le travail a été médiocre et des scandales à répétition ne cessent de faire jour et de hauts responsables politiques se retrouvent actuellement en prison pour dilapidation de biens publics.

De plus, l'ouverture économique a permis l'accessibilité de l'investissement à certains secteurs qui jadis, étaient sous le monopole de l'Etat, notamment le secteur des hydrocarbures qui était accaparé par des entreprises américaines, françaises et britanniques.

L'ouverture du domaine des communications, avec la vente de la deuxième licence de téléphonie mobile à la société égyptienne Orascom²² et la privatisation du complexe d'EL HADJAR le 18 octobre 2001, pour le compte du groupe indien Ispat anciennement appelé Arcelor_Mittal. Puis en 2016, le Holding public algérien IMETAL rachète les parts de ce dernier suite à la résiliation de l'accord avec ArcelorMittal qui est intervenu à la suite du recul des niveaux de production annuelle du complexe²³. Même sort pour ORASCOM qui s'est retrouvée contrainte de céder ses part à Djezzy ce qui a provoqué l'ire du gouvernement Algérien.²⁴

II.2. Eliminer les restrictions à la liberté d'investir.

Après la crise pétrolière de la fin des années 80, les pouvoirs publics, conscients que l'Etat n'est plus à même de jouer son rôle d'opérateur économique exclusif et unique, ont entamé des réformes en profondeur afin de mettre en place une économie capitaliste après plus d'une trentaine d'années de dirigisme. Cette économie est appelée économie du marché pour ne pas heurter la sensibilité de ceux qui croient toujours au socialisme et qui sont restés au pouvoir. Telle est, d'ailleurs, la première erreur commise, car pour qu'une stratégie nouvelle aboutisse, il faut qu'elle soit menée par des personnes qui y croient.

Raison pour laquelle, cette mutation ne s'est pas déroulée sans heurts et les objectifs tracés jamais atteints. D'où les initiatives, parfois malheureuses, répétées pour attirer l'investissement étranger, seul capable de relancer le moteur de la croissance²⁵.

Des initiatives qui ont montré leurs limites puisque la croissance demeure insuffisante pour atténuer les problèmes de chômage et de pauvreté et surtout,

diminuer notre dépendance à la rente pétrolière qui reste, encore et toujours, notre véritable source de devise²⁶.

Sur ce, et afin d'améliorer les conditions de transition à une meilleure économie de marché, il fallait créer une meilleure attractivité pour l'investisseur étranger qui considère que le climat des affaires en Algérie n'est toujours pas sécurisant pour plusieurs raisons, entre autres, l'exigence d'un partenariat obligatoire qui impose la règle 51/49 faisant ainsi obstacle à sa liberté d'investir comme il le souhaite²⁷.

L'origine de cette règle remonte à 2009, lorsque le gouvernement de l'époque a jugé, à tort, opportun de permettre aux étrangers de participer à hauteur de 49% uniquement dans le capital d'une société de droit Algérien, l'investissement étant couvert à 100% par des capitaux algériens puisque ce sont les banques algériennes qui doivent financer tous les projets²⁸.

L'article 58 de la loi de finances complémentaire de 2009²⁹ dispose, en effet, 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. Ainsi instaurée, la règle dite 51/49 % fixe le seuil de la part de participation d'un investisseur étranger dans une société de droit algérien à 49% du capital social, contre un taux de 51% pour l'investisseur local³⁰.

Très critiquée, cette règle oblige l'investisseur étranger à trouver son partenaire localement, ou à accepter le partenaire qui lui est imposé. D'autant plus qu'il doit investir par le biais d'une société régie par le droit interne qu'il ne maîtrise pas, mission difficile pour un investisseur étranger, surtout dans le cas où ces règles sont dispersées dans plusieurs textes. Quant à l'exigence que la société d'investissement soit dirigée par un national, elle décourage l'investisseur étranger, surtout si celui-ci ne connaît pas son partenaire, ce qui est le cas dans la majorité des partenariats déjà conclus.

L'inscription de la règle 49/51 dans le code de promotion de l'investissement a été revue puisqu'elle a été extraite de la loi relative à la promotion de l'investissement³¹, tenant compte ainsi des dispositions de la révision constitutionnelle de 2016 et notamment de son article 43, et reste inscrite dans la loi de finances 2016³² dans son article 66 qui stipule : « L'exercice des activités de production de biens, de services et d'importation par les étrangers est subordonné à la constitution d'une société dont le capital est détenu, au moins, à 51% par l'actionnariat national résident ».

Toute modification de l'immatriculation au registre de commerce entraîne, au préalable, la mise en conformité de la société aux règles de répartition du capital sus-énoncées».

Ceci dit, l'extraction de cette règle du code de l'investissement et son insertion dans la loi de finances peut rendre sa modification ou carrément sa suppression possible chaque année, car la loi de finance est proposée et modifiée en cas de nécessité annuellement. Pour preuve, les dispositions de l'article 49 de la loi

de finances complémentaire de 2020³³, qui tente de limiter la liste des secteurs stratégiques cités dans l'article 51, ainsi que les activités d'achat-revente de biens en l'état.

A l'heure actuelle, cette possibilité est presque probable puisque tout le monde s'accorde à dire que l'assouplissement de cette règle, voir son abrogation, est devenue indispensable. Car en ces temps de crise, avec la baisse continue des rentes pétrolières, on ne pourra faire abstraction des IDE³⁴.

Ceci étant, une lecture plus approfondie du texte constitutionnel nous mène à déduire que cette liberté est restreinte, et cette restriction ou limite est contenue dans le texte même qui l'a consacré³⁵.

En effet, le principe est que la liberté d'investir véhicule l'idée selon laquelle on ne peut obliger une personne à investir dans un secteur ou une activité contre sa volonté. Or, la liberté, dont il est question dans cet article, est limitée dans le sens où tout investisseur est libre d'investir dans les secteurs et les activités qu'il souhaite tant qu'elles sont ouvertes à l'initiative privée³⁶.

Cette limite nous semble logique, si on veut protéger nos richesses naturelles qui doivent rester la propriété de tout le monde, comme prévu par la constitution dans son article 9/1 qui dispose : « L'Etat garantit l'utilisation rationnelle des ressources naturelles ainsi que leur préservation au profit des générations futures », pour peu que toute limitation du champ d'investissement soit claire et définitive et non sujette à une réglementation surabondante qui régit les activités économiques émanant de plusieurs ministères à la fois, créant confusion et chevauchement entre différents textes.

Assurément, l'investisseur réclame la sécurité, la rentabilité, le libre transfert des profits et du capital et surtout la pérennité du cadre légal dans lequel il évolue, l'Etat veut un investissement en secteur critique et conforme à ses objectifs économiques répondant aux nécessités de développement ; Savoir concilier ces deux objectifs est un exercice difficile mais possible pourvu qu'il soit fait par des personnes compétentes, pragmatiques et ayant l'intérêt du pays comme une priorité absolue.

Conclusion

Constitutionnaliser le droit d'investir dans la constitution actuelle et dans celle à venir est un signe fort de la volonté des pouvoirs publics de promouvoir l'investissement, seul à même de remettre notre économie en marche.

Dans ce sens, le respect du principe de la hiérarchie des normes exige l'abrogation de tout texte, inférieur, contraire à une norme constitutionnelle.

Or, notre étude soulève le voile sur une règle qui porte atteinte à cette liberté, une règle encore en vigueur dans des textes de loi.

En effet, le législateur, en délimitant le champ d'intervention de l'investissement privé d'une part, et adoptant une stratégie qui consacre le principe

de limitation du taux de participation de l'investissement étranger par l'instauration de la règle 51/49, d'autre part, porte préjudice à la norme fondamentale qui est la liberté d'investissement.

Si limiter le champ d'intervention du secteur privé dans certains secteurs stratégiques ne crée pas de problème de hiérarchie des normes car les deux constitutions posent le principe et ses limites sans distinction entre investissement étranger et local, le maintien de la règle 51/49, en revanche, est une atteinte flagrante au droit d'investir et une discrimination à l'égard de l'investisseur étranger.

L'Etat a besoin de capitaux étrangers, c'est un fait. L'investisseur a besoin d'exercer son activité en toute quiétude afin de réaliser des profits, c'est un autre fait. Un équilibre doit être trouvé entre ces intérêts opposés par la mise en place d'un cadre juridique clair et effectif basé sur la non discrimination et l'égalité ; deux conditions préalables à l'effectivité de la liberté économique.

Autrement dit, La liberté économique protège le droit de propriété et développe la concurrence sur le marché. Elle est le pré requis pour promouvoir la croissance, cette dernière nécessite un environnement juridique stable et protecteur afin de créer un climat de confiance pour les investisseurs productifs hésitants. D'où l'inutilité d'ériger la liberté d'investir comme norme constitutionnelle si, sur le terrain, l'environnement des affaires ne s'y prête pas et que la règle 51/49 soit maintenue.

D'où nos recommandations pour promouvoir l'investissement nécessaire à la sortie de la crise économique aigue que nous vivons actuellement.

Recommandations :

La crise économique, vécue par l'ALGERIE, peut être surmontée par une volonté politique forte ayant une adhésion populaire complète. En effet, au vue de la situation économique actuelle aggravée par la crise engendrée par la pandémie de la COVID 19, des mesures doivent être prises par les pouvoirs publics qui se baseront sur deux impératifs ;

- Amélioration du climat des affaires.
- Encourager l'investissement productif, créateur de richesse.

Les réformes économiques ne peuvent réussir si elles ne sont pas suivies par une politique véritable d'encouragement ciblé, dans le sens ou, il faudrait encourager les entreprises étrangères qui apportent des capitaux car leur contribution à l'amélioration de la qualité des biens produits et consommés au niveau national est importante. Comme elles participent, par leur savoir faire technique, à améliorer la qualité du travail local et boostent la concurrence entre opérateurs.

Il est important de préciser que le politique prime et qu'il conditionne toute l'orientation économique du pays, et à ce titre, la stabilité politique intéresse les investisseurs au plus haut point car pour eux elle détermine toute issue de la situation économique.

Du reste, et de façon générale, il n'y a pas matière à réfléchir, les investissements existants ou futurs dépendent entièrement, au-delà des compétences et du potentiel existants, d'un environnement politiquement, juridiquement et

économiquement stable et l'assouplissement de la règle 51/49, voir même sa suppression, n'a que peu d'influence sur l'attractivité des investisseurs étrangers si l'ensemble des autres facteurs d'amélioration du climat des affaires sont inexistant.

Le nouveau grand chantier de l'Algérie est à ce niveau, c'est-à-dire la reconstruction d'un climat de confiance qui soit favorable à l'entrepreneuriat national dans les domaines à grand potentiel, sans recourir à des pratiques de malversation ou à des solutions en forme de replâtrage ou de colmatage, d'improvisation, toujours à court terme et jamais globales ou stratégiques. Un climat qui attire de réels investissements étrangers dans des domaines aussi développés que celui de l'industrie ; voie qui reste toujours salutaire pour une économie à la recherche d'une solution de rechange à la dépendance aux hydrocarbures.

A noter que la promotion de l'investissement ne doit se réduire à la mise en place de mesures formelles visant à améliorer le classement du pays sur l'échelle des seuls indicateurs de Doing Business de la Banque mondiale , ni à la promulgation à outrance de textes juridiques. La présence d'un cadre réglementaire claire favorisant la création d'un climat d'investissement sain au bénéfice de tous influe directement sur les décisions des investisseurs.

A ce titre, Il est indispensable de construire une économie plus inclusive, basée sur le développement du secteur privé. Un nouveau partenariat entre le secteur privé et le gouvernement est nécessaire afin que tous les acteurs soient davantage impliqués dans la préparation, la mise en œuvre et l'évaluation des politiques économiques.

Bibliographie:

I. Textes juridiques:

- 1) Loi n° 16-01, portant révision constitutionnelle, datée du 6 mars 2016, JORA, n°14, du 7 mars 2016, p.3.
- 2) Loi n° 15-18, portant loi de finances pour 2016, datée 30 décembre 2015, JORA, n°72, du 31 décembre 2015, p.3.
- 3) Loi n°20-07, portant loi de finances complémentaire pour 2020, datée du 04 juin 2020, JORA, n°33, du 04 juin 2020, p.4.
- 4) Ordonnance n° 08-04, fixant les conditions et modalités de concession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissement, datée du 1^{er} septembre 2008, JORA, n°49, du 03 septembre 2008, p.3.
- 5) Ordonnance n° 09-01, portant loi de finances complémentaire pour 2009, datée du 22 juillet 2009, JORA, n°44, du 26 juillet 2009, p.4.
- 6) Décret présidentiel n°15-247 portant règlementation des marchés publics et des délégations de service public, daté du 16 septembre 2015, JORA n°50, du 20 septembre 2015, p.3.
- 7) Décret présidentiel n°251-20, portant révision de la constitution, daté du 15 septembre 2020, JORA, n°54, du 16 septembre 2020, p.3.

8) Décret exécutif n°219-01, portant approbation de licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau public de télécommunications cellulaires de norme GSM et de fourniture de services de télécommunications au public, daté 31 juillet 2001, JORA, n°43, daté du 03 août 2001, p.4.

II. Ouvrages et manuels:

- 1) BRUNI Pierre, Constitution, Encyclopédie Universalis, Centre de Théorie et d'Analyse du Droit, Paris, juin 2007.
- 2) CANNAGE Léna, Hiérarchie des normes et des méthodes de droit international privé, Éditions LGDJ, Paris, 2001.
- 3) CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, 10^{ème} Édition., PUF, Paris, 2014.
- 4) KELSEN Hans, Théorie pure du droit, Collection la pensée juridique, 2^{ème} édition, LGDJ, Paris, 1999.

III. Articles de doctrine:

- 1) BRUNET Pierre, « Introduction : la hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité ? », journal for constitutional theory and philosophy of law, n°21, 2012. PP05-10.
- 2) CHABANE Mohamed, « L'Algérie otage de ses hydrocarbures : obligation de réformes, urgence d'une reconversion », In cahiers de la méditerranée, n°80, 2010. PP319-330.
- 3) GUERID Omar, « L'investissement direct étranger en Algérie : Impacts opportunités et entraves » Revue de Recherches économiques et managériales, Faculté des Sciences Economiques et de Gestion Université Mohamed Khaider, Biskra, n° 03, 2008, PP 19-50.
- 4) MOUSSOU Hakima, DJENNANE Abdel Madjid, « Climat des Affaires au Maghreb: Environnement Économique et Cadre Juridique des Investissements », revue El-Bahith, 17/2017, PP109-120.
- 5) TAIBI Achour, Les limites du principe de la liberté d'investir en droit algérien, Revue Internationale de Droit Comparé, n°03, 2013. PP. 763-787.
- 6) WANNOUS Nawwar, « le principe de la liberté d'investir : l'exemple des législations tunisienne, égyptienne et saoudienne », revue québécoise de droit international, vol 29-2, 2016PP277-295.

IV. Thèses:

- 1) BERRI Nourddine, Les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications, Thèse de Doctorat d'État en Droit, faculté de droit et sciences politiques, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 2014.
- 2) KERZABI Abdelatif, Climat des affaires et investissement privé: Le cas Algérien, thèse de doctorat, Faculté des sciences économiques et de gestion, Université de Tlemcen, 2014.

V. Contributions scientifiques:

- 1) إرزيل الكاهنة، التعليق على الأمر رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار، مداخلة في يوم دراسي بعنوان «مناخ الأعمال في الجزائر وأثره على الاستثمارات» ، 27 أكتوبر 2016، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- 2) حساين سامية ، دسترة الاستثمار في الجزائر، مداخلة في يوم دراسي بعنوان «مناخ الأعمال في الجزائر وأثره على الاستثمارات» ، 27 أكتوبر 2016، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

3) BADREDDINE Amina, TCHAMAKDJI Ali, Facteurs d'attractivité des investissements directs étrangers en Algérie, In Colloque International : « Effet de climat des affaires dans le développement durable » 5-7 Mai 2017, OMAN.

VI. Sites internet:

- 1) ADLENE Meddi, Algérie : le tabou du « 49/51 » tombe pour les investissements étrangers, du 15/09/2019, disponible sur : www.lepoint.fr/afrique/investissements, consulté le 20/09/2019.
- 2) AIT ALI Ferhat, *La règle 51/49 permet aux étrangers de gagner sans apporter le moindre sou*, 10/04/2018, article disponible sur : maghrebemergent.info/Algérie, consulté le 12/09/2019.
- 3) BENABDALLAH, Youcef, « Le développement des infrastructures en Algérie: quels effets sur la croissance économique et l'environnement de l'investissement? », disponible sur : www.gate.cnrs.fr, consulté le 23/09/2019.
- 4) LECLAIR Jean, L'avènement du constitutionnalisme en occident : Fondements philosophiques et contingence historique, disponible sur le site : www.usherbrooke.ca/droit/, consulté le 12/09/2019.
- 5) Rapport de la banque mondiale, ALGERIE : rapport de suivi de la situation économique (Octobre 2019), disponible sur www.banquemondiale.org/fr, consulté le 24/10/2020.
- 6) ROUSSEAU Jean-Jacques, Du contrat social, ou principes du droit politique, in Collection complète des œuvres, Genève, 1780-1789, vol. 1, n°04, édition en ligne www.rousseauonline.ch, version du 7 octobre 2012, P12, consulté le 09/11/2020.

¹ Voir en ce sens, Mohamed CHABANE, « L'Algérie otage de ses hydrocarbures : obligation de réformes, urgence d'une reconversion », In cahiers de la méditerranée, n°80, 2010. P323.

² Hakima MOUSSOU, Abdel Madjid DJENNANE, « Climat des Affaires au Maghreb: Environnement Économique et Cadre Juridique des Investissements », revue El-Bahith, 17/2017, PP109-120.

³ Proclamation faite le 12 novembre 2020.

⁴ Datée du 6 mars 2016, portant révision constitutionnelle, J.O.R.A, n°14 daté du 7 mars 2016.

⁵ Article 61 du décret présidentiel n°251-20, portant révision de la constitution, daté du 15 septembre 2020, J.O.R.A, n°54, du 16 septembre 2020, p.3.

⁶ Cf. Léna CANNAGE, « Hiérarchie des normes et des méthodes de droit international privé », Éditions LGDJ, Paris, 2001, P100.

⁷ Jean-Jacques ROUSSEAU, « Du contrat social, ou principes du droit politique », in Collection complète des œuvres, Genève, 1780-1789, vol. 1, in-4°, édition en ligne www.rousseauonline.ch, version du 7 octobre 2012, P12, consulté le 09/11/2020.

⁸ Gérard CORNU, « Vocabulaire juridique », 10^{ème} Édition., PUF, Paris, 2014. P 251.

⁹ V. Pierre BRUNI, Constitution, Encyclopédie Universalis, Centre de Théorie et d'Analyse du Droit, Paris, juin 2007, P2/8.

¹⁰ V. Hans KELSEN, Théorie pure du droit, Collection la pensée juridique, 2^{ème} édition, LGDJ, Paris, 1999.P 45.

¹¹ Cf. Pierre BRUNET, « Introduction : la hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité ? », journal for constitutional theory and philosophy of law, n°21, 2012, P06.

¹² Cf. Jean LECLAIR, « L'avènement du constitutionnalisme en occident : Fondements philosophiques et contingence historique », disponible sur le site : www.usherbrooke.ca/droit/, consulté le 12/09/2019, P182.

¹³ Une institution indépendante mais inefficace car incapable d'agir indépendamment du gouvernement et de tout autre pouvoir qui peut se trouver en mesure d'influencer son action.

¹⁴¹⁴ إرزيل الكاهنة، التعليق على الأمر رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار، مداخلة في يوم دراسي بعنوان «مناخ الأعمال في الجزائر وأثره على الاستثمارات»، 27 أكتوبر 2016، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

¹⁵ Décret présidentiel n°15-247, portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public, daté du 16 septembre 2015, J.O.R.A n°50, du 20 septembre 2015, p.3.

¹⁶ Ordonnance n° 08-04, fixant les conditions et modalités de concession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissement, datée du 1^{er} septembre 2008, JORA, n°49, du 03 septembre 2008, p.3.

¹⁷ Rapport de la banque mondiale, ALGERIE : rapport de suivi de la situation économique (Octobre 2019), disponible sur www.banquemondiale.org/fr, consulté le 24/10/2020.

¹⁸ Rapport disponible sur : www.doingbusiness.org, consulté le 23/10/2020.

¹⁹ 105^{ème} place sur 168 pays avec une note de 3,5/10.

²⁰ Voir l'article 201 de la constitution qui a permis de mettre en place un organe national de prévention et de lutte contre la corruption (ONPLLCC).

²¹ Cf. Youcef BENABDALLAH, « Le développement des infrastructures en Algérie: quels effets sur la croissance économique et l'environnement de l'investissement? », disponible sur : www.gate.cnrs.fr, consulté le 23/09/2019.

²² Décret exécutif n°219-01, portant approbation de licence d'établissement et d'exploitation d'un réseau public de télécommunications cellulaires de norme GSM et de fourniture de services de télécommunications au public, daté 31 juillet 2001, J.O.R.A, n°43, daté du 03 août 2001, p.4.

²³ حساين سامية ، دسترة الاستثمار في الجزائر، مداخلة في يوم دراسي بعنوان «مناخ الأعمال في الجزائر وأثره على الاستثمارات»، 27 أكتوبر 2016، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

²⁴ Voir pour plus de détails, Nourddine BERRI, « les nouveaux modes de régulation en matière de télécommunications », Thèse de Doctorat d'État en Droit, faculté de droit et sciences politiques, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 2014, p 86.

²⁵ A lire, Amina BADREDDINE, Ali TCHAMAKDJI, « Facteurs d'attractivité des investissements directs étrangers en Algérie », In Colloque International : « Effet de climat des affaires dans le développement durable » 5-7 Mai 2017, OMAN.

²⁶ V. Abdelatif KERZABI, « Climat des affaires et investissement privé: Le cas Algérien », thèse de doctorat, Faculté des sciences économiques et de gestion Université de Tlemcen, 2014, disponible sur : archive.ouvertes.fr, consulté le 04/08/2019, P01.

²⁷ V. Achour TAIBI, « Les limites du principe de la liberté d'investir en droit algérien », *Revue Internationale de Droit Comparé*, n°03, 2013, P771 et s.

²⁸ Cf. Ferhat AIT ALI, *La règle 51/49 permet aux étrangers de gagner sans apporter le moindre sou*, 10/04/2018, article disponible sur : maghrebemergent.info/Algérie, consulté le 12/09/2019.

²⁹ Ordonnance n° 09-01, portant loi de finances complémentaire pour 2009, datée du 22 juillet 2009, J.O.R.A, n°44, du 26 juillet 2009, p.4.

³⁰ « Les investisseurs étrangers, qui ont été forcés à accepter cette règle, ont bien constaté la difficulté ces dernières années de trouver des partenaires capables d'apporter les 51%. De plus, l'instabilité du cadre juridique a fait de cette règle une contrainte supplémentaire à une foule de problèmes, alors qu'elle aurait pu être une facilitation à l'investissement si le cadre de l'investissement avait été effectivement favorable sur le reste du dispositif. » : Propos de Ali HARBI, Consultant en gouvernance, stratégie de développement durable, dans le quotidien *El watan* du 23/09/2019.

³¹ Cette règle est prévue par l'alinéa 2 de l'article 4bis du code de l'investissement selon lequel : « 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.. », reproduisant le texte intégral de l'article 58 de la loi de finances pour 2009.

³² Loi n° 15-18, portant loi de finances pour 2016, datée 30 décembre 2015, J.O.R.A, n°72, du 31 décembre 2015, p.3.

³³ Loi n°20-07, portant loi de finances complémentaire pour 2020, datée du 04 juin 2020, J.O.R.A, n°33, du 04 juin 2020, p.4.

³⁴ En visite à Alger, le président français disait : « Aucun pays n'a assuré son développement économique avec une règle de 51/49 % . », également le chef du patronat français qui considère la règle comme « un verrou » et que : « Les investisseurs français qui veulent venir en Algérie ont peur de ne pas pouvoir détenir la majorité dans leur entreprise », en 2018, le vice-président exécutif, chargé des affaires internationales de la Chambre de commerce des États-Unis, Myron BRILLIANT, s'était désolé, lors d'une vidéoconférence à Alger, que « parmi les contraintes auxquelles sont confrontées les entreprises américaines établies en Algérie figure la règle du 49/51 ». « La Chambre de commerce ne soutient pas ce type de politiques restrictives, car elles n'encouragent pas l'investissement étranger, freinent l'innovation et l'entrée de nouvelles technologies ». Pour plus de détails, voir l'article de Meddi ADLENE, « Algérie : le tabou du « 49/51 » tombe pour les investissements étrangers, du 15/09/2019, disponible sur : www.lepoint.fr/afrique/investissements, consulté le 20/09/2019.

³⁵ V, TAIBI Achour, op cit, P765.

³⁶ Nawwar WANNOUS, « le principe de la liberté d'investir : l'exemple des législations tunisienne, égyptienne et saoudienne », *revue québécoise de droit international*, vol 29-2, 2016, p279.