

NOTES SUR LES MUTATIONS RECENTES DU DROIT DE L'INVESTISSEMENT ETRANGER

Mohammed BENTOUMI
Docteur en Droit Maître Assistant
à la Faculté de Droit d'Alger

" Ce ne sont pas tant les socialismes qui manquent, ce sont les socialistes
Cette formule est applicable au socialisme algérien aujourd'hui rejeté.

Ce ne sont pas tant les capitalismes qui manquent, ce sont les capitalistes...
et les investisseurs. Cette seconde formule pourrait caractériser l'économie algérienne qui est avant tout, comme hier, une économie de rente ¹.

Les privatisations en Algérie, sources de restructuration dans les années 80, ont provoqué un éclatement de nombreuses grandes unités économiques en de nombreuses petites et moyennes entreprises, entraînant une régression sensible du management et de l'efficacité économique.

Le Programme d'Ajustement Structurel, imposé en 1989 par le FMI a même enclenché la dissolution d'un nombre important d'entreprises mises en faillite.

Pourtant, l'abandon des structures étatisées visait officiellement à permettre le passage d'une économie inefficace à une économie efficace, c'est-à-dire d'une économie administrée à une économie de marché.

Cette problématique est simpliste, bien que généralement reprise par la doctrine. Les difficultés du " socialisme " algérien peuvent ne pas avoir pour origine le mode de production étatisé (qui n'est qu'une forme primaire de socialisme) mais d'autres problèmes non résolus : par exemple, l'incompétence des gestion-

naires, le choix du modèle d'industrialisation, la négligence vis-à-vis de l'agriculture, et plus encore, les fluctuations puis la chute du prix du pétrole, source essentielle des revenus, l'absence d'une mobilisation populaire à l'exception des premières années, en faveur du développement en raison de la concentration du pouvoir décisionnel dans le cadre du système de parti unique.

On peut y ajouter l'ambiguïté de l'idéologie dominante, soumise à des influences contradictoires. L'analyse " classique " voulant que toute gestion étatique est incompatible avec l'efficacité économique est sans fondement : de nombreux services publics très efficaces fonctionnent dans les pays développés tandis que de nombreuses entreprises privées sont sous-gérées ou permettent des spéculations contraires à l'intérêt général.

La crise du capitalisme financier, à l'échelle planétaire, en 2008 notamment, fait la démonstration que la logique de l'économie marchande, se refusant par nature à une véritable régulation (quelque soit le discours à ce propos), conduit à des crises à répétition dont l'impact social est très lourd. Dans les pays en développement, cette logique fait obstacle à un développement social et humain durable, alors que la situation se caractérise par une grande précarité.

En Algérie, le passage à l'économie de marché rencontre des obstacles que l'on ne retrouve pas dans d'autres capitalismes.

L'absence d'une bourgeoisie éclairée et compétente, armée d'un esprit authentiquement libéral et développementaliste, à la différence des pays européens du XVIII^e et du XIX^e siècles, crée un handicap majeur. La course à des profits réalisés dans le court terme, de type essentiellement spéculatif, particulièrement dans le domaine de l'importation en provenance des pays industriels, prive l'économie algérienne d'investissements nationaux efficaces, sans compter l'évasion fiscale et la fuite des capitaux algériens à l'étranger.

La mauvaise gouvernance atteint ainsi, aussi bien l'entreprise privée aujourd'hui que l'entreprise publique hier. Elle est d'une particulière gravité, par exemple, dans le secteur bancaire.

Au plan social, à un plein emploi artificiel réalisé par l'Algérie socialiste a succédé une croissance sans emploi, avec un taux de chômage très élevé. Le

FMI lui-même. à la fin de l'été 2009, parle d'une " reprise lente et sans emploi " !², source d'un renforcement de l'économie parallèle.

La profonde inégalité de la répartition des revenus provoque non seulement une insatisfaction socio-politique perturbatrice de l'ordre public, comme l'a montré avec une particulière gravité la guerre civile qui a affecté l'Algérie, mais aussi une perte de dynamisme de la part des travailleurs, source d'une faible productivité. La concentration des richesses entre quelques mains peu nombreuses crée aussi les conditions d'une corruption dont le coût économique est loin d'être négligeable.

Paradoxalement, pour certains (qualifiés parfois " d'industrialistes ") les difficultés du jour sont liées à la politique globale qui a débuté dans la décennie 80, en rupture avec la stratégie de développement mise en oeuvre lors de la décennies 70.

Pour d'autres, les " réformateurs ", les problèmes de l'économie algérienne sont dus au système mis en place dès l'indépendance du pays .³

On comprend mieux, dans ce contexte, afin d'assurer le sauvetage du second modèle de développement adopté par l'Algérie, celui de l'économie de marché à qui, une large partie de la doctrine juridique et économique attribuait il y a peu toutes les capacités, la centralité de l'investissement étranger comme facteur déterminant du développement, ce qui a l'avantage politique de renvoyer sur l'extérieur la responsabilité de la croissance... ou du non-développement.

On peut aussi faire l'hypothèse que les privatisations avaient pour raison d'être principale le fait qu'elles offraient la possibilité aux investisseurs privés d'intervenir sur le marché algérien, l'optimum économique officiellement recherché n'étant en réalité que second dans les préoccupations des réformateurs anti-socialistes. De manière significative, l'Algérie n'a cependant pas tout sacrifié au secteur privé : le pétrole et le gaz sont demeurés essentiellement dans le secteur public, pour des raisons politico-économiques ainsi que de nombreuses autres entreprises, sous la pression des salariés.

On avait identifié à grand renfort médiatique démocratie politique et économie de marché, or la démocratie algérienne, en dépit d'un multipartisme formel, ne semble pas mieux se porter que sous le régime " socialiste ", au contraire !

En tout état de cause, la confusion est grande et les analyses incertaines. Les nouvelles mesures prises en 2008 et 2009 dans le droit des investissements ajoutent à ces contradictions de nouvelles données.

On peut s'interroger sur la signification réelle des nouvelles mesures d'encadrement de l'investissement étranger. S'agit-il d'un " retour en arrière " lié à la crise financière mondiale, s'inscrivant dans l'ensemble des mesures prises ou annoncées dans le discours du G20 afin de " re-réguler " un capitalisme qui s'était fortement dégagé ces dernières années de l'interventionnisme étatique ? Autrement dit, Keynes est-il de retour dans les économies développées et fait-il son entrée dans le droit algérien ⁴?

On peut faire l'hypothèse, en effet, que la crise de 2008-2009 est un signal opératoire pour les autorités algériennes, qui ont réussi, en profitant de la hausse du prix du pétrole sur le marché mondial, à supprimer une large part de la dette extérieure. L'Algérie, consciente de la fragilité d'une économie basée sur la rente pétrolière, ne souhaite peut-être pas connaître une autre source de fragilité, celle d'une dépendance trop marquée vis-à-vis des investisseurs étrangers, dans la mesure où les moyens en investissements nationaux existent. L'Algérie a fait l'expérience que si l'investissement étranger, comme tout investissement, est nécessaire pour assurer la croissance, " la formation de capital à elle seule ne suffit pas. D'autres facteurs entrent en jeu, mais aussi la manière dont ces investissements sont réalisés " ⁵. Cette analyse critique ancienne portant sur " le mythe de la primauté du capital " qui rejoint d'autres mythes en matière de développement, resurgit peut-être, tout comme le procès fait au " développement indépendant " des lendemains des indépendances.

La révision du droit algérien des investissements est peut-être l'expression d'une prise de conscience de l'extrême complexité de la question du développement, fâcheusement simplifiée dans les périodes antérieures.

Ou bien, l'Algérie tente-t-elle une nouvelle expérience de type troisième voie, une régulation protectrice des intérêts algériens vis-à-vis des investisseurs étrangers rejoint-elle un nationalisme traditionnel, s'ajoutant au maintien du secteur public stratégique du pétrole et du gaz, en dépit des annonces de privatisation des années 90 ?

On peut en effet faire l'hypothèse que la réussite du " modèle " chinois (dont les firmes sont très présentes en Algérie) est source d'inspiration. La politique chinoise en matière d'investissement étranger est de tenir un équilibre entre " l'attractif " pour les firmes transnationales et " l'efficace " pour le développement de l'économie nationale, grâce à un contrôle étatique à la fois fort et évolutif. C'est ainsi qu'après une phase essentiellement favorable à l'accueil des investissements étrangers afin que les Américains, les Japonais et les Européens surmontent leurs réticences à se positionner sur un territoire inconnu et qui plus est " communiste ", a succédé une phase plus exigeante de la part des autorités chinoises vers la fin des années 90. Les variations du régime des investissements étrangers semblent correspondre aux fluctuations de la croissance chinoise et au constat plus ou moins positif des résultats obtenus grâce à ces investissements.

Désormais, l'Etat chinois inclut, par exemple, plus de sélectivité sectorielle et géographique dans les critères de choix en faveur de tel ou tel investisseur, ayant constaté, en particulier, les inégalités interrégionales provoquées par la concentration de l'investissement étranger dans certaines zones exclusivement. La Chine est allée jusqu'à supprimer certains avantages accordés aux étrangers, tout en les ajustant aux montants investis et conformément aux choix des autorités locales.

Plus globalement, la tendance dominante est l'implication croissante des partenaires chinois dans les implantations étrangères, sous la forme de plus en plus fréquente de " joint-ventures ". Les investissements étrangers " solitaires " sont de moins en moins nombreux ⁶.

Ou bien encore, ne s'agit-il, beaucoup plus modestement, que d'une réponse pragmatique de l'Etat algérien à certaines carences de ses propres pratiques de type bureaucratique et à certaines perversions du libéralisme instrumentalisées par quelques-uns au détriment de l'économie algérienne ?

spécifiques en matière de transfert des capitaux importés (art. 31 de l'Ordonnance de 2001) et d'arbitrage international en cas de contentieux (art. 17 de l'Ordonnance de 2001)¹⁵. La clause du traitement national est prévue par l'article 38. Toutefois, le professeur A. Guesmi constate que " la production des textes... apparaît... toujours inachevée " et que les dispositions adoptées sont de caractère " mouvant ", " sans vision globale ", sans débat parlementaire, ce qui est source d'insécurité pour les investisseurs étrangers qui ont un besoin particulièrement fort de " stabilité et de confiance " ¹⁶.

Au-delà du contenu des textes, d'inspiration parfois contradictoire, ceux-ci sont adoptés dans un certain désordre, comme s'ils devaient l'être en situation d'extrême urgence. Ainsi, certains textes anciens et contredits ne sont pas abrogés ¹⁷, d'autres ne font pas l'objet de publication lorsqu'ils ne sont pas strictement confidentiels parce que réservés aux agents du fisc. Certaines dispositions annoncées ne sont pas adoptées, comme par exemple, les textes réglementaires concernant les conditions d'obtention d'avantages accordés par l'ANDI (qui de ce fait fonctionne toujours comme fonctionnait l'organe précédant, l'APSI).

Cette mosaïque complexe et peu lisible des textes conduit à donner à la jurisprudence une fonction déterminante, qui peut avoir l'avantage pour les investisseurs étrangers d'une certaine flexibilité, mais qui, faute de décisions suffisamment nombreuses, demeure incertaine.

En tout état de cause, confier au juge la mission, au cas par cas, d'adapter le droit des investissements et d'interpréter les décisions de l'ANDI rend difficile toute politique publique transparente.

Le professeur A. Guesmi ajoute, en effet, que les dispositions mises en œuvre dans un secteur aussi important que celui des investissements étrangers échappent à tout " vrai débat démocratique " ¹⁸. Ce sont les options essentielles, révélées en général par les débats parlementaires où les oppositions font apparaître la nature profonde des textes, qui restent ainsi plus ou moins occultées. Non seulement, l'opinion et ses représentants restent en marge, mais les juristes et les investisseurs sont privés de " l'esprit des lois " leur permettant de saisir toute la signification des textes les concernant et de régler aisément les difficultés qu'ils rencontrent ¹⁹.

Les nouveaux textes sur le droit de l'investissement étranger de 2008-2009 ont pour origine, eux aussi, les sommets de l'Etat.

Ils mettent en cause le principe de la hiérarchie des normes.

C'est, tout d'abord, une instruction du 20 décembre 2008, signée du Premier Ministre, Ahmed Ouyahia et adressée aux ministères concernés par les investissements, qui modifie l'article 7 de l'Ordonnance du 15 juillet 2006 portant Code des Investissements. Son objet est de modifier les délais jugés " excessivement courts " octroyés à l'ANDI pour répondre aux dossiers relatifs à la décision d'avantages du régime général des investissements. Ce délai passe de 72 heures à 10 jours, au détriment de " l'image du pays envers les investisseurs ", comme le relève l'instruction elle-même, mais permettant l'intervention pour avis du Conseil National de l'Investissement. Désormais, tout octroi d'avantages aux investisseurs étrangers doit être soumis au CNI, quelqu'en soit le montant.

Toutefois, cette modification poursuit un objectif de politique publique générale : la lutte contre les fraudes et facilite " l'insertion des investissements dans le cadre d'une vision nationale ".

Ainsi, à la date de la signature de cette instruction, une disposition importante, bien que procédurale, de l'Ordonnance de 2006 est modifiée, comme si une extrême urgence exigeait de bousculer les principes juridiques fondamentaux.

La pratique est la même avec l'instruction du 21 décembre 2008, en direction des membres du gouvernement, des Présidents de direction des sociétés de gestion des Participations de l'Etat ainsi qu'aux PDG et DG des entreprises publiques. Cette instruction est de nature stratégique, comme en attestent non seulement ses considérants mais aussi des dispositions opératoires, avec notamment l'exigence que l'actionnariat national doit être majoritaire par rapport au partenaire étranger. Cette affirmation de " patriotisme économique " modifie en profondeur le Code des Investissement de valeur législative.

C'est enfin, un décret exécutif du 12 mai 2009 qui modifie des dispositions législatives imposant l'obligation pour les sociétés commerciales, dont les associés ou les actionnaires sont étrangers et exerçant des activités d'importation

destinées à la revente en Algérie, de céder si elles existaient déjà, ou de s'adjoindre si elles sont en création, 30% d'associés ou d'actionnaires algériens (article 2).

La mesure est rétroactive et atteint quelques 1600 sociétés étrangères déjà installées en Algérie : elles devaient céder 30% de leur capital avant le 31 décembre 2009. Le PDG de Renault Algérie avait fait publier sa protestation dans l'hebdomadaire économique " Les Afriques " : " Ce qui cause débat, c'est la rétroactivité de cette mesure. Cela ne me dérange pas de prendre un partenaire national lorsque j'arrive dans un pays, si j'apprends que je dois le faire en arrivant " ²⁰.

Curieusement cette rétroactivité, contraire aux principes généraux du droit, est qualifiée par le Ministre des Finances de " principe " ! En effet, le Ministre des Finances, dans sa déclaration du 29 juillet 2009, revient en arrière mais dispose : " Le principe de la rétroactivité n'a pas été retenu par la loi " !

Quoiqu'il en soit, la disposition-clé du " patriotisme économique " est annulée sous la pression, semble-t-il, des firmes françaises et de l'Union européenne qui a expressément manifesté " ses inquiétudes " contre les mesures touchant le régime des investissements étrangers ²¹. L'Union européenne a évidemment mis en cause l'application rétroactive du décret du 12 mai 2009. Le gouvernement algérien a donc été conduit à une marche arrière face à une situation juridique intenable ²²

C'est avec l'ordonnance n°09.01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaires pour 2009 qu'un certain nombre de dispositions sur le droit des investissements étrangers sont légalisés et précisés (par exemple, avec l'article 4 bis, la nécessaire intervention du CNI expressément réaffirmée ainsi que l'exigence pour tous investissements étrangers d'un partenariat national de 51% au moins du capital social).

C'est donc dans une certaine confusion que le droit de l'investissement étranger continue son évolution, au détriment d'une sécurité juridique (exigeant stabilité et clarté) nécessaire aux investisseurs. La transparence n'est pas non plus au rendez-vous pour que fonctionne la démocratie dont se réclame l'Algérie : la politique économique demeure centralisée entre les mains exclusives du pouvoir

exécutif, ce qui nuit aux débats qui seuls peuvent fonder avec efficacité les options fondamentales à prendre, particulièrement au cœur d'une crise économique et financière mondiale conduisant les investisseurs à se réorienter vers des sites plus ajustés à leurs intérêts.

DEUXIEME PARTIE LA REORIENTATION PRAGMATIQUE DU DROIT DFES INVESTISSEMENTS ETRANGERS

La lecture des exposés des motifs des textes adoptés en 2008-2009 conduit à privilégier un " patriotisme économique " face à " la crise financière et économique internationale... dont les effets profonds et la durée réelle échappent encore aux analyses... " (premier considérant de l'instruction du 21 décembre 2008).

Si la position financière extérieure de l'Algérie est considérée comme positive pour " un avenir d'au moins 5 années, en raison des réserves de change " (première évaluation de l'instruction du 21 décembre 2008), par contre " les équilibres budgétaires " seront soumis à une tension plus forte en raison surtout de " la forte dépendance " des recettes de la fiscalité pétrolière (2° évaluation).

Diverses menaces sont avancées :

* la forte progression de la facture des importations (+ 300% en 6 ans), " encouragée par le crédit à la consommation " des ménages.

* La " marginalisation des produits nationaux " sur le marché algérien lui-même en raison du démantèlement douanier et des règles du crédit favorisant le commerce au détriment de l'activité productive.

* le gaspillage et la corruption, largement liés aux importations et à la spéculation.

Ainsi, les mesures de 2008-2009 seraient fondées sur la lutte, proclamée comme nécessaire aussi dans les pays occidentaux, contre le " libéralisme sauvage " dans lequel l'intérêt général est perdu de vue et à travers lequel dominent " les calculs étroits sinon même le laxisme ".

Si le nouveau contexte économique et financier international apparu en 2008 représente un élément d'explication, il n'est sans doute pas le seul pour l'Algérie.

Le nouveau " patriotisme économique " ne semble pas être le résultat, pour l'essentiel, d'une option politique ou idéologique précise, relevant d'une prise de conscience des dommages provoqués à l'Algérie par le capitalisme spéculatif. Le manque de clarté de la volonté politique, particulièrement vis-à-vis de l'étranger, est un phénomène ancien en Algérie, à l'époque " socialiste " comme déjà depuis le début des privatisations ²³ .

La situation économique de l'Algérie des années 2000 est très différente de celle de la décennie précédente. Les équilibres macro-financiers se sont nettement améliorés grâce à la forte réduction de l'endettement et à l'élévation du niveau de l'épargne intérieure, grâce tout particulièrement au prix du pétrole. Les milieux d'affaires étrangers ont repris le chemin de l'Algérie parce qu'ils y trouvent un intérêt croissant, aussi bien avec le secteur public qu'avec le secteur privé. La volonté de gérer par le haut est ainsi relancée, les marges de manœuvre étant plus grandes, particulièrement contre les partenaires étrangers " ne jouant pas le jeu ", selon la formule du Président Bouteflika. Le Président Bouteflika n'a pas admis que la société Orascom, groupe de télécommunication égyptien, et premier investisseur étranger en Algérie hors hydrocarbures, fasse entrer le groupe français Lafarge en Algérie en lui cédant sa branche ciment sans être passé par l'autorisation des instances algériennes. Or, Lafarge n'a guère été sensible au processus de privatisation en Algérie. De plus, Orascom s'est permis, tout en contournant les autorités algériennes, de réaliser avec des fonds publics algériens une affaire très lucrative avec la vente de deux cimenteries.

La remise en cause du Code des Investissements semble donc davantage fondée sur une réaction à des problèmes concrets vécus par l'économie algérienne que par un réexamen du contexte international global.

Les nouveaux textes, comme les précédents qui ont été nombreux, sur les privatisations comme sur les investissements, semblent " compenser l'absence de vision doctrinale " ²⁴ . Ils ont été d'ailleurs accompagnés en 2008 d'un arrêt des réunions du Conseil National de Privatisation, décidé par le Premier Ministre A. Ouyahia, bloquant les dossiers de partenariat étranger préparés par les Sociétés

de Gestion et de Participation ²⁵ , sans qu'aucune explication n'ait été fournie aux investisseurs potentiels ²⁶ .

En fait, on peut observer depuis quelques années, au-delà des déclarations d'intention, un processus de reprise en main par l'Etat de la politique économique par ses divers relais ²⁷. Le patronat algérien a d'ailleurs manifesté son insatisfaction en dénonçant le fait " qu'aucune volonté tendant à amorcer les règles d'une véritable économie de marché n'a été jusqu'au bout de son entreprise " ²⁸ .

Toutefois, cette situation s'explique. Elle résulte des résultats décevants de l'introduction du capitalisme en Algérie²⁹ et par l'opposition de la masse des salariés. En réalité, la libéralisation réalisée par le gouvernement Hamrouche semble (décret n° 93.12), à postériori, davantage une parenthèse dans l'histoire juridico-économique de l'Algérie que l'amorce d'un processus libéral.

En 2008, soit après 13 ans d'ouverture partenariale au capital étranger, les partenariats n'ont pas dépassé les 500 projet ³⁰ . Il est logique que les investisseurs étrangers ne soient pas encouragés par le désintéret des investisseurs algériens eux-mêmes qui proclament eux-mêmes que " la privatisation n'était pas leur préoccupation " ³¹.

Avant le gouvernement Hamrouche (1989-1991), les investisseurs étrangers devaient s'associer aux opérateurs algériens selon le ratio 51/49, la part du capital étranger devant toujours être minoritaire. Si les textes en 1993, 2001 et 2006 libéralisent sans limite les investissements étrangers, les nouvelles dispositions de 2008-2009 reviennent à la situation antérieure (et notamment au " Code des Investissements de 1966, dont les limitations ont été reconduites par la loi sur les sociétés mixtes de 1982).

Pour autant, nul ne saurait affirmer que cette réorientation est définitive même si " le patriotisme économique " ne semble pas déplaire aux opérateurs algériens qui souhaitent bénéficier de certains secteurs " réservés aux nationaux " comme c'est le cas dans de nombreux pays (par exemple, la distribution).

Cette nouvelle ligne de conduite comprend un certain nombre de mesures rendant plus difficiles des manoeuvres étrangères nocives : c'est ainsi que la dif-

férence entre les entrées et les sorties de capitaux des filiales étrangères a pénalisé le pays (en 2007, par exemple, la différence était de moins deux milliards de dollars !).

Selon le Conseil National économique et social, l'Algérie entre 2005 et 2008, n'a attiré qu'un milliard de dollars d'investissements directs étrangers, alors que selon la Banque d'Algérie, le montant des transferts des bénéficiaires des sociétés étrangères a atteint six milliards de dollars dans la seule année 2008 ³² !

L'Instruction du Premier Ministre A. Ouyahia du 20 décembre 2008 donne au Ministre de l'Intérieur, au Ministre des Finances et au Ministre de l'Industrie et de la Promotion des Investissements, deux directives : l'ANDI doit renforcer son contrôle sur les demandes " d'avantages " au titre du régime général du Code des Investissements. Toute négligence de cet organisme est passible des tribunaux. Toute demande d'avantages pour une IDE, quel'en soit le montant, doit être soumise au Conseil National de l'Investissement. A défaut, la demande est nulle.

L'instruction du Premier Ministre du 21 décembre 2008, adressée aux membres du gouvernement, aux Présidents de Directoires des Sociétés de Gestion des Participations de l'Etat, aux PDG et DG des EPE, comprend quatre directives :

* Dans toute société, le capital national doit être majoritaire. La seule atténuation est que le capital national sera réparti entre plusieurs détenteurs, le partenaire étranger restant le premier des actionnaires.

* Le projet d'Investissement tout au long de sa réalisation doit dégager une balance en devises excédentaire au profit de l'Algérie.

* Les avantages douaniers, fiscaux, etc. aux IDE seront déduits des bénéficiaires éligibles au transfert vers l'extérieur, sous contrôle de l'ANDI.

* Les IDE doivent utiliser le crédit local afin que la dette extérieure ne se reconstitue pas.

Le décret exécutif 09.181 du 12 mai 2009 prévoit que toute société importa-

trice de matière première ou de produits destinés à la revente sur le marché algérien doit avoir un capital social détenu à hauteur de 30% au moins par des Algériens (personne physique ou personne morale).

Toutefois, le Ministre des Finances, le 29 juillet 2009, a précisé que cette participation algérienne de 30% ne joue pas pour les sociétés créées avant le 26 juillet 2009 ³³.

Enfin, l'ordonnance n°09.01 du 22 juillet 2009, portant loi de finances complémentaire pour 2009, confirme et légalise les directives des instructions en précisant, dans son article 4 bis que " les IDE ne peuvent être réalisées que dans le cadre d'un partenariat dont l'actionnariat national résidant représente 51% au moins du capital social", tandis que pour les activités de commerce extérieur, l'actionnariat national résidant doit être égal au moins à 30% du capital social. L'article 4 bis alinéa 6 rappelle aussi l'exigence du recours au financement local pour " les financements nécessaires à la réalisation " des IDE.

L'article 9-bis-1 confirme le régime prévu par les deux instructions dans le domaine de l'octroi " d'avantages " en précisant que " l'octroi des avantages du régime général est subordonné à l'engagement écrit du bénéficiaire à accorder la préférence aux produits et services d'origine algérienne ". Cette préférence conditionne aussi le bénéfice de la franchise de la TVA.

L'article 9-ter ajoute que les investissements dont le montant est égal ou supérieur à 500 millions de dinars ne peuvent bénéficier des avantages du régime général que dans le cadre d'une décision du Conseil National de l'Investissement.

On peut noter aussi que l'article 4 quinquies dispose que l'Etat et les EPE disposent d'un droit de préemption sur toutes les cessions de participations des actionnaires étrangers ou au profit d'actionnaires étrangers. Ce que le Quotidien d'Oran (du 30 juillet 2009) qualifie de " marche arrière " n'est en fait qu'une réorientation pragmatique tirant les leçons d'un passé immédiat régi par la dogmatique du néolibéralisme.

Ce n'est pas le moindre paradoxe qu'au moment où la France et l'Union européenne tentent avec l'Union Pour la Méditerranée de proposer une coopération

plus attractive que celle pratiquée par la France seule ou initiée par la Conférence de Barcelone sans grand succès, l'Algérie affirme sa " préférence nationale " et son " patriotisme économique ". L'Etat algérien est même passé à l'acte : une société mixte algéro-singapourienne TMM (Tahlyat Myah Magtae), par exemple est passée sous contrôle algérien.

En dépit de la forme juridique contestable des prises de décision et de leur origine vraisemblablement pragmatique, les mesures d'encadrement de l'investissement étranger ont pour premier résultat de satisfaire le patronat algérien : elles sont en effet censées favoriser la promotion de l'investissement national, qu'il soit public ou privé. La seule réserve, chez certains, est la crainte ouvertement exprimée³⁴ d'un " retour en force d'une économie dirigée et administrée " et d'une nouvelle tentative de " l'Etat de se substituer au marché " ³⁵ .

Or, comme le note A. Sid Ahmed dès 1995, à contre courant de la doctrine dominante, jusqu'à ce jour, " l'impératif n'est pas la réduction du rôle de l'Etat, mais sa réforme pour en faire l'instrument – loin des lobbies – de la transformation structurelle et de la constitution des avantages comparatifs dynamiques dans les activités industrielles... " ³⁶

L'essentiel est ailleurs.

Il est tout d'abord dans la possibilité renforcée de voir se constituer une véritable bourgeoisie nationale capable d'avoir une pratique économique différente de celle des groupes " compradores " et des importateurs intéressés par des opérations spéculatives et non par le développement de l'économie nationale. Le capital privé algérien peut s'investir dans les Entreprises Publiques Economiques (EPE) à hauteur de 66%, les 34% restant pouvant être privatisés au bout de 5 ans par l'opérateur privé majoritaire.

Il est de savoir si l'investissement étranger a une fonction déterminante ou simplement complémentaire pour l'économie nationale. Or, " attendre le salut... d'un partenariat forcément déséquilibré dans l'état actuel de l'économie algérienne ou d'hypothétiques investissements étrangers massifs, écrivait, dès 1995, Sid Amed, constituerait une erreur historique aux conséquences incalculables

pour l'avenir de l'Algérie " ³⁷ . Nul ne conteste la nécessité de ces investissements étrangers, autre chose est d'en faire la clé du développement social et humain !

La rente pétrolière et gazière est d'un volume suffisant pour permettre des investissements favorables à un authentique développement pour peu qu'elle soit rationnellement employée ³⁸ . Certes, les variations des cours des hydrocarbures soulèvent de sérieuses difficultés : les ressources en devises, les ressources budgétaires sont à la merci du retour à une tendance à la baisse des cours. Mais, au-delà des fluctuations toujours possible à court terme, cette tendance apparaît globalement peu vraisemblable sur le moyen et long terme.

Par ailleurs, si règne une certaine incertitude sur le marché du pétrole, elle règne aussi sur les flux des IDE (en baisse de 30% dans le monde en 2009 selon la CNUCED) ³⁹ .

Le capital privé national et celui de la diaspora est capable d'assurer le développement des secteurs hors hydrocarbures, pour peu qu'il en soit décidé ainsi et dans la mesure où il s'investit dans les secteurs productifs, dans la formation et l'innovation et si le marché intérieur rendu plus solvable peut stimuler une production nationale.

Les dispositions prises en 2008-2009 (instructions, décrets, loi de finances complémentaire) ne doivent pas, selon les instances étatiques, affecter le flux d'IDE qui, en tout état de cause, devrait tôt ou tard s'intéresser au marché algérien parce qu'il est solvable. Le Ministre du Commerce El Hachemi, à ce propos, a vertement répliqué en arguant de la souveraineté nationale, aux " injonctions " de l'Union européenne demandant la suspension des mesures Ouyahia. Avec un certain optimisme, dont les fondements sont cependant incertains, le Ministre des Finances Djoudi considère probable le retour des IDE dès 2010-2011, avec " la reprise de l'économie mondiale ". Toutefois, il semble fondé, dans une période de crise mondiale dont nul ne connaît en réalité l'issue, en dépit du discours occidental qui se veut sécurisant, de ne plus se faire d'illusion sur " la recette " des IDE et de compter avant tout sur ses propres forces, ce que l'Algérie a les moyens de se permettre.

La question la plus stratégique non résolue est celle des institutions⁴⁰, de la qualité de la gouvernance et de la volonté politique, bien qu'il soit " compréhensible " que certains spéculateurs avancent divers prétextes contre la nouvelle " préférence nationale ".

C'est " l'environnement " institutionnel, juridique et politique qui est en cause qui concerne la gestion des entreprises et de l'administration, du système bancaire, de la justice qui est prioritaire. C'est aussi une lutte efficace contre la corruption ainsi que le développement d'une coopération Sud-Sud (en particulier avec les puissances émergentes) qui peuvent permettre à l'Algérie de ne pas avoir de préoccupation obsessionnelle vis-à-vis des IDE de provenance occidentale⁴¹.

Le projet de loi de finances complémentaire de 2009 prévoit des mesures contre la fraude, l'évasion fiscale, contre la contre-façon et vise à réduire la pression fiscale interne. Elle intègre aussi des mesures de régulation du commerce extérieur et exclut la possibilité de dérogations exceptionnelles en faveur de certains secteurs.

Il reste donc, mais là règne la plus grande incertitude, à rendre effectives les mesures juridiques adoptées. Comme l'écrivait l'économiste français C.A. Michalet en 1999 dans un rapport pour l'ONUDI sur les IDE en Algérie⁴² : " Une chose est sûre, les partenaires extérieurs ne viendront pas pour résoudre les problèmes auxquels l'Algérie fait face ".

notes:

1- Dans le même esprit, Ghessan Salamé a raison de parler des ambiguïtés des " démocraties sans démocrates " dans le monde arabe et islamique (voir ouvrage collectif, *Democraties sans démocrates*, chez Fayard, Paris 1994).

2- Cf. *Le Monde*. 5.09.2009.

3-Cf. Abdelhamid Merad-Boudia. " " Industrialistes " et " réformateurs " face à la crise algérienne ". *Recherches Internationales (Paris). L'Algérie dans la tourmente* , n° 43-44. 1996.

4-L'inquiétude se manifeste dans les pays occidentaux. L'ambassadeur d'Italie à Alger, par exemple, réclame plus de " flexibilité " dans la politique économique algérienne ! Les liens établis entre le Président Bouteflika et le Président Chavez sont aussi sources de grandes préoccupations.

5-Voir les analyses de M. Vernières. *Economie du Tiers Monde. Economica*. 1991.

6-Cf. F. Hay et Yunnam Shi. " Investir en Chine : contexte, contraintes, attentes, perspectives ", in V. Goueset (sous la direct.). *Investissements étrangers milieu local*. P.U. de Rennes (France) 1999, p. 235 et s.

7-*El Watan*. 15 novembre 2006.

8-*El Watan*. 2 septembre 2006.

9-Les opérations de privatisation " réussies " sont peu nombreuses : on peut citer le rachat de " Sider " d'El-Hadjar par le groupe indien LNM-ISPAT et celui de l'ENAD par Heinkel.

10-La Chambre Française de Commerce et de l'Industrie d'Algérie (CFCIA) ne dissimule pas son septicisme devant l'instabilité juridique à laquelle le patronat français doit faire face.

11-Everett E. Hagen. *Economie du Développement. Economica (Paris)*. 1982.

12- A. Mebtoul le constate : " le citoyen nourri par trente années de socialisme " égalitaire " a établi une relation méfiante avec l'argent et la propriété. C'est ainsi qu'il attribue souvent à cette forme de propriété un rôle spéculatif ou exploiteur voire parasitaire et comprador ", in *L'Algérie face à la mondialisation (2 volumes)*. OPU. 2002, t. II, p. 68.

F. Teulon, professeur à l'IEP de Paris, citant un article de Paul Romer de 1993 (" Object Gaps. Idea Gaps and Development ") croît pouvoir soutenir que les

pays du Sud ont un retard de développement du fait que " les citoyens n'ont pas accès aux idées qui sont mises en oeuvre dans les pays industriels ", ce qui les sortirait d'une mentalité archaïque pré-capitaliste. Ce seraient " les activités locales des firmes multinationales qui offriraient la façon la plus efficace et la plus rapide de réduire le gap des idéologies qui les maintiennent dans la pauvreté " ! (Voir F. Teulon. Les pays en développement. Hachette. 1999, p. 106). La réalité algérienne a été strictement inverse, tout comme celle vécue par les pays asiatiques avec la crise de 1997-98.

13- Cf. A. Guesmi. " Réflexions sur le nouveau droit des investissements en Algérie ", in Mélanges André Decocq. Une certaine idée du droit. Litec. 2004.

14-Voir A. Guesmi. " Réflexions sur le nouveau droit des investissements en Algérie ", in Mélanges André Decocq. Une certaine idée du droit. Litec. 2004, p. 291 et s.

15-Cf. J-B. Racine. " Les raisons de la libéralisation du droit de l'arbitrage international : le cas particulier de l'Algérie " in A. Guesmi, R. Charvin (sous la direct.) L'Algérie en Mutation. L'Harmattan. 2001, p. 267 et s.

16- Cf. A. Guesmi, in Mélanges A. Decocq. op. cit., p. 302.

17- Cf. M. Haroun. Le régime des investissements en Algérie. Litec. 2000.

18-Cf. A. Guesmi, in Mélanges Decocq. op. cit., p. 305 et s.

19-A. Guesmi (in Mélanges Decocq, op. cit., p. 306-307) développe l'exemple du problème de l'attribution des terrains relevant du domaine privé de l'Etat, en signalant les contradictions entre l'instruction interministérielle du 15 mai 1994 envisageant la location, la concession ou la vente et le choix des organismes chargés du foncier privilégiant la concession et n'autorisant les investisseurs à acquérir les terrains qu'à partir de leur mise en exploitation.

20- Cité par Le Monde. 1 août 2009.

21 -C'est Madame Ashton, Commissaire européen au commerce extérieur qui est intervenue elle-même contre ce que l'Union européenne considère comme des mesures protectionnistes allant à l'encontre de l'accord d'association entre l'Algérie et l'Union européenne.

22-Toutefois, le gouvernement algérien a cependant interdit aux banques d'accorder des crédits à la consommation et des crédits automobiles. Seuls les crédits immobiliers sont autorisés.

23-Cf. Pour A. Mebtoul (in " L'Algérie 47 ans d'indépendance politique 1962/2009 : entre la logique meurtrière dominante et la logique réformiste porteuse d'espoir " (2° partie, p. 3. El Watan. Supplément économique. 25 juillet 2009), les changements périodiques de la politique algérienne est le fruit " d'une démocratie bureaucratique " se faisant au détriment de la " démarche opérationnelle économique " et source de gaspillage des revenus financiers et du renforcement de la dynamique rentière.

A. Benachenou va dans le même sens : " les choses sont très instables, on change de stratégie comme on change d'objectifs, de politique, de démarches, de moyens et de méthodes.... ". El Watan. 5 juin 2008.

Le PDG de l'EMAL, Djelloul Bendjedid, ajoute, pour sa part : " Tout le problème est politique : que veut l'Etat ? ", (in Y. Boudjenah. Algérie. Décomposition d'une industrie ; la restructuration des entreprises publiques, p. 230-231).

24-Cf. N. Grim. " L'économie algérienne otage de la politique ", in Une nouvelle législations pour la privatisation de l'investissement , p. 70.

25-Les SGP, créées par le Conseil des Participations (12 septembre 2001) ont pour mission de gérer pour le compte de l'Etat ses participations dans les entreprises détenues en portefeuille.

26-Cf. N. Grim. " Arrêt du processus de privatisation ; quel avenir pour les SGP ? ". El Watan (supplément économique) 20-26 octobre 2008.

27-A. Bouzidi (in " Quelle est la situation récente du secteur économique public marchand ? ". El Watan. 29 mars 2005) croit devoir souligner à propos de l'interventionnisme étatique : " on frappe toujours avec le même marteau mais dont on a rallongé le manche ".

28-Cf. " Cessons de promulguer des lois " in Le Matin. 29 avril 2004.

29-Les investisseurs privés algériens ont préféré faire du profit facile grâce à l'importation tandis que les repreneurs étrangers potentiels n'étaient pas stimulés par l'état des entreprises publiques privatisées.

30-Cf. El Watan (supplément économique. 29 janvier 2009). O. Ramdane, ex-président du Forum des Chefs d'entreprise, (table ronde organisée par El-Moudjahid en 2008) rappelle que les acquisitions d'entreprises publiques " se

comptent sur les doigts de la main

31-Déclaration de M. Hamiani. " La privatisation : bilan et perspectives ", in El-Acil 2009.

32-Cf. El Watan (supplément économique). 12 juillet 2009.

33-Néanmoins, on peut citer l'abandon par la société tunisienne (Société Générale Industrielle de Filtration " Gif Filter ") d'un projet de création en Algérie d'une unité industrielle par opposition à toute participation algérienne.

34-Voir, par exemple, les réactions de l'économiste Mourad Ouchichi dans le Quotidien d'Oran du 29 juin 2009.

35-Bien qu'ayant réclamé au gouvernement une politique privilégiant la production nationale au détriment des importations, une partie du patronat manifeste son mécontentement vis-à-vis de l'instauration du crédit documentaire comme unique moyen de paiement des importations. Pourtant, cette exigence doit permettre de " professionnaliser et de crédibiliser le métier d'importateur en Algérie " et de " faire un tri important parmi les importations dommageables à une industrie naissante " (déclaration de Abderrahmane Benkhalfa, représentant des banques et établissements financiers).

36-Cf. A. Sid Ahmed. Un projet pour l'Algérie : éléments pour un réel partenariat euro-méditerranéen. Publisud. 1995, p. 61. Sid Ahmed ajoute que " l'approche néolibérale de l'Etat risque de dangereusement accroître le sous-investissement déjà prononcé depuis 1986 dans l'économie – comme en témoigne la sous-utilisation marquée des capacités de production – et de détourner l'investissement des activités porteuses à long terme au profit d'activités à court terme spéculative " (...) " la tendance est à la " bazarisation " de l'économie ".

37- A. Sid Ahmed. " Un projet pour l'Algérie : éléments pour un réel partenariat euro-méditerranéen ", op. cit, p. 23.

38-Les exportations d'hydrocarbures ont atteint, pour la période de 2000-2008, une valeur cumulée de 349 milliards de dollars, selon le Ministère de l'Energie. Le secteur pétrolier et minier a obtenu 17 milliards de dollars d'investissements étrangers durant la même période, soit en moyenne 2 milliards de dollars par an. L'intérêt européen et américain pour ce secteur est trop grand pour que ces investissements cessent quelle que soit la politique algérienne en la matière.

39-Le dernier rapport (2009) de la CNUCED indique que les flux d'IDE vers

l'Algérie, en particulier, ont reculé de 67% au premier trimestre 2009 par rapport à la même période en 2008. El Watan. 22 septembre 2009.

40-" La crise algérienne est de nature institutionnelle avant tout : (...) il existe une interaction dynamique entre institutions et croissance économique, d'où le problème clé des institutions ". Le diagnostice d'A. Sid Ahmed a 14 ans d'existence !. Cf. " Un projet pour l'Algérie ", op. cit, p. 75.

41- Celso Furtado a pu écrire : " Alors que les Algériens disposent de tous les moyens pour maîtriser leurs dépenses de consommation et pour assurer des taux de croissance élevés, ils ne s'en servent pas en raison des insuffisances du cadre institutionnel ". Cf. Préface de l'ouvrage de Sid Ahmed précité, p. 5-6.

42- Cf. C.A. Michalet et J.P. Serini. Rapport. " Le climat des investissements en Algérie. Les changements intervenus depuis 1993 ". ONUDI. 1999.

Notes on the recent mutations of the foreign investment law

The Algeria law of foreign investment is unstable. The last dispositions taken on 2008/2009, which have several interpretations, represent a review, whose terms are legally questionable (especially in the field of standards' hierarchy) (1st part) but whose finalities aim clearly, based ,not on clear ideological options, but on response to contested practices by Algerian authorities, to regulate efficiently the foreign private capital (2nd Part) whose role in developing matter is often overestimated.

NOTES SUR LES MUTATIONS RECENTES DU DROIT DE L'INVESTISSEMENT ETRANGER

Le droit algérien de l'investissement étranger est instable. Les dernières dispositions prises en 2008-2009, dont les interprétations sont diverses, procèdent à une révision dont les modalités sont juridiquement discutables (notamment en matière de hiérarchie des normes (I° partie), mais dont les finalités visent clairement, en s'appuyant non sur des options idéologiques claires mais en réaction à des pratiques contestées par les autorités algériennes, à réguler avec plus d'efficacité le capital privé étranger (II° partie) dont le rôle en matière de développement est le plus souvent surestimé.

تعليق حول التغييرات الحديثة لقانون الاستثمار الأجنبي

أن القانون الجزائري للاستثمار الأجنبي غير مستقر ، إن النصوص الأخيرة المأخوذة في 2008 - 2009 والتي تشمل عدة تفسيرات ، تباشر إعادة النظر في إجراءات التي تناقش من حيث القانون (خاصا في ميدان تدرج القواعد (الجزء I) ، و الذي يقصد بصفة واضحة من حيث النهائية ، و هذا بالثبوت ليسر على خيارات اديولوجيك واضحة و لكن مع تفاعل مع تطبيقا معارضة من طرف السلطات الجزائرية و التي تنظم بأكثر فعالية رأسمال الخاص الأجنبي (الجزء II) و الذي الدور في ميدان التطوير هو الأكثر مقدر .