

A la recherche de la sécurité juridique de l'investissement étranger

Pr ZOUAÏMIA Rachid*

Laboratoire de recherche sur l'effectivité de la norme juridique (LARENJ). Département de droit public, Faculté de Droit et des Sciences Politiques. Université A. Mira Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie rachidzr@yahoo.fr

Résumé :

Si l'investisseur étranger ne procède à des transferts de capitaux que si le l'Etat récipiendaire lui accorde un traitement incitatif, il reste que la décision d'investir est conditionnée en grande partie par le climat des affaires qu'offre le pays d'accueil. Il aspire à ce que ce dernier lui assure une sécurité juridique pleine et entière, laquelle sécurité constitue l'un des facteurs essentiels de la compétitivité d'un pays en ce qu'elle permet d'élargir son attractivité comme marché d'investissement.

S'agissant du cas algérien, l'analyse du cadre juridique des investissements étrangers, tel qu'il découle notamment de la nouvelle loi de 2016, montre la consécration d'un régime dissuasif à l'égard de l'investisseur étranger comme il révèle un net recul des pouvoirs publics en matière de gouvernance dans le domaine des investissements étrangers.

Mots clés :

Investissement étranger – Sécurité juridique – Confiance légitime – Attractivité – Incitations – Gouvernance.

Date de soumission : 02/03/2021, Date d'acceptation : 28/04/2021, Date de publication : 08/06/2021

Pour citer l'article :

ZOUAÏMIA Rachid, « A la recherche de la sécurité juridique de l'investissement étranger ».RARJ, Vol. 12, n° 01 (spécial), 2021, pp. 630-553

Disponible sur: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

L'auteur correspondant : ZOUAÏMIA Rachid, rachidzr@yahoo.fr

البحث عن الأمن القانوني للاستثمار الأجنبي

الملخص:

إذا كان المستثمر الأجنبي لا يشرع في تحويل رؤوس أمواله سوى إذا منحتة الدولة المضيفة معاملة تحفيزية، يبقى أن قرار إنجاز المشروع الاستثماري لا يجسد إلا إذا كان مناخ الأعمال مناسباً حيث يطمح إلى ممارسة نشاطه في ظل أمن قانوني كامل وذلك لأن الأمن يشكل أحد العوامل الأساسية في القدرة التنافسية لأي دولة والتي تجعل من المحتمل توسيع جاذبيتها كسوق استثماري.

أما فيما يخص الوضع في الجزائر، يبين تحليل الإطار القانوني للاستثمارات ولا سيما في ظل قانون 2016 التدهور الأكيد في مادة الأمن القانوني الذي يحق للمستثمر الأجنبي المطالبة به كما يكشف عن تراجع واضح للسلطات العامة من زاوية الحوكمة في مجال الاستثمارات الأجنبية.

الكلمات المفتاحية:

الاستثمار الأجنبي - الأمن القانوني - الثقة المشروعة - الجاذبية - الحوافز - الحوكمة.

In search of the legal security of foreign investments

Summary :

If the foreign investor transfers capital only if the recipient State grants him incentive treatment, the decision to invest is largely conditioned by the business climate of the host country. He aspires to be provided with full legal security, which is one of the essential factors in the competitiveness of a country that increases its attractiveness as an investment market.

With regard to the algerian case, the analysis of the legal framework for foreign investments, as it arises in particular from the new law of 2016, shows the consecration of a dissuasive regime towards the foreign investor as it reveals a clear decline of the public authorities in terms of governance in the field of foreign investments.

Keywords :

Foreign investment – Legal security - Legitimate trust - Attractiveness - Incentives - Governance.

Introduction

Les réformes entamées par les pouvoirs publics en 1993¹ et 2001² dans le domaine des investissements ont été saluées à juste titre par les observateurs dans la mesure où elles ont rompu avec la législation étatiste des années 1980³. A titre d'exemple, dans un rapport sur les politiques d'investissement en Algérie, la CNUCED estime que beaucoup d'efforts ont été enregistrés dans le sens de la libéralisation de l'économie avec la mise en place d'un nouveau dispositif législatif conçu pour soutenir l'investisseur privé national et étranger, que « l'intégration dans l'économie mondiale est affirmée comme moyen de sortir de la trop grande dépendance des hydrocarbures et de diversifier les exportations ». Elle souligne toutefois que toute politique de promotion de l'investissement « ne peut réussir durablement sans les exigences de transparence et de bonne gouvernance »⁴. A ce titre, l'Algérie pourrait bénéficier de réformes supplémentaires notamment en renforçant la transparence des procédures et le cadre réglementaire de l'investissement.

De telles recommandations tournent essentiellement autour de la sécurité de l'investissement. Il ne s'agit pas de la notion de sécurité entendue dans son sens classique, soit le respect de la propriété et l'encadrement des procédures d'expropriation et de nationalisation à l'effet de limiter les prérogatives étatiques et garantir l'indemnisation de l'investisseur selon les règles du droit international⁵. La notion de sécurité juridique a en effet évolué sous l'impulsion de la libéralisation des échanges et des mouvements de capitaux et de la mondialisation de l'économie. A titre d'exemple, dans un rapport ayant trait à la sécurité des investissements français à l'étranger, la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris relève que « les entreprises qui investissent dans les pays hors OCDE rencontrent des risques qui n'étaient pas aussi prédominants dans les années 70 et 80 (...) : expropriations

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

²Ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001 relative au développement de l'investissement, *JORA* n° 47 du 22-08-2001, modifiée et complétée par ordonnance n° 06-08 du 15 juillet 2006 (les modifications ultérieures du texte seront mentionnées *infra*).

³Loi n° 82-13 du 28 août 1982 relative à la constitution et au fonctionnement des sociétés d'économie mixte, *JORA* n° 35 du 31 août 1982, modifiée et complétée par loi n° 86-13 du 19 août 1986, *JORA* n° 35 du 27 août 1986 (abrogée).

⁴CNUCED, *Examen de la politique de l'investissement : Algérie*, Nations Unies, New York et Genève, 2004, p. 95, disponible à l'adresse https://unctad.org/system/files/official-document/iteipc20039_fr.pdf

⁵Sur la question, voir, Dominique CARREAU, Patrick JUILLARD, Régis BISMUTH, Andrea HAMANN, *Droit international économique*, 6^{ème} édition, coll. Précis, Dalloz, Paris, 2017 ; Rachid ZOUAÏMIA, « Le régime des investissements étrangers en Algérie », *Journal du Droit International*, n° 3, 1993, pp. 569-598 ; Mehdi HAROUN, *Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions franco-algériennes*, Litec, Paris, 2000.

déguisées, pratiques restrictives ou discriminatoires, obligations de résultat commercial, instabilité législative ». Elle propose la prise en charge des nouveaux risques dans le cadre de la rénovation des conventions bilatérales d'investissement qui ne prennent en charge que les risques classiques de nationalisation, d'expropriation et de non transfert. Elle suggère, par ailleurs, « d'intégrer, dans les polices d'assurance, les risques d'instabilité législative et réglementaire »⁶.

Ainsi, à la suite de l'évolution du droit international en matière de protection des investissements étrangers, on vise aujourd'hui à assurer à l'investisseur un cadre juridique marqué du sceau de la visibilité qui implique :

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

Certes, l'article 22 de la nouvelle loi de 2016 relative à la promotion de l'investissement prévoit que « Les effets des révisions ou des abrogations portant sur la présente loi, susceptibles d'intervenir à l'avenir ne s'appliquent pas à l'investissement réalisé sous l'empire de cette loi, à moins que l'investisseur ne le demande expressément »⁷. Une telle consécration de la clause de stabilisation législative a pour objet de rendre inopposable à l'investisseur toute modification de la législation postérieure à la date de la conclusion de la convention d'investissement⁸.

Toutefois, la question de la sécurité juridique ne se pose pas à titre exclusif du point de vue des investisseurs. Elle se pose également à l'endroit des investisseurs potentiels, des futurs investisseurs qui sont extrêmement « sensibles à la stabilité de l'environnement législatif dans lequel ils réalisent leur opération »⁹. En effet, l'investisseur étranger potentiel ne procède à des transferts de capitaux que si le climat de l'investissement lui est favorable, que si, en d'autres termes, l'Etat récipiendaire non seulement lui accorde un traitement incitatif, mais lui assure également et surtout une sécurité juridique pleine et entière¹⁰. Comme l'exprime un

⁶Rapport Philippe PINON, *Comment accroître la sécurité des investisseurs français à l'étranger ? Pour une réforme des instruments conventionnels*, 20 janvier 2000, <http://www.etudes.cci.fr/>

⁷ Loi n° 16-09 du 3 août 2016 relative à la promotion de l'investissement, *JORA* n° 46 du 3 août 2016, modifiée et complétée par loi n° 18-13 du 11 juillet 2018 portant loi de finances complémentaire pour 2018, *JORA* n° 42 du 15 juillet 2018, modifiée et complétée par loi n° 20-07 du 4 juin 2020 portant loi de finances complémentaire pour 2020, *JORA* n° 33 du 4 juin 2020.

⁸A ne pas confondre avec la clause d'intangibilité au moyen de laquelle l'Etat récipiendaire s'engage à ne pas user de ses prérogatives de puissance publique en vue de modifier unilatéralement les clauses du contrat qui le lie à l'investisseur.

⁹ Mehdi HAROUN, *Le régime des investissements en Algérie ...*, *op. cit.* p. 708.

¹⁰ Voir, sur la question de la sécurité juridique, Fabien GRECH, « Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 2, 2015, pp. 405-428 ; Francesco MARTUCCI, « Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *Titre VII*, n° 2, 2020, pp. 70-78 ; Anne-Laure CASSARD-VALEEMBOIS, « L'exigence de sécurité juridique et l'ordre juridique

rapport de la Banque Mondiale, « la sécurité juridique et son application rigoureuse et régulière est donc un des facteurs essentiels de la compétitivité d'un pays et permet d'augmenter son attractivité comme marché d'investissement »¹¹. Une telle affirmation prend tout son sens dans une situation de crise économique mondiale où l'attrait de l'investissement productif devient de plus en plus difficile.

Or, au moment où des observateurs avertis considèrent que l'Algérie a engagé des réformes essentielles à l'amélioration du climat d'investissement, que des progrès importants ont été enregistrés dans le sens d'un meilleur traitement de l'investissement, force est de constater qu'on y assiste à une régression qui détériore l'image de l'Algérie dans la compétition mondiale et ce, à travers l'application d'une nouvelle politique qui marque la résurgence de l'Etat interventionniste et omnipotent et ce, à partir de l'année 2009. Les nouveaux textes postérieurs à l'année 2001 introduisent de profonds changements dans le régime applicable à l'investissement étranger : le législateur abandonne le régime unitaire en ressuscitant le régime discriminatoire en vigueur tout au long de la période interventionniste. En un mot, le nouveau dispositif consacre un régime dissuasif tant en ce qui concerne la constitution que le traitement de l'investissement étranger comme il révèle un net recul des pouvoirs publics en matière de gouvernance dans le domaine des investissements étrangers¹². De telles remarques restent valables aujourd'hui à la lecture du nouveau dispositif de la loi du 3 août 2016 précitée.

L'analyse du cadre juridique des investissements montre en effet une certaine dégradation de la sécurité juridique dont est en droit de se prévaloir l'investisseur. Une telle dégradation résulte essentiellement :

français : "je t'aime, moi non plus..."», *Titre VII*, n° 2, 2020, pp. 1-10 ; Guillaume VALDELIEVRE, « La sécurité juridique – le point de vue de l'avocat », *Titre VII*, n° 2, 2020, pp. 11-19 ; Sylvia BRUNET, « La conception originelle de la sécurité juridique : l'Allemagne », *Titre VII*, n° 2, 2020, pp. 79-90.

¹¹Banque Mondiale, *Le droit des affaires et le développement du secteur privé en Algérie*, Département Finance, Secteur Privé et Infrastructure Région Moyen-Orient et Afrique du Nord, Washington, 27 Avril 2005, p. 26.

¹² Voir, Rachid ZOUAÏMIA, « Réflexions sur la sécurité juridique de l'investissement étranger en Algérie », *Revue Académique de la Recherche Juridique*, n° 1, 2010, pp. 4-25 ; du même auteur, « Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'Etat dirigiste en Algérie », *Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques*, n° 2, 2011, pp. 5-38 ; du même auteur, « Le cadre juridique des investissements en Algérie : Les figures de la régression », *Revue Académique de la Recherche*, n° 2, 2013, pp. 5-22 ; Amelle GUESMI, Ammar GUESMI, « Patriotisme économique, investissements étrangers et sécurité juridique », in *L'exigence et le droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Mohand Issad*, AJED Edition, Alger, 2011, pp. 263-294 ; Achour TAIBI, « Les limites du principe de la liberté d'investir en droit algérien », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, 2013, pp.763-787 ; Nouredine TERKI, « L'investissement direct étranger et le retour au protectionnisme », in Walid LAGGOUNE (s/dir.), *Algérie : Cinquante ans après. La part du droit*, Tome I, AJED Editions, Alger, 2013, pp. 375-400.

- de la prolifération désordonnée des textes qu'accompagne une instabilité croissante des règles. Un droit complexe et mouvant finit en effet par faire perdre l'avantage comparatif dont on pourrait créditer le climat d'affaires algérien par rapport à celui d'autres pays, notamment de la zone du Maghreb ;
- d'une carence notable dans le domaine de la gouvernance qui impacte directement le libre accès au marché de l'investissement.

I – Les carences en matière de stabilité : le désordre juridique

Dans la mesure où les investisseurs accordent un intérêt majeur à des cadres juridiques et institutionnels stables, lisibles et à l'abri des incertitudes, il est essentiel que les politiques publiques en matière d'investissement soient prévisibles et que le cadre juridique qui en constitue l'assise soit marqué d'une certaine permanence. Toute politique destinée à attirer l'investissement étranger ne peut faire l'économie d'un minimum de lisibilité. Cela signifie qu'elle doit s'intégrer dans une stratégie de développement marquée du sceau de la clarté et de la cohérence. Elle doit s'inscrire en outre dans la durée parce que les positionnements pris par les investisseurs potentiels supposent des règles constantes. Certes, les textes destinés à encadrer une telle politique et à en assurer l'effectivité peuvent faire l'objet de correctifs et d'amendements, il convient toutefois « d'éviter des transformations normatives trop fréquentes ou trop rapides et prévoir, en de tels cas, des mesures transitoires »¹³.

Or, sur ces registres, force est de constater que l'image de l'Algérie dans la compétition internationale pour attirer les investissements étrangers s'avère peu reluisante. On relève en effet des revirements dans la pratique des pouvoirs publics que l'on peut repérer au plan des règles juridiques qui gouvernent l'investissement étranger et ce, à trois niveaux : l'association minoritaire obligatoire avec un investisseur résident, le droit de préemption, le régime applicable au foncier industriel.

1 - La condition d'une association minoritaire obligatoire

La condition d'un partenariat obligatoire qui s'impose aux investisseurs étrangers a été consacrée par la loi de finances complémentaire pour 2009. Celle-ci introduit l'article 4 bis dans l'ordonnance n° 01-03 relative au développement de l'investissement lequel précise en son alinéa 2 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. Par actionnariat national, il peut être entendu l'addition de plusieurs partenaires »¹⁴. Des modificatifs sont apportés au

¹³Julien DELLAUX, « Le principe de sécurité juridique en droit constitutionnel : Signes et espoirs d'une consolidation de l'ordre juridique interne et de l'Etat de droit », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 3, 2019, p. 666.

¹⁴Ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009, *JORA* n° 44 du 26 juillet 2009.

texte en cause à quatre (4) reprises par la loi de finances complémentaire pour 2010¹⁵, la loi de finances pour 2012¹⁶, la loi de finances pour 2013¹⁷ et la loi de finances pour 2014¹⁸. Enfin, la loi de finances pour 2016 reprend le dispositif dans son ensemble à l'article 66 ainsi libellé : « 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 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 »¹⁹.

Consacré par la loi de finances, le partenariat minoritaire obligatoire n'a pas été repris dans la nouvelle loi relative au développement de l'investissement mais a fait l'objet d'un aménagement dans la loi de finances pour 2020. L'article 109 modifie le dispositif de l'article 66 de la loi de finances pour 2016 en ces termes : « L'exercice des activités de production de biens et de services, revêtant un caractère stratégique pour l'économie nationale, est subordonné à la constitution d'une société de droit algérien dont le capital est détenu, au moins, à 51% par l'actionnariat national résident (...).

La liste des activités de production de biens et de services, présentant un intérêt stratégique pour l'économie nationale est fixée par voie réglementaire »²⁰. Ainsi, ne sont soumis à la règle 49/51 % que les investissements étrangers réalisés dans des activités considérées stratégiques par les pouvoirs publics.

Toutefois ledit dispositif est abrogé par la loi de finances complémentaire pour 2020²¹ qui dispose en son article 49 : « A l'exclusion des activités d'achat revente de produits et celles revêtant un caractère stratégique, relevant des secteurs définis à l'article 51 ci-dessous, qui demeurent assujetties à une participation d'actionnariat national résident à hauteur de 51%, toute autre activité de production de biens et services est ouverte à l'investissement étranger sans obligation d'association avec une

¹⁵ Ordonnance n° 10-01 du 26 août 2010 portant loi de finances complémentaire pour 2010, *JORA* n° 49 du 29 août 2010.

¹⁶ Loi n° 11-16 du 28 décembre 2011 portant loi de finances pour 2012, *JORA* n° 72 du 29 décembre 2011.

¹⁷ Loi n° 12-12 du 26 décembre 2012 portant loi de finances pour 2013, *JORA* n° 72 du 30 décembre 2012.

¹⁸ Loi n° 13-08 du 30 décembre 2013 portant loi de finances pour 2014, *JORA* n° 68 du 31 décembre 2013.

¹⁹ Loi n° 15-18 du 30 décembre 2015 portant loi de finances pour 2016, *JORA* n° 72 du 31 décembre 2015.

²⁰ Loi n° 19-14 du 11 décembre 2019 portant loi de finances pour 2020, *JORA* n° 81 du 30 décembre 2019.

²¹ Loi n° 20-07 du 4 juin 2020 portant loi de finances complémentaire pour 2020, *JORA* n° 33 du 4 juin 2020.

partie locale »²². Par ailleurs, la liste des activités stratégiques ne relève plus du pouvoir exécutif mais est précisée par le législateur : en vertu des dispositions de l'article 50 de la même loi, « Sont considérés stratégiques, les secteurs suivants :

- L'exploitation du domaine minier national, ainsi que toute ressource souterraine ou superficielle relevant d'une activité extractive en surface ou sous terre, à l'exclusion des carrières de produits non minéraux ;
- L'amont du secteur de l'énergie et de toute autre activité régie par la loi sur les hydrocarbures, ainsi que l'exploitation du réseau de distribution et d'acheminement de l'énergie électrique par câbles et d'hydrocarbures gazeux ou liquides par conduites aériennes ou souterraines ;
- Les industries initiées ou en relation avec les industries militaires relevant du ministère de la défense nationale ;
- Les voies de chemin de fer, les ports et les aéroports ;
- Les industries pharmaceutiques, à l'exception des investissements liés à la fabrication de produits essentiels innovants, à forte valeur ajoutée, exigeant une technologie complexe et protégée, destinés au marché local et à l'exportation.

Les modalités d'application de cette mesure sont précisées, en tant que de besoin, par voie réglementaire ».

Enfin, la loi de finances pour 2021 modifie le dispositif de l'article 49 de la loi de finances complémentaire pour 2020 en ces termes : « A l'exclusion de l'activité d'importation de matières premières, produits et marchandises destinés à la revente en l'état et celles revêtant un caractère stratégique, relevant des secteurs définis à l'article 50 de la loi n° 20-07 du 4 juin 2020 portant loi de finances complémentaire pour 2020, qui demeurent assujetties à une participation d'actionnariat national résident à hauteur de 51%, toute autre activité de production de biens et services, est ouverte à l'investissement étranger sans obligation d'association avec une partie locale »²³.

On le voit, il est difficile de se retrouver dans ce véritable maquis de textes qui s'enchevêtrent au point de rebuter mêmes les spécialistes du droit. La question est d'autant préoccupante qu'il n'y a pas de service dédié à la codification en charge de l'actualisation des textes en vue d'en présenter des versions consolidées et actualisées de sorte à favoriser leur accès matériel par tout investisseur. C'est ainsi que le centre national du registre de commerce continue d'exiger des investisseurs étrangers un partenariat minoritaire même dans les secteurs non soumis à la règle des 49/51 %²⁴.

²² En réalité, il s'agit des dispositions de l'article 50 et non de celles de l'article 51.

²³ Loi n° 20-16 du 31 décembre 2020 portant loi de finances pour 2021, *JORA* n° 83 du 31 décembre 2020.

²⁴ Saïd RABIA, « Investissement : Pourquoi ça bloque », *El Watand* 18 février 2021.

2 - Le droit de préemption

A l'origine, le droit de préemption a été consacré par la loi de finances complémentaire pour 2009 qui introduit dans le texte de l'ordonnance n° 01-03 un article 4 *quinquies* ainsi libellé : « L'Etat ainsi que les entreprises publiques économiques disposent d'un droit de préemption sur toutes les cessions de participations des actionnaires étrangers ou au profit d'actionnaires étrangers.

Le droit de préemption s'exerce conformément aux prescriptions du code de l'enregistrement.

Les modalités d'application du présent article seront précisées, en tant que de besoin, par voie réglementaire ».

La loi de finances complémentaire pour 2010 modifie le même texte en précisant que « Toute cession est subordonnée, à peine de nullité, à la présentation d'une attestation de renonciation à l'exercice du droit de préemption, délivrée par les services compétents du ministre chargé de l'investissement après délibération du Conseil des participations de l'Etat ».

Enfin, la loi de finances pour 2014 modifie le dispositif pour détailler les règles ayant trait à la renonciation de l'Etat à exercer son droit de préemption.

A la suite de ces modifications de l'ordonnance n° 01-03 relative au développement des investissements au moyen d'une loi de finances et de deux lois de finances complémentaires, le dispositif a été repris par la loi n° 16-09 du 3 août 2016 relative au développement de l'investissement dont l'article 30 précise : « Nonobstant les dispositions de l'article 29 ci-dessus, l'Etat dispose d'un droit de préemption sur toutes les cessions d'actions ou de parts sociales réalisées par ou au profit d'étrangers.

Les modalités d'exercice du droit de préemption sont fixées par voie réglementaire ».

Quant à l'article 31, il est ainsi libellé : « Constitue une cession indirecte de société de droit algérien, la cession à hauteur de 10% ou plus, des actions ou parts sociales d'entreprise étrangère détenant des participations dans la première citée.

La cession indirecte de société de droit algérien ayant bénéficié d'avantages ou de facilités lors de son implantation, donne lieu à l'information du conseil des participations de l'Etat.

Le pourcentage cité ci-dessus, concerne la cession en une seule ou plusieurs opérations cumulées au profit d'un même acquéreur.

Le non-respect de la formalité citée à l'alinéa 2 ci-dessus, ou l'objection motivée formulée par le conseil des participations de l'Etat, dans un délai d'un (1) mois à compter de la réception de l'information relative à la cession, confère à l'Etat un droit de préemption portant sur une proportion du capital social correspondant à celle du

capital objet de cession à l'étranger, sans dépasser la part du cessionnaire dans le capital social de la société de droit algérien.

Les modalités d'exercice du droit de préemption sont fixées par voie réglementaire ».

De telles dispositions ont fait l'objet d'une série de critiques d'abord en ce qu'elles s'appliquent dans n'importe quel secteur d'activité au lieu de ne toucher que des activités considérées comme stratégiques, ensuite du fait qu'elles rompent l'égalité de traitement entre investisseurs nationaux et investisseurs étrangers, égalité de traitement pourtant consacrée par la plupart des conventions bilatérales conclues par l'Algérie avec des Etats étrangers.

Le droit de préemption tel que prévu par la loi n° 16-09 est remis en cause par la loi n° 20-07 du 4 juin 2020 portant loi de finances complémentaire pour 2020. Celle-ci abroge purement et simplement les articles 30 et 31 de la loi n° 16-09²⁵. Toutefois, le même texte législatif ajoute en son article 52 que « Toute cession de parts par des parties étrangères à d'autres parties étrangères, du capital social d'une entité de droit algérien exerçant dans l'une des activités stratégiques définies à l'article 51 de la présente loi, est soumise à autorisation du Gouvernement.

Toute cession d'actifs d'une partie étrangère non résidente vers une partie nationale résidente, est assimilée à une importation de bien ou de service et obéit de ce fait aux dispositions régissant le contrôle de change en matière de transfert des produits des opérations de la cession.

Les modalités d'application du présent article sont définies par voie réglementaire ».

Ainsi, le droit de préemption est remplacé par une autorisation gouvernementale dans le cas d'une cession entre investisseurs étrangers et ne s'applique que dans les activités stratégiques.

Enfin, la loi de finances pour 2021 modifie les termes de l'article 52 précité en ces termes : « Toute cession d'actions ou de parts sociales, détenues dans le capital social d'une société de droit algérien exerçant dans l'un des secteurs stratégiques prévus par l'article 50 de la loi n° 20-07 du 4 juin 2020 portant loi de finances complémentaire pour 2020, réalisée au profit de personnes physiques ou morales étrangères, est subordonnée à l'autorisation préalable des services habilités ». L'article en cause ajoute : « Les modalités d'application de cette disposition sont définies par voie réglementaire ».

Ce n'est plus le gouvernement qui autorise de telles cessions mais les services habilités. Il reste ainsi à déterminer ce que recouvre cette vague notion de services habilités.

²⁵ Article 53 de la loi n° 20-07 du 4 juin 2020 portant loi de finances complémentaire pour 2020, *op. cit.*

3 – Le cas du foncier industriel

La question du foncier industriel reste l'un des obstacles majeurs auxquels sont confrontés les investisseurs tant nationaux qu'étrangers. La concession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissement qui devait être soumise à des règles simples, accessibles et stables a fini par constituer l'une des manifestations les plus saillantes de l'insécurité juridique née de la versatilité du législateur²⁶.

Comme le relève un rapport de la CNUCED, « le foncier est un des plus importants obstacles à la création et au développement d'un secteur privé national et étranger dynamique en Algérie. L'accès au foncier industriel est difficile en raison de la rareté ou de l'indisponibilité de terrains, du coût de ces derniers et de manœuvres spéculatives »²⁷. Face à une telle donnée, les pouvoirs publics ont entrepris la mise en place d'un mécanisme d'accès aux assiettes foncières nécessaires à l'implantation de projets industriels : c'est l'objet de l'ordonnance du 30 août 2006 ayant trait à la concession et à la cession des biens fonciers de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissement²⁸. Celle-ci consacre la formule de la concession pour une durée de 20 ans renouvelable, convertible en droit de cession lorsqu'il s'agit de projets à caractère industriel, touristique ou de services, sous réserve de réalisation effective de ces projets d'investissement et de leur mise en service.

En outre, divers textes d'application de l'ordonnance ont été adoptés en 2007 : ils ont trait aux modalités d'application de l'ordonnance²⁹, à la création d'une agence d'intermédiation et de régulation foncière³⁰, à l'organisation et au fonctionnement d'un comité d'assistance à la localisation et à la promotion des investissements et la régulation du foncier³¹, enfin aux conditions et modalités de gestion, de concession et

²⁶ Sur la question, voir Ammar BELHIMER, « L'exigence de sécurité juridique et les obstacles à sa mise en œuvre », *RASJEP*, n° 4, 2013, p. 9.

²⁷ CNUCED, *Examen de la politique de l'investissement : Algérie*, Nations Unies, New York et Genève, 2004, *op. cit.*

²⁸ Ordonnance n° 06-11 du 30 août 2006 fixant les conditions et modalités de concession et de cession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissement, *JORA* n° 53 du 30 août 2006 (abrogée).

²⁹ Décret exécutif n° 07-121 du 23 avril 2007 portant application des dispositions de l'ordonnance n° 06-11 du 30 août 2006 fixant les conditions et modalités de concession et de cession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissement, *JORA* n° 27 du 25 avril 2007 (abrogé).

³⁰ Décret exécutif n° 07-119 du 23 avril 2007 portant création de l'agence nationale d'intermédiation et de régulation foncière et fixant ses statuts, *JORA* n° 27 du 25 avril 2007, modifié et complété par décret exécutif n° 12-126 du 19 mars 2012, *JORA* n° 17 du 25 mars 2012.

³¹ Décret exécutif n° 07-120 du 23 avril 2007 portant organisation, composition et fonctionnement du comité d'assistance à la localisation et à la promotion des investissements et de la régulation du foncier, *JORA* n° 27 du 25 avril 2007 (abrogé), décret exécutif n° 10-20 du 12 janvier 2010 portant organisation, composition et fonctionnement du comité d'assistance à la localisation et à la promotion des investissements et de la régulation du foncier, *JORA* n° 04 du 17 janvier 2010.

de cession des actifs résiduels des entreprises publiques dissoutes ou excédentaires des entreprises en activité³².

Tout cet arsenal est remis en cause en 2008 : l'ordonnance de 2006 est en effet abrogée par une ordonnance du 1^{er} septembre 2008³³. Le nouveau texte prévoit en son article 4 que « les terrains domaniaux destinés à recevoir des projets d'investissement font l'objet de concession pour une durée minimale de trente-trois (33) ans renouvelable et maximale de quatre-vingt-dix-neuf (99) ans ». Le législateur opère ainsi un revirement en abandonnant le mécanisme de la cession, ce qui signifie que tous les textes réglementaires pris pour l'application de l'ordonnance de 2006 perdent leur base légale en ce qu'ils traitent des procédures de cession et de concession. C'est ainsi que les pouvoirs publics ont entrepris l'adoption de nouveaux textes réglementaires en application de l'ordonnance du 1^{er} septembre 2008 : il s'agit d'un décret exécutif ayant trait aux modalités et conditions de concession de terrains relevant du domaine privé de l'Etat³⁴, d'un décret exécutif relatif aux conditions et modalités de concession des actifs résiduels des entreprises publiques dissoutes ou excédentaires des entreprises en activité³⁵.

Par ailleurs, et au point de vue des modalités juridiques de la concession, la loi du 1^{er} septembre 2008 prévoit en son article 3 que « les terrains relevant du domaine privé de l'Etat disponibles sont concédés sur la base d'un cahier des charges, aux enchères publiques ouvertes ou restreintes ou de gré à gré ». Le texte législatif retient la procédure de concession aux enchères publiques comme règle de principe : elle est autorisée par arrêté du ministre chargé du tourisme³⁶, par arrêté du ministre chargé de l'industrie et de la promotion des investissements³⁷, par arrêté du ministre chargé de

³²Décret exécutif n° 07-122 du 23 avril 2007 fixant les conditions et modalités de gestion des actifs résiduels des entreprises publiques autonomes et non autonomes dissoutes et des actifs excédentaires des entreprises publiques économiques et des actifs disponibles au niveau des zones industrielles, *JORA* n° 27 du 25 avril 2007 (abrogé).

³³Ordonnance n° 08-04 du 1^{er} septembre 2008 fixant les conditions et modalités de concession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissement, *JORA* n° 49 du 3 septembre 2008.

³⁴Décret exécutif n° 09-152 du 2 mai 2009 fixant les conditions et modalités de concession des terrains relevant du domaine privé de l'Etat destinés à la réalisation de projets d'investissements, *JORA* n° 27 du 6 mai 2009.

³⁵Décret exécutif n° 09-153 du 2 mai 2009 fixant les conditions et modalités de concession et de gestion des actifs résiduels des entreprises publiques autonomes et non autonomes dissoutes et des actifs excédentaires des entreprises publiques économiques, *JORA* n° 27 du 6 mai 2009.

³⁶Lorsque le terrain concerné relève du foncier touristique constructible, sur proposition de l'organisme chargé du foncier touristique sur la base d'un cahier des charges qui définit le concept du projet à réaliser et les critères qu'il devra réunir.

³⁷Lorsque le terrain concerné relève d'organismes publics chargés de la régulation et de l'intermédiation foncière.

l'aménagement du territoire³⁸, ou, enfin, par arrêté du wali territorialement compétent³⁹.

A titre dérogatoire, les terrains en cause peuvent être concédés de gré à gré lorsque les projets d'investissement :

- présentent un caractère prioritaire et d'importance nationale ;
- participent à la satisfaction de la demande nationale de logements ;
- sont fortement créateurs d'emplois ou de valeur ajoutée ;
- contribuent au développement des zones déshéritées ou enclavées.

Dans ce cas de figure, la concession est autorisée par le Conseil des ministres sur proposition du Conseil national de l'investissement.

De telles dispositions sont remises en cause par la loi de finances complémentaire pour 2011 qui supprime le recours aux enchères publiques pour s'en tenir à la concession de gré à gré. Par ailleurs, le texte opère un revirement s'agissant des organes compétents en la matière : le pouvoir de décision est concentré entre les mains du wali qui doit cependant agir sur proposition de divers organes : comité d'assistance à la localisation et à la promotion des investissements et de la régulation du foncier (CALPIREF), organisme gestionnaire de la ville nouvelle ou après avis favorable de l'agence nationale de développement du tourisme. Dans ces trois cas de figure, la loi requiert l'accord préalable du ministre sectoriellement compétent.

Les mêmes dispositions sont modifiées par la loi de finances pour 2013 qui précise que l'accord préalable du ministre concerné n'est requis que dans le cas des terrains situés à l'intérieur du périmètre d'une ville nouvelle (il s'agit en l'occurrence du ministre chargé de l'aménagement du territoire).

Le dispositif de la loi du 1^{er} septembre 2008 est une nouvelle fois modifié par la loi de finances pour 2015⁴⁰ et la loi de finances complémentaire pour 2015 : l'article 5 de la loi est ainsi libellé à la suite du modificatif :

« La concession de gré à gré est autorisée par arrêté du wali :

- sur proposition du directeur de wilaya en charge de l'investissement agissant, chaque fois que de besoin, en relation avec les directeurs de wilaya des secteurs concernés, pour les terrains relevant du domaine privé de l'Etat, des actifs résiduels des entreprises publiques dissoutes, des actifs excédentaires des entreprises publiques

³⁸ Lorsque le terrain relève du périmètre de la ville nouvelle, sur proposition de l'organisme chargé de sa gestion et ce, conformément au plan d'aménagement de la ville nouvelle.

³⁹ Sur proposition d'un comité dont l'organisation, la composition et le fonctionnement sont fixés par voie réglementaire.

⁴⁰ Loi n° 14-10 du 30 décembre 2014 portant loi de finances pour 2015, *JORA* n° 78 du 31 décembre 2014.

économiques ainsi que des terrains relevant des zones industrielles et des zones d'activité ;

- sur proposition de l'organisme gestionnaire de la ville nouvelle pour des terrains situés à l'intérieur de la ville nouvelle après accord du ministre en charge de la ville ;
- après avis favorable de l'agence nationale de développement du tourisme pour les terrains relevant d'une zone d'expansion touristique et après accord du ministre en charge du tourisme » 2015⁴¹.

Le texte de l'article 5 précité a fait l'objet de nouvelles modifications introduites par la loi de finances pour 2019 qui y ajoute « sur proposition de l'organisme gestionnaire des parcs technologiques pour les terrains situés à l'intérieur desdits parcs après accord du ministre en charge des technologies de l'information et de la communication »⁴². De telles dispositions sont encore modifiées par la loi de finances pour 2020 : l'accord du ministre en charge des technologies de l'information et de la communication est remplacé par celui du ministre en charge des technologies de l'information et de la communication⁴³.

Enfin, la loi de finances complémentaire pour 2020 modifie une fois de plus les termes de l'article 5 de la loi du 1^{er} septembre 2008 : à l'accord du ministre en charge des technologies de l'information et de la communication, la loi substitue « l'accord du ministre en charge de la micro-entreprise, des start-up et de l'économie de la connaissance »⁴⁴.

On en arrive ainsi à une situation de grande instabilité qui dénote l'absence de vision stratégique des pouvoirs publics et les errements du législateur dans le domaine des investissements, ce qui ne manque pas de décourager tout investisseur potentiel en quête de stabilité juridique et de visibilité, « L'insécurité juridique pouvant résulter de la complexité excessive des règles »⁴⁵.

II – Les carences en matière de gouvernance

A l'origine, le législateur met en œuvre à travers l'ordonnance de 2001 une politique attractive en direction de l'investissement étranger, notamment à travers l'institution d'un guichet unique au niveau de l'ANDI, destiné à faciliter et simplifier

⁴¹ Ordonnance n° 15-01 du 23 juillet 2015 portant loi de finances complémentaire pour 2015, *JORA* n° 40 du 23 juillet 2015.

⁴² Loi n° 18-18 du 27 décembre 2018 portant loi de finances pour 2019, *JORA* n° 79 du 30 décembre 2018.

⁴³ Loi n° 19-14 du 11 décembre 2019 portant loi de finances pour 2020, *JORA* n° 81 du 30 décembre 2019.

⁴⁴ Loi n° 20-07 du 4 juin 2020 portant loi de finances complémentaire pour 2020, *JORA* n° 33 du 4 juin 2020.

⁴⁵ Fabien GRECH, « Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français », *op. cit.*, p. 406 et s.

les démarches de l'investisseur⁴⁶. On assiste par ailleurs à la mise en place d'autorités de régulation qui, par leur proximité avec les milieux d'affaires, traduisent la volonté des pouvoirs publics d'adopter les règles de la gouvernance et rompre avec le fonctionnement bureaucratique de l'administration classique, notamment des ministères. A la suite de la modification du texte par de multiples lois de finances et lois de finances complémentaires comme à la suite de la promulgation de la loi de 2016 relative à la promotion de l'investissement, on constate une remise en cause d'une telle démarche du législateur et ce, à un triple niveau : on relève en effet l'incursion d'un « droit clandestin » dans le domaine de l'investissement, la mise en place d'un « droit spectacle » et l'enchevêtrement des dispositifs juridiques.

1 - La question de la législation « clandestine »

L'une des pratiques préférées des pouvoirs publics consiste à modifier et abroger des dispositions des textes législatifs ayant trait aux investissements de manière « clandestine » en ce qu'elles sont dissimulées dans le maquis des lois de finances et des lois de finances complémentaires. Ce recours abusif et répété à ce qu'on appelle la technique des « cavaliers budgétaires » a touché l'ordonnance de 2001 relative au développement de l'investissement à six (6) reprises⁴⁷ tandis que la nouvelle loi relative à la promotion de l'investissement a été modifiée à deux (2) reprises⁴⁸. La loi de finances devient ainsi l'outil préféré des autorités pour légiférer de façon discrète sur des sujets parfois source de désaccords.

A titre d'exemple, la suppression du droit de préemption au profit de l'Etat a été consacrée par la loi de finances complémentaire pour 2020 dont l'article 53 dispose : « Les dispositions de l'article 46 de l'ordonnance n° 10-01 portant loi de finances complémentaire pour 2010 et celles des articles 30 et 31 de la loi n° 16-09 du 3 août 2016 relative à la promotion de l'investissement, sont abrogées ». Une telle disposition est passée inaperçue, même aux yeux des spécialistes du droit des investissements⁴⁹!

Au plan pratique, la procédure suivie, celle de la modification du texte législatif par les lois de finances ou les lois de finances complémentaires, pose un problème de complexité et de lisibilité des règles juridiques en ce sens que la connaissance du régime applicable à l'investissement nécessite l'accès à une multitude de textes épars. Par ailleurs, et au plan juridique, la loi de finances a un objet précis : en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 7 juillet 1984, les lois de finances « fixent la nature, le montant et l'affectation des ressources et des charges financières de l'Etat ». En

⁴⁶Voir décret exécutif n° 06-356 du 9 octobre 2006 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Agence nationale de développement de l'investissement, *JORA* n° 64 du 11 octobre 2006, modifié et complété par décret exécutif n° 17-100 du 05 mars 2017, *JORA* n° 16 du 08 mars 2017.

⁴⁷ 2009, 2010, 2012, 2013, 2014 et 2015.

⁴⁸ 2018, 2020.

⁴⁹Loi n° 20-07 du 4 juin 2020 portant loi de finances complémentaire pour 2020, *op. cit.*

outre, l'article 3 du même texte juridique dispose que « La loi de finances de l'année prévoit et autorise pour chaque année civile, l'ensemble des ressources et des charges de l'Etat, ainsi que les autres moyens financiers destinés au fonctionnement des services publics. Elle prévoit, et autorise en outre, les dépenses destinées aux équipements publics, ainsi que les dépenses en capital »⁵⁰.

Il en est de même de la nouvelle loi organique relative aux lois de finances qui dispose en son article 6 : « La loi de finances de l'année prévoit et autorise, pour chaque année civile, l'ensemble des ressources et des charges de l'Etat destinées à la réalisation des programmes de l'Etat, conformément aux objectifs définis et aux résultats attendus et faisant l'objet d'une évaluation » L'article 7 du même texte précise que « La loi de finances rectificative a pour objet de modifier ou de compléter, en cours d'année, les dispositions de la loi de finances de l'année » tandis qu'en vertu de l'article 8, « La loi portant règlement budgétaire est l'acte par lequel il est rendu compte de l'exécution de la loi de finances de l'année et des lois de finances rectificatives relatives à la même année ». Enfin et selon les termes de l'article 9 : « Aucune disposition ne peut être insérée dans les lois de finances si elle n'entre pas dans l'objet de ces lois »⁵¹.

On en conclut que les modifications de l'ordonnance relative au développement de l'investissement comme celles de la loi relative à la promotion de l'investissement n'entrent nullement dans l'objet des lois de finances⁵².

Ainsi, c'est au niveau du cadre juridique de l'investissement que s'exprime sans doute le mieux le manque de lisibilité de la politique nationale en matière d'investissement. Celle-ci résulte de l'absence de stratégie claire qui constitue un indicateur de la « non gouvernance » dans la mesure où la bonne gouvernance inclut nécessairement l'anticipation qui permet de rassurer les investisseurs à travers la clarté des dispositifs mis en place et leur accessibilité.

⁵⁰ Loi n° 84-17 du 7 juillet 1984 relative aux lois de finances, *JORA* n° 28 du 10 juillet 1984, modifiée et complétée par loi n° 88-05 du 12 Janvier 1988, *JORA* n° 02 du 13 janvier 1988, modifiée et complétée par loi n° 89-24 du 31 décembre 1989, *JORA* n° 01 du 3 janvier 1990, modifiée et complétée par décret législatif n° 93-01 du 19 janvier 1993 portant loi de finances pour 1993, *JORA* n° 04 du 20 janvier 1993, modifiée et complétée par décret législatif n° 93-18 du 29 décembre 1993 portant loi de finances pour 1994, *JORA* n° 88 du 30 décembre 1993, loi n° 15-18 du 30 décembre 2015 portant loi de finances pour 2016, *JORA* n° 72 du 31 décembre 2015.

⁵¹Loi organique n° 18-15 du 2 septembre 2018 relative aux lois de finances, *JORA* n° 53 du 2 septembre 2018 (rectificatif *inJORA* n° 62 du 17 octobre 2018), modifiée et complétée par loi organique n° 19-09 du 11 décembre 2019, *JORA* n° 78 du 18 décembre 2019.

⁵² Sur la question, Salem AIT YOUCEF, *Les cavaliers budgétaires comme source du droit des affaires en Algérie*, Le Lys Bleu, Paris, 2019.

2 - Le droit spectacle

L'effectivité de la règle de droit, qui constitue l'une des exigences majeures de l'Etat de droit, commande qu'elle soit de nature à être appliquée *in concreto*. Ce qui signifie que les pouvoirs publics doivent se départir de la promulgation de « lois spectacles » juste destinées à jouer un rôle décoratif aux yeux des investisseurs étrangers. Dans le cas algérien, il est aisé de relever que certaines règles juridiques ne sont édictées que pour remplir une fonction décorative ; c'est l'essence du droit spectacle qui peut être illustré à travers deux exemples :

- Dans un premier cas de figure, le texte législatif renvoie pour son application à un texte réglementaire qui ne verra pas le jour. A titre d'exemple, l'article 83 alinéa 3 de l'ordonnance n° 03-11 relative à la monnaie et au crédit dispose : « L'Etat détient une action spécifique dans le capital des banques et établissements financiers à capitaux privés en vertu de laquelle il est représenté, sans droit de vote, au sein des organes sociaux.

Les modalités d'application de la présente disposition sont précisées par voie réglementaire ».

Par ailleurs, l'article 94 du même texte législatif précise en ses derniers alinéas que « L'Etat dispose d'un droit de préemption sur toute cession d'actions ou de titres assimilés d'une banque ou d'un établissement financier.

Les modalités d'application des deux alinéas précédents sont précisées, en tant que de besoin, par voie réglementaire ».

De telles dispositions des articles 83 et 94 ont été introduites dans le texte de l'ordonnance relative à la monnaie et au crédit en 2010⁵³ : en 2021, soit plus de dix années plus tard, les textes réglementaires dont il est question n'ont toujours pas été promulgués. Ce qui signifie qu'un tel dispositif participe tout simplement du droit spectacle et n'a pas été adopté pour être mis en application.

- Dans un second cas de figure, le texte juridique est soit inapplicable, soit ne peut donner satisfaction en raison de la déficience des procédures qu'il institue. Dans cette optique, l'article 11 de la loi de 2016 relative à la promotion de l'investissement dispose : « Tout investisseur s'estimant lésé, au titre du bénéfice des avantages, par une administration ou un organisme chargé de la mise en œuvre de la présente loi ou faisant l'objet d'une procédure de retrait ou de déchéance engagée en application des dispositions de l'article 34 ci-dessous, dispose d'un droit de recours exercé auprès d'une commission dont la composition, l'organisation et le fonctionnement sont fixés par voie réglementaire, sans préjudice de son droit de recours auprès de la juridiction compétente ». En vertu du texte d'application de la loi, soit le décret exécutif instituant une commission de recours compétente en matière de promotion de

⁵³ Ordonnance n° 10-04 du 26 août 2010 modifiant et complétant l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, *JORA* n° 50 du 1^{er} septembre 2010.

l'investissement, « La commission statue en matière de recours introduits par tout investisseur s'estimant lésé au titre du bénéfice des avantages prévus par la loi n° 16-09 du 3 août 2016, susvisée, par une administration ou un organisme chargé de la mise en œuvre de ladite loi, ou faisant l'objet de retrait ou de déchéance »⁵⁴.

Présidée par le ministre en charge des investissements ou son représentant, elle comprend :

- un représentant du ministre chargé de l'intérieur et des collectivités locales, ayant rang de directeur de l'administration centrale, membre ;
- un représentant du ministre chargé de la justice, ayant rang de directeur de l'administration centrale, membre ;
- deux (2) représentants du ministre chargé des finances, ayant rang de directeur de l'administration centrale, membres ;
- un représentant de l'agence nationale de développement de l'investissement, ayant rang de directeur, membre ;
- un représentant du ministère concerné par l'investissement, objet du recours.

Si l'on ne peut préjuger de ses capacités à jouer le rôle qui lui est imparti par les textes juridiques, force est de constater qu'un tel organe ne peut remplir ses missions lorsque, par exemple, les avantages auxquels prétend l'investisseur étranger relèvent des prérogatives du Conseil national de l'investissement. En effet, l'article 14 de la loi n° 16-09 relative à la promotion de l'investissement dispose « Nonobstant les dispositions de l'article 8 ci-dessus, l'octroi des avantages aux investissements dont le montant est égal ou supérieur à cinq milliards de dinars (5.000.000.000 DA) est soumis à l'accord préalable du conseil national de l'investissement visé à l'article 18 de l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001, modifiée et complétée, susvisée ». Par ailleurs, l'article 17 du même texte précise : « Bénéficiaire des avantages exceptionnels établis par voie de convention négociée entre l'investisseur et l'agence agissant pour le compte de l'Etat, les investissements présentant un intérêt particulier pour l'économie nationale. La convention est conclue par l'agence, après approbation du conseil national de l'investissement ».

Lorsque l'octroi des avantages est subordonné à une décision du conseil national de l'investissement⁵⁵, on est en mesure de douter de l'aptitude de la commission de recours, présidée par le ministre chargé des investissements ou son représentant, à remettre en cause une décision prise par un organe présidé par le premier ministre ou

⁵⁴ Art. 2 du décret exécutif n° 19-166 du 29 mai 2019 portant composition, organisation et fonctionnement de la commission de recours compétente en matière de promotion de l'investissement, *JORA* n° 37 du 9 juin 2019.

⁵⁵ Décret exécutif n° 06-355 du 9 octobre 2006 relatif aux attributions, à la composition, à l'organisation et au fonctionnement du conseil national de l'investissement, *JORA* n° 64 du 11 octobre 2006.

le chef du gouvernement qui est le supérieur hiérarchique du ministre. Ainsi, le droit de recours est réduit à néant lorsqu'il s'agit d'investissements importants ou de ceux présentant un intérêt particulier pour l'économie nationale.

3 - L'enchevêtrement des dispositifs juridiques

Il est aisé pour tout analyste de relever la promulgation de textes contradictoires dont l'enchevêtrement ne permet pas de deviner ni l'intention, ni la volonté du législateur. C'est le cas du secteur bancaire qui subit directement de telles contradictions. Par ailleurs, un tel enchevêtrement peut être décelé dans le cas de l'abrogation partielle des textes juridiques dont l'usage semble avoir les faveurs du législateur algérien.

a – L'exemple du secteur bancaire

Dans le cas du secteur bancaire, à la suite de la modification de l'ordonnance n° 01-03 dans le sens de la soumission de l'investissement étranger à la double contrainte du partenariat minoritaire obligatoire et du droit de préemption au profit de l'Etat, la loi relative à la monnaie et au crédit a été amendée dans le même sens :

- S'agissant de la participation minoritaire du partenaire étranger dans le secteur bancaire, l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit est modifiée en son article 83 alinéa 2, ainsi libellé après amendement : « Les participations étrangères dans les banques et établissements financiers de droit algérien ne sont autorisées que dans le cadre d'un partenariat dont l'actionnariat national résident représente 51% au moins du capital ... »⁵⁶.

- S'agissant du droit de préemption codifié au profit de l'Etat, l'article 94 de l'ordonnance relative à la monnaie et au crédit précise que « L'État dispose d'un droit de préemption sur toute cession d'actions ou de titres assimilés d'une banque ou d'un établissement financier ». Par ailleurs, il interdit explicitement toute cession réalisée à l'étranger en ce qu'il considère comme nulle et de nul effet « Toute cession d'actions ou de titres assimilés qui n'est pas réalisée sur le territoire national et conformément à la législation et à la réglementation en vigueur ».

Si de telles dispositions pouvaient être justifiées au moment de leur mise en œuvre en ce que tous les secteurs d'activités étaient logés à la même enseigne, il n'en est plus de même aujourd'hui à la suite de la distinction opérée par le législateur entre activités stratégiques et non stratégiques. En reprenant les termes de l'article 49 de la loi finances complémentaire pour 2020 telles que modifiées par la loi de finances

⁵⁶Ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, *JORA* n° 52 du 27 août 2003, modifiée et complétée par ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaire pour 2009, *JORA* n° 44 du 26 juillet 2009, modifiée et complétée par ordonnance n° 10-04 du 26 août 2010, *JORA* n° 50 du 1^{er} septembre 2010, complétée par loi n° 13-08 du 30 décembre 2013 portant loi de finances pour 2014, *JORA* n° 68 du 31 décembre 2013, modifiée et complétée par loi n° 16-14 du 28 décembre 2016 portant loi de finances pour 2017, *JORA* n° 77 du 29 décembre 2016, complétée par loi n° 17-10 du 11 octobre 2017, *JORA* n° 57 du 12 octobre 2017.

pour 2021, à l'exclusion des activités relevant des secteurs stratégiques « qui demeurent assujetties à une participation d'actionnariat national résident à hauteur de 51%, toute autre activité de production de biens et services, est ouverte à l'investissement étranger sans obligation d'association avec une partie locale ». En répertoriant les activités relevant des secteurs stratégiques telles que prévues à l'article 50 de la loi de finances complémentaire pour 2020, on ne trouve aucune trace des banques et établissements financiers. Ce qui signifie que de telles activités sont désormais soumises au droit commun des investissements et qu'elles ne sont plus soumises à l'obligation de partenariat minoritaire avec un investisseur résident.

Par ailleurs, et s'agissant du droit de préemption, il a été purement et simplement supprimé pour tous les secteurs d'activités et remplacé par une autorisation de cession préalable délivrée par les « services habilités ». Dans la mesure où les banques et établissements financiers exercent des activités non classées parmi celles relevant des secteurs stratégiques, ils ne sont plus concernés ni par le droit de préemption, ni par la procédure de l'autorisation préalable en cas de cession d'actions ou de titres.

En pratique, le dispositif de la loi relative à la monnaie et au crédit est toujours en vigueur. Sont ainsi applicables aussi bien les dispositions de l'article 83 alinéa 2 qui touchent à l'obligation de partenariat minoritaire que celles de l'article 94 qui a trait au droit de préemption. Il en résulte une situation tout à fait ubuesque où les autorités font preuve d'un amateurisme flagrant dans la mesure où le cas des banques et établissements financiers n'a nullement été pris en compte lors de l'élaboration des nouveaux textes juridiques : soit banques et établissement financiers relèvent des secteurs stratégiques, dans ce cas il aurait fallu ajouter de telles activités dans le texte qui leur est consacré ; soit elles y échappent, auquel cas il aurait fallu abroger les dispositions litigieuses de la loi relative à la monnaie et au crédit.

b - L'abrogation partielle des textes juridiques

Comme pour le recours intempestif aux « cavaliers budgétaires », il est un domaine où le législateur algérien excelle sans aucun doute : c'est celui de l'abrogation partielle des textes juridiques. Une telle pratique achève de démontrer que les pouvoirs publics agissent aux antipodes des standards de la bonne gouvernance qui exigent, dans le domaine particulier des investissements étrangers, « un minimum de réglementations standardisées, raisonnables, facilement identifiables et appliquées clairement »⁵⁷.

En 1995, les pouvoirs publics entreprennent l'édiction d'une législation relative à la gestion des capitaux marchands de l'Etat. L'ordonnance y ayant trait abroge partiellement le dispositif de la loi du 2 janvier 1988 portant loi d'orientation sur les

⁵⁷Thomas W. WÄLDE, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Ed. A. Pédone, Paris, 2004, p. 20.

entreprises publiques⁵⁸. L'article 28 de l'ordonnance n° 95-25 du 25 septembre 1995 dispose « Toutes les dispositions contraires à la présente ordonnance sont abrogées et notamment :

- La loi n° 88-01 du 12 janvier 1988 portant loi d'orientation sur les entreprises publiques à l'exception des titres III et IV »⁵⁹.

En 2001, le législateur entreprend de légiférer sur la question de la gestion et de la privatisation des entreprises publiques, matière qui devait intéresser essentiellement les investisseurs étrangers. Contre toute attente, l'ordonnance n° 01-04 du 20 août 2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques ne fait même pas référence au dispositif non abrogé de la loi de 1988 alors qu'il était attendu qu'elle abroge ce qui reste de la loi de 1988 en incorporant dans le nouveau texte les dispositions que le législateur voulait maintenir en vigueur⁶⁰. Ainsi, on se retrouve face à deux textes ayant trait aux entreprises publiques économiques.

De la même manière, l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001 modifiée et complétée relative au développement de l'investissement n'a été abrogée que de manière partielle par la loi n° 16-09 du 3 août 2016 relative à la promotion de l'investissement modifiée et complétée. Ainsi et en vertu de l'article 37 du texte de loi, « Sont abrogées les dispositions de l'ordonnance n° 01-03 du 20 août 2001, modifiée et complétée, relative au développement de l'investissement, à l'exception des dispositions des articles 6, 18 et 22 ». Or les articles en cause traitent respectivement de l'agence nationale de développement de l'investissement (art. 6), du conseil national de l'investissement (art.18), du siège, des structures décentralisées et des bureaux de représentation à l'étranger de l'agence (art. 22). A ce titre, de telles dispositions devaient être incorporées en toute logique dans la nouvelle loi et l'ordonnance de 2001 devait être purement et simplement abrogée en totalité. Faute d'avoir emprunté un tel scénario, le législateur impose aux investisseurs de se retrouver face à deux textes de lois ayant le même objet : une ordonnance relative au développement de l'investissement, une loi relative à la promotion de l'investissement !

Enfin, dans le secteur qui constitue l'assiette de l'économie rentière, celui des hydrocarbures, le législateur reproduit la même pratique qui tourne le dos aux règles les plus élémentaires de la gouvernance afin d'attirer l'investissement étranger dans le secteur.

⁵⁸Loi n° 88-01 du 12 janvier 1988 portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques, *JORA* n° 02 du 13 janvier 1988.

⁵⁹ Ordonnance n° 95-25 du 25 septembre 1995 relative à la gestion des capitaux marchands de l'Etat, *JORA* n° 55 du 27 septembre 1995 (abrogée).

⁶⁰ Ordonnance du n° 01-04 du 20 août 2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques, *JORA* n° 47 du 22 août 2001, complétée par ordonnance n° 08-01 du 28 février 2008, *JORA* n° 11 du 2 mars 2008.

La loi relative aux hydrocarbures, après avoir été amendée à quatre reprises⁶¹, a fait l'objet d'une refonte en 2019 : la nouvelle loi du 11 décembre 2019 régissant les activités d'hydrocarbures dispose en son article 237 : « Les dispositions de la loi n° 05-07 du 28 avril 2005 relative aux hydrocarbures, sont abrogées, à l'exception :

- des dispositions de l'article 12 (premier alinéa) ;
- des dispositions de l'article 101 bis et du texte pris pour son application, qui demeurent en vigueur jusqu'à l'expiration des contrats d'association concernés »⁶².

A noter que l'article 12 en cause initie en son aliéna 1^{er} la création de deux agences de régulation qui sont dotées de la personnalité juridique et de l'autonomie financière tandis que l'article 101 *bis* traite du régime transitoire applicable aux contrats conclus sous l'empire de l'ancienne loi de 1986 et notamment de la taxe sur les profits exceptionnels réalisés par ces associés étrangers. A cet effet, on est en droit de s'interroger sur les raisons ayant conduit le législateur à ne pas abroger entièrement la loi de 2005 tout en insérant les deux dispositifs qu'il voulait reconduire dans la nouvelle loi de 2019. Faute de quoi, le secteur des hydrocarbures se trouve soumis à deux lois, au même titre que pour les entreprises publiques économiques et les investissements, soit la loi de 2005 modifiée et complétée relative aux hydrocarbures et la loi de 2019 régissant les activités d'hydrocarbures. En fin de compte, les investisseurs potentiels dans le secteur des hydrocarbures se doivent de passer en revue les dispositions des deux lois avant de prendre la décision d'investir.

La même matière soumise à deux textes dont l'un est abrogé partiellement, marque la déliquescence de l'Etat de droit qui impacte directement les investisseurs en ce qu'ils perdent ce qu'il est convenu d'appeler la confiance légitime⁶³.

⁶¹Loi n° 05-07 du 28 avril 2005 relative aux hydrocarbures, *JORA* n° 50 du 19 juillet 2005, modifiée et complétée par ordonnance n° 06-10 du 29 juillet 2006, *JORA* n° 48 du 30 juillet 2006, modifiée et complétée par loi n° 13-01 du 20 février 2013, *JORA* n° 12 du 24 février 2013, modifiée et complétée par loi n° 14-10 du 30 décembre 2014 portant loi de finances pour 2015, *JORA* n° 78 du 31 décembre 2014, modifiée et complétée par loi n° 15-18 du 30 décembre 2015 portant loi de finances pour 2016, *JORA* n° 72 du 31 décembre 2015.

⁶² Loi n° 19-13 du 11 décembre 2019 régissant les activités d'hydrocarbures, *JORA* n° 79 du 22 décembre 2019.

⁶³ Sur la question, voir, Fabrice MELLERAY, « La revanche d'Emmanuel Lévy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *Droit et société*, n° 1, 2004, pp. 143-149.

Conclusion

La publication annuelle des rapports *Doing Business* par la Société financière internationale (SFI), filiale de la Banque mondiale, permet de suivre, d'année en année, les améliorations et les reculs enregistrés par différents pays et ce, à travers un classement en fonction d'un indicateur synthétique « de la facilité de faire des affaires ». En 2008, soit une année avant les multiples modifications ayant touché l'ordonnance de 2001, l'Algérie était classée au cent vingt cinquième (125) rang sur un total de cent soixante dix huit pays (178). En 2021, elle se retrouve au cent cinquante septième (157) rang sur un total de cent quatre vingt dix pays (190) : elle enregistre ainsi une perte de trente deux (32) points sur une période de treize (13) années⁶⁴.

Un tel recul ne doit point étonner dans la mesure où il s'explique aisément au vu des pratiques néfastes développées par les pouvoirs publics tout au long de cette période marquée par la « non gouvernance », la propension à modifier les textes au moins une fois par an, l'absence de sécurité juridique à laquelle peuvent prétendre les investisseurs potentiels.

Or le nouvel environnement, tel qu'il se déploie avec la mondialisation vertigineuse de l'économie et des échanges, met en relief de nouvelles exigences des investisseurs telles « la transparence des conditions d'investissement, un système fiscal raisonnable, l'absence de volatilité de la législation (...), des éléments de bonne gouvernance (une administration efficace ..., un système judiciaire qui fonctionne) »⁶⁵. Sur le marché de l'investissement, la sécurité juridique constitue ainsi une exigence majeure. Les investisseurs aspirent en effet à évoluer dans un environnement juridique stable et prévisible comme ils sont attachés au respect scrupuleux des règles juridiques qui gouvernent le domaine des investissements.

Dans le cas algérien, l'absence de visibilité au double point de vue politique et juridique, qui a pu être mise en lumière par les experts et analystes, implique des risques majeurs pour le devenir du pays :

- D'abord un risque d'assèchement de l'investissement en ce que l'intervention des pouvoirs publics crée un climat d'insécurité juridique, néfaste à l'investissement. Comme le souligne un auteur, « le moindre changement dans la politique du gouvernement (...) peut réellement décourager l'investisseur »⁶⁶.

- Par ailleurs, les règles mises en œuvre par le gouvernement constituent à n'en pas douter de nouvelles barrières à l'entrée des investissements étrangers et sont ainsi de

⁶⁴Banque Mondiale, *Doing Business 2008*, Washington, DC, 2008, <https://français.doingbusiness.org/fr/reports/global-reports/doing-business-2008> ; Banque Mondiale, *Doing Business 2021*, Washington, DC, 2021, <https://français.doingbusiness.org/fr/rankings/>

⁶⁵Thomas W. WÄLDE, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, op. cit. p. 20.

⁶⁶*Idem.* p. 45.

nature à entacher la réputation du pays et partant, majorer son taux de risque politique. De telles pratiques sont préjudiciables aux intérêts de l'Algérie en ce qu'elles comportent un grand risque non seulement pour les investisseurs potentiels mais également pour leurs assureurs. En effet, le pays n'est pas ainsi à l'abri des conséquences en chaîne de telles pratiques notamment en matière de renchérissement du coût de l'argent, de sécurité juridique ou encore de perte de confiance vis-à-vis des autorités publiques. « Une mauvaise réputation va mener à des retraits ou à des gels des programmes d'investissements (...), la fixation de primes de risque politique élevées par les agences de garantie des crédits à l'exportation »⁶⁷ et ce, dans la mesure où les agences de notation ne manquent pas de sanctionner de telles pratiques à travers la réévaluation du risque-pays attaché à l'Algérie.

⁶⁷ *Ibid.* p. 19.