

Codes d'investissement et concept du régime exorbitant

210. Depuis la décolonisation, le Tiers-Monde fait des marchés publics internationaux le seul instrument de l'exploitation de ses ressources naturelles et de la réalisation de son industrialisation ⁽⁹²⁵⁾. Sensibles à ce constat et à ses effets, ces pays ont édicté des textes qui incitent les étrangers à réaliser leurs grands projets. Les avantages prévus affectent les recettes fiscales des États aventureux de pêcher par excès, en se livrant à une concurrence de surenchère d'exemptions. Sans sous-estimer les répercussions de l'abus de cette politique, ils se privent d'importantes ressources fiscales et favorisent la création sur leurs sols des clivages *vivant hors du droit commun et jouissant d'avantages exorbitants* ⁽⁹²⁶⁾. Cette politique d'incitation leur coûte chers. Elle aggrave leurs problèmes budgétaires et épuise leur balance des paiements ⁽⁹²⁷⁾. Il est

⁹²² () VADCAR C., « Le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement : problématique de l'adhésion des pays du Sud », *Clunet*, 1998, pp. 16-19 et s.

⁹²³ () SCHOKKAERT, « Protection contractuelle par les États des investissements privés effectués sur leurs territoires », *D.P.C.I.*, 1990, T. 6, n° 1, pp. 29-45, spéc. 32.

⁹²⁴ () VADCAR C., *op. cit.*, *Éd. J.-C. Dr. Int.*, 1998, fasc., 565, 56, p. 26, n° 146.

⁹²⁵ () LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, pp. 191-192.

⁹²⁶ () Cf. *ibid.*, p. 196, n° 363.

⁹²⁷ () VADCAR C., « Le projet multinational sur l'investissement... », *op. cit.*, *Clunet*, 1998, p. 26.

alors concevable que certains États ne tiennent pas à respecter leurs engagements ⁽⁹²⁸⁾. À cette occasion, se présente l'exemple du Congo qui s'est engagé à accorder à son cocontractant étranger (*la société italienne Benvenuti*) un régime fiscal favorable et qui ne l'a pas fait. Il s'est engagé à limiter l'importation des produits concurrents et ne l'a pas fait ⁽⁹²⁹⁾. Pour ces raisons et leurs répercussions, les pays développés sont, en l'espèce, plus réticents. Dans le marché *Tunnel de la Manche*, le financement était commercial et les gouvernements franco-anglais ne se sont pas engagés à financer le projet ou lui accorder caution ⁽⁹³⁰⁾. Pour ces effets et leurs variations, on conçoit le désaccord sur le caractère juridique des actes des privilèges et leur qualification. Ces agréments relèvent-ils d'un exercice de la souveraineté ou de son abandon ? Ces privilèges de toute nature ne constituent-ils pas une expression de concept du régime exorbitant ? **(II)** Pour y répondre, il faut d'abord esquisser le schéma général des Codes d'investissements **(I)**.

Mis en forme

I / Schéma des Codes d'investissement

211. Dans leur schéma général, ces codes incitent ou dissuadent les flux d'investissements ⁽⁹³¹⁾. Ils accordent aux investisseurs étrangers un traitement identique ou préférentiel par rapport aux autochtones ⁽⁹³²⁾. Ils peuvent être classés entre « régime préférentiel » et « régime général du droit commun ». Cependant, les deux régimes ont une « *considération particulière* » par rapports aux investissements internes. Pour réaliser des objectifs publics, ils sont fondés sur des simplifications procédurières : exonération douanière et autres concessions. Ils excluent expressément les activités purement commerciales, formant le pilier du droit d'investissement ⁽⁹³³⁾. Ils peuvent provenir de l'État ou de ses démembrements. Dans les États développés, les investisseurs étrangers jouissent d'un traitement identique à celui des ressortissants. Aux États-Unis, les investisseurs nationaux et étrangers bénéficient du même droit d'éligibilité aux programmes fédéraux d'aide à l'implantation ⁽⁹³⁴⁾. Il n'empêche que les

⁹²⁸ () Cf. *ibid.*, p. 27.

⁹²⁹ () KAHN Ph., « Souveraineté d'État et règlement du litige : régime juridique du contrat d'État », *Rev. Arb.*, 1985, p. 653.

⁹³⁰ () MORAND-DEVILLER J., « EURO-TUNNEL : le contrat relatif à la construction du Tunnel sous la Manche », *Les Petites Affiches*, N° 113, 20 septembre 1995, p. 4.

⁹³¹ () L'incitation attire les capitaux étrangers moyennant un traitement préférentiel. La dissuasion impose des freins et des restrictions. LÉBOULANGER Ph., *op. cit.*, *supra*, *économica*, Paris 1985, p. 190.

⁹³² () VADCAR C., *son article cité*, *Clunet*, 1998, pp. 9-40, spéc. 22-23.

⁹³³ () LÉBOULANGER Ph., *op. cit.*, *supra*, *économica*, Paris, 1985, p. 190.

⁹³⁴ () Toutefois, les premiers peuvent, au niveau étatique, bénéficier, à la différence des seconds, d'instruments d'incitation spécifiques, VADCAR C., *op. cit.*, *éd. J.-C., Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-52, n° 43

Codes d'investissements accordent divers privilèges afin de promouvoir et protéger les flux d'investissements (A). La mise en œuvre de ces politiques incitatives ou dissuasives est attribuée à certaines autorités pour garantir la légalité des agréments (B)

A) Promotion et protection des investissements

212. Pour faire évoluer, maintenir voire réaliser leur développement, les États accordent des privilèges dont l'étendue et la durée diffèrent en fonction de la nature, de l'emplacement et de l'importance de chaque projet. À cet égard, plusieurs États prêtent attention aux opérations projetées dans des zones géographiquement défavorisées. Ils octroient des subventions à durée déterminée, des réductions d'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus, des allègements fiscaux ou douaniers. Suivant la nature des activités et leurs effets, les subventions peuvent être d'application automatique, discrétionnaire ou subordonnée⁽⁹³⁵⁾. Pour pallier le déséquilibre régional, ce moyen est exploité par tous les pays. Le Royaume-Uni a mis en place au profit des investisseurs étrangers des facilités dans des anciennes zones minières ou sidérurgiques (*Assisted Areas*) où l'économie doit être relancée. Il distingue entre les zones de développement prioritaire *Development Areas* et celles de développement additionnel *Intermediate Areas*. La Turquie connaît une distinction similaire : régions à *développement prioritaire* et autres dites *normales* ou développées. L'Égypte exonère de l'impôt sur les bénéfices les entreprises étrangères qui investissent dans la nouvelle Vallée du Nil, au Nord du Sinaï ou dans les zones isolées (désert occidental)⁽⁹³⁶⁾. La nouvelle loi égyptienne accorde un traitement préférentiel aux activités implantées dans ces zones, prévoyant le bénéfice de terrains gracieux et l'exemption d'impôts allant de cinq à vingt ans. Il y a donc un objectif de canalisation des investisseurs étrangers vers les secteurs prioritaires ou importants. Cette nouvelle orientation coïncide avec le souci de sélectivité qui anime le changement d'attitude d'un nombre croissant d'États développés ou en développement⁽⁹³⁷⁾.

213. Les facilités d'implantation peuvent être accordées dans des secteurs précis. Il s'agit d'une sélectivité sectorielle visant à satisfaire l'intérêt vital. Les activités faisant l'objet de ces avantages varient suivant l'État et son programme gouvernemental. Elles concernent les éléments pouvant donner un nouveau souffle à l'exportation industrielle.

⁹³⁵ () Cf. *ibid.* n° 51.

⁹³⁶ () Cf. *ibid.*, n° 52.

⁹³⁷ () Sauf si l'investisseur étranger fait de sa demande de privilèges une condition d'exécution du projet. VADCAR C., *op. cit.*, *J.-C. Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-52, n° 47.

Le Japon admet l'octroi de subventions à des intérêts minimes aux entreprises étrangères qui consacrent leurs activités aux projets techniquement essentiels. La Malaisie accorde des dégrèvements fiscaux aux produits et activités d'intérêt national. Dans cet esprit, plusieurs États mettent en place des zones spécifiques de manière à attirer les technologies de pointe (*Chine*). Ce sont les zones de développement économique et technique (*Philippines*), les zones de haute technologie, d'exportation privilégiée (*Amérique centrale*), les zones franches ou les zones industrielles (*Moyen-Orient*) ⁽⁹³⁸⁾. Ces avantages peuvent favoriser certains produits ou développer des productions dirigées vers l'exportation sur le marché international. Certains pays exigent que les produits exportés aient un contenu local et admettent l'importation de biens nécessaires à l'activité de l'investisseur et lui facilitent la tâche formelle ⁽⁹³⁹⁾. La réglementation des États du Moyen-Orient s'incorpore dans la tendance actuelle. Ces États autorisent la détention majoritaire ou pleine des capitaux investis sans distinction ou discrimination entre investisseurs suivant leur provenance géographique ou raciale. Toutefois, les opérations réalisées dans les secteurs prioritaires dérogent de la détention majoritaire ⁽⁹⁴⁰⁾.

214. En ce qui concerne la réglementation des échanges, il semble y avoir une tendance étatique d'harmonisation afin de faciliter les flux d'investissements. Partagés entre le désir d'accroître leurs rentrées fiscales et celui d'inciter les investissements, les États facilitent davantage l'implantation des investisseurs étrangers. Il n'empêche que la tendance dessinée établit un traitement égalitaire entre nationaux et étrangers, abandonnant ainsi la discrimination ⁽⁹⁴¹⁾. Le Droit égyptien des échanges a adopté une politique de réforme privilégiant les capitaux, devises et bénéfices relatifs aux investissements. Aucune restriction n'est imposée au transfert des fonds nécessaires à leur exécution, grâce à l'assouplissement du système du contrôle des changes dans sa nouvelle législation (*loi de 1991 et loi n° 38 de 1994*) ⁽⁹⁴²⁾. C'est dans le but d'atteindre

⁹³⁸ () Cf. *ibidem*.

⁹³⁹ () Cf. *ibid.*, n° 53.

⁹⁴⁰ () Ex., Codes d'investissements syriens et Jordanien de 1995. VADCAR C., « Le projet multinational sur l'investissement... », *op. cit.*, *Clunet*, 1998, pp. 9-40, spéc. 35.

⁹⁴¹ () Ainsi, des États comme le Koweït, Qatar ou l'Arabie Saoudite qui privilégient fiscalement leurs nationaux au détriment des sociétés étrangères, VADCAR C., « Le droit de l'investissement... », *op. cit.*, *J.-C., Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-52, n° 32.

⁹⁴² () ZULFICAR M., « Les lois de privatisation », in *cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, Dossier Égypte- Brésil*, 1997, n° 6, p. 1198. faut-il rappeler que l'ancienne loi imposait que tout paiement effectué à l'État ou ses émanations, en particulier le monopole pétrolier, doit être effectué en devises étrangères, LÉBOULANGER Ph., *op. cit.*, *Rev. Égy. Dr. Int.*, 1972, pp. 112-136. spéc. p. 125 ; KADIDI K., *Les contrats internationaux...*, *op. cit.*, thèse, Dijon 1978, p. 128.

son programme de développement que l'Égypte a voulu, par ses réformes législatives, aboutir à la création d'un véritable environnement d'investissement ⁽⁹⁴³⁾.

215. Dans les marchés publics internationaux, l'État souverain s'engage à immuniser les projets envisagés contre son intervention. Or, qui parle de protection évoque plutôt le devoir de coopération. Coopérer, c'est faire son possible pour faciliter la tâche de son cocontractant. Donc, l'État doit permettre à ses partenaires l'exécution des travaux dans les délais prévus initialement. Il doit leur offrir son assistance administrative et leur faciliter la délivrance d'agrément ⁽⁹⁴⁴⁾. Le devoir de coopération peut être inclus explicitement, à défaut de quoi il est supposé inclus implicitement. Dans un marché conclu entre une entreprise belge et un organisme public libyen, il fut stipulé que « *la S.G.E. (personne publique libyenne) apporte son assistance à l'entrepreneur auprès des autorités compétentes pour obtenir les autorisations nécessaires à l'entrée, le travail et le séjour des employés et travailleurs étrangers* » ⁽⁹⁴⁵⁾.

216. Toute violation ou manquement à cette obligation peut entraîner la responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle de l'Administration. Ceci justifie la réparation des préjudices causés à l'autre partie ou l'exonération de certaines pénalités comme celle du retard d'exécution. Le devoir de coopération a une portée générale. Il vise à réglementer les comportements des négociateurs pendant la phase pré-contractuelle. Selon la sentence rendue dans l'affaire n° 7105/ 1993, cette obligation régit les relations antérieures à la conclusion de l'accord principal. Estimant que la caducité du contrat était directement imputable au comportement fautif et dilatoire de la partie africaine, la sentence l'a chargée des préjudices causés par le comportement déloyal ⁽⁹⁴⁶⁾. Ce devoir est indiscutable si de tels comportements se produisent pendant l'exécution de rapport contractuel. Dans ces cas, les arbitres font peser sur les parties une obligation de coopérer de bonne foi qui appartient « *au fond commun des droits nationaux* » et « *constitue naturellement un principe des relations économiques internationales* » ⁽⁹⁴⁷⁾. En revanche, cette violation ne peut pas être une raison

⁹⁴³ () La nouvelle loi d'investissement (1997), celle des appels d'offre et adjudication (1998), la loi de la privatisation (n° 203 1991), celle de l'arbitrage et ses modifications (loi n° 27 de 1994 et loi n° 9 de 1997), la loi des échanges (1995), et la loi des sociétés, VASSEROT O., *op. cit.*, Paris, 1997, pp. 1198 et 1199.

⁹⁴⁴ () KADIDI K., *thèse précitée*, Dijon, 1978, p. 230.

⁹⁴⁵ () Cf. *ibid.*, pp. 234

⁹⁴⁶ () Sentence arbitrale n° 7105 de 1993 (CCI), entre *une entreprise suisse c./ une émanation d'un État africain*, *Clunet*, 2000, pp. 1062-1069, obs. Y.D.

⁹⁴⁷ () Sentence précitée, *Clunet* 2000, pp. 1062-1069 ; Sentence CCI n° 5030 de 1992, un État africain c/ une société allemande, *J.D.I.*, 1993, p. 1008 et s, obs., Y D.

d'abandon du chantier ou de rupture de l'accord par l'opérateur transnational. Cette affirmation a été reprise par nombreuses sentences arbitrales. Ainsi, on a décidé que le refus d'aide concernant « *les formalités administratives relatives au séjour des monteurs...* » est entre autre « *de nature à justifier des dommages et intérêts ou des remises de pénalités le cas échéant, mais non l'abandon pur et simple du chantier...* »⁽⁹⁴⁸⁾.

217. Corrélativement au devoir de coopération, les États ont pris en charge un engagement de protection d'investissement. Ils s'emploient à offrir une protection opérante aux investisseurs étrangers pour favoriser l'entrée de capitaux, donc la réalisation du développement. Ils vont plus loin, promettant de ne pas porter atteinte à l'existence ou à la consistance des biens et droits acquis légalement⁽⁹⁴⁹⁾. Ils s'interdisent de modifier les engagements souscrits ou lois applicables en cas de différends. Ce principe vise à éviter aux investisseurs tout préjudice en raison de la dépossession. Cette protection est principalement du ressort du droit interne de l'État d'accueil, mais il relève aussi des règles du Droit des gens. Plusieurs systèmes contiennent des textes qui vont dans ce sens. L'article 25 du Code du Congo dispose qu'« *aucun texte législatif ou réglementaire, prenant effet à une date postérieure à celle de l'agrément, ne peut avoir pour effet de restreindre, à l'égard de l'entreprise, les dispositions ci-dessus définies* ». L'article 29 dudit Code inscrit explicitement la stabilisation fiscale, en estimant que « *pendant sa période d'application, le régime fiscal stabilisé garantit l'entreprise bénéficiaire contre toute aggravation de la fiscalité directe ou indirecte, qui lui est applicable à la date d'agrément, tant dans l'assiette et les taux que dans les modalités de recouvrement* »⁽⁹⁵⁰⁾. De même, la dernière révision de la politique législative égyptienne a accordé la non-rétroactivité de nouvelles codifications. Elle a assuré que les marchés antérieurs resteront soumis à leur régime initial et réserveront les concessions et garanties⁽⁹⁵¹⁾. La nouvelle loi confirme le maintien de l'engagement contre la nationalisation. Elle ne permet pas la prise de mesures de saisie administrative et n'approuve pas le retrait ou la suspension de

⁹⁴⁸ () Sentence CCI, Affaire n° 2583 de 1975, *Clunet*, 1976.

⁹⁴⁹ () VADCAR C., *op. cit.*, éd. *Juris Classeur, Dr. Int.*, 1999, Fasc. 565-52, n° 59.

⁹⁵⁰ () LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, economica, Paris, 1985, p. 197, n° 363 (note de bas de page).

⁹⁵¹ () VASSEROT O., « *Égypte et Brésil* », In *Cahiers juridiques et fiscaux*, Paris, 1997, p. 1183.

l'autorisation d'investissement. Seuls les terrains octroyés peuvent être récupérés par une décision du Premier ministre en cas de non-respect de réglementation ⁽⁹⁵²⁾.

B) Procédures d'attribution

218. Les avantages ou subventions étatiques peuvent être accordés par le biais d'actes unilatéraux ou d'une convention. Dans les deux cas, leur allocation est composée d'une demande suivie d'instructions administratives et d'une décision d'acceptation. Ces procédures sont fluctuantes en raison de la diversité des législations. Dans certains États, elles dépendent du pouvoir exécutif, directement ou par voie de délégation ⁽⁹⁵³⁾. Les autorités ayant le pouvoir d'accorder des agréments diffèrent suivant que le marché est conclu avec l'État ou avec ses émanations ⁽⁹⁵⁴⁾. L'octroi de ces privilèges peut dépendre d'un pouvoir discrétionnaire et peut être approprié au Parlement ou contrôlé par lui. Ceci n'a rien d'étonnant. Il est compréhensible que l'exonération des impôts ou des douanes imposables législativement, ne soit pas discrétionnairement du ressort de l'Administration. Le Conseil Constitutionnel français a décidé le 30 décembre 1987 que laisser au Ministre le soin de « *déterminer le champ d'application d'un avantage fiscal* » est contraire à l'article 34 de la Constitution ⁽⁹⁵⁵⁾. Il en est ainsi car, dit-il, « *à défaut d'autres critères fixés par la loi, l'exigence d'un agrément n'a pas pour conséquence de conférer à l'autorité fiscale le pouvoir, qui n'appartient qu'à la loi, de déterminer le champ d'application d'un avantage fiscal ; au cas considéré, l'exigence de l'agrément confère seulement au ministre chargé du Budget, le pouvoir de s'assurer, conformément à l'objectif poursuivi par le législateur, que l'opération de restructuration, de regroupement ou d'apport en cause satisfait aux conditions fixées par la loi* » ⁽⁹⁵⁶⁾. Ce faisant, le Conseil Constitutionnel nie l'existence d'un véritable pouvoir discrétionnaire dans l'octroi ou la récusation d'un agrément. Lorsque les conditions législatives de l'exonération sont réalisées, elle est de droit.

⁹⁵² () Cette décision peut faire l'objet d'un recours devant le juge *administratif*. Cf. *Ibid.*, p. 1188 et 1189

⁹⁵³ () Ainsi le droit français autorise le Ministre à déléguer ce pouvoir aux directeurs régionaux des impôts ou aux directeurs des services, ...mais, lorsque la décision implique une appréciation de l'opportunité économique des investissements, l'agrément est accordé par le ministre, VLACHOS G., *Droit public économique...*, *op. cit.*, Armand Colin, 1996, p. 236.

⁹⁵⁴ () Elle peut être présentée au Commissariat général au Plan pour les agréments relatifs à la restructuration des entreprises.

⁹⁵⁵ () Conseil Constitutionnel, 30 décembre 1987, n° 87-237, D.C.

⁹⁵⁶ () Arrêt du 20 janvier 1988, Société Vidéo-France, *R.J.F.*, 1988 (3/88), n° 342, conclusions SAINT-PULGENT M.

Toute décision de refus doit être motivée et ne doit pas être entachée d'un détournement.

219. Conformément à cette position, le Conseil d'État a suivi les conclusions de son Commissaire du gouvernement *Fouquet*. Celui-ci avait explicitement repris la décision sus-indiquée du Conseil Constitutionnel, en déduisant que « *l'article 220 du CGI instituant un agrément auquel les contribuables peuvent prétendre de plein droit s'ils remplissent les conditions, la décision de refus doit être motivée* ». Dès lors conclu-t-il qu'en l'espèce, « *le Tribunal administratif de Rouen était donc fondé à annuler la décision de refus d'agrément pour défaut de motivation* »⁽⁹⁵⁷⁾. Cela étant, seule la loi qui peut fixer les conditions d'octroi d'un agrément. Dans ce cas, l'Administration ne peut se reconnaître aucun pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Il n'en est pas toujours ainsi. La loi peut lui accorder un pouvoir discrétionnaire pour l'attribution de certaines concessions. Sur l'utilisation de ce pouvoir, le contrôle du Conseil d'État est restreint. N'étant pas un juge de constitutionnalité, le juge administratif ne peut pas condamner la non-motivation de refus de tels agréments⁽⁹⁵⁸⁾. Il n'empêche que l'octroi ou l'entente sur ces privilèges soulève un problème de qualification.

II / Caractère exorbitant des privilèges et des concessions

220. La qualification des actes liés aux garanties et concessions n'est pas dénuée de sens. Le pouvoir de négocier leurs conditions d'attribution⁽⁹⁵⁹⁾, de déterminer la compétence de l'autorité concédante et son pouvoir d'agir unilatéralement en dépendent. Si l'agrément revêt une nature contractuelle, l'Administration doit respecter son immunité, suivant le principe de l'autonomie de la volonté. En revanche, s'il s'agit d'un acte condition, le pouvoir public ne peut que respecter les conditions législatives prévues, sauf dérogation expresse. Cela étant, il convient de se demander si les avantages accordés aux investisseurs étrangers relèvent d'un acte administratif unilatéral ou d'un acte contractuel ? Il convient donc de se forger une opinion à travers l'analyse des concepts doctrinaux et des comportements des États concédants. La doctrine est partagée. *Les opposants de la nature réglementaire* de ces agréments y voient un abandon par l'État de ses attributs : « *l'État législateur consent ainsi à*

⁹⁵⁷ () Conseil d'État le 24 février 1988, Soc. de gestion du Rouvray, *R.J.F.*, 1988, p. 149.

⁹⁵⁸ () Conseil d'État du 7 février 1990, Droit Fiscal, n° 28, 1990 ; Conseil d'État du 6 mars 1992, *A.F.A.C.E.*, *R.J.F.* 4.92 275.

⁹⁵⁹ () DELMAS-MARSALET, Rapport général, in *Études et Documents du Conseil d'État*, Paris, 1971, pp 64-75, spéc. p. 71.

renoncer aux attributs de sa souveraineté au bénéfice de l'État contractant »⁽⁹⁶⁰⁾. En effet, « un État sur le territoire duquel pulluleraient des entreprises jouissant d'un régime privilégié, échappant plus ou moins à son action régulatrice, présente et future, serait un État qui aurait abdiqué son rôle »⁽⁹⁶¹⁾. Cependant, **les partisans de la nature réglementaire** paraissent dominants⁽⁹⁶²⁾. Les agréments trouvent leur base dans l'autorisation budgétaire alors que l'octroi des concessions doit être prévu par la loi interne. S'agissant de dérogations au principe de l'égalité devant les charges économiques et sociales, seul le législateur peut autoriser le gouvernement à en déterminer les bénéficiaires. Cette autorisation relève de l'accomplissement de l'intérêt public par le biais de la réalisation d'un ou plusieurs investissements⁽⁹⁶³⁾.

221. Les réglementations des échanges entrent dans le cadre de cette qualification, étrangère à la mondialisation qui est une source de « *surenchère fiscale sans précédent* »⁽⁹⁶⁴⁾. Cette évolution n'entrave pas la reprise, par certains États, d'une *politique révisionniste* de leur système d'encouragement. Plutôt récente, cette tendance se traduit par la répartition du pouvoir de taxation et d'imposition entre Administration centrale et les Départements. L'Union Européenne tend à harmoniser les privilèges fiscaux au moyen de la suppression d'incitations propres aux investisseurs étrangers afin d'éviter les distorsions de concurrence entre États adhérents ou en voie d'adhésion. Pour normaliser la concurrence entre nationaux et étrangers, la *Chine* s'emploie à abroger les avantages liés à l'implantation d'investissement. Elle met désormais les impôts « *sous le contrôle direct ou indirect du pouvoir central et la capacité de négociation des administrateurs locaux s'en est trouvée réduite d'autant* »⁽⁹⁶⁵⁾. La même politique existe dans d'autres continents. Certains États africains s'emploient à réviser les régimes d'exemptions⁽⁹⁶⁶⁾. D'autres pays s'évertuent à substituer des avantages indirects à des facilités fiscales. Depuis sa dissolution, la Russie a raréfié les

⁹⁶⁰ () LÉBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, op. cit., economica, Paris, 1985, n° 363, p. 197.

⁹⁶¹ () FRANCESKAKIS Ph., « Problèmes de droit international privé de l'Afrique noire », *R.C.A.D.I.*, 1964, Vol. 112, p. 275.

⁹⁶² () TOURNIE G., *Les Agréments fiscaux*, Paris, 1970 ; adde, C.E. 10 mars 1967, *Ministre de l'Économie et des Finances c./ Soc. SAMAT et Cie*, *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 1967, p. 280.

⁹⁶³ () DELMAS-MARSALET, op. cit., *Études et Documents du Conseil d'État*, 1971, pp. 64-75, spéc. 72 ; VLACHOS Georges, *Droit public économique français et communautaire*, Armand Colin, 1996, p. 237.

⁹⁶⁴ () C'est-à-dire l'assouplissement de réglementation des échanges qui reflète les pressions de la mondialisation, VADCAR C., « Droit d'investissement ; Régime applicable à l'investissement direct étranger en droit international », *J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-52, n° 48.

⁹⁶⁵ () *Ibid.*, n° 39.

⁹⁶⁶ () *Ibid.*, n° 44.

privilèges fiscaux au profit d'investissements pour la réduction causée aux recettes et aux rendements ⁽⁹⁶⁷⁾. Un État comme l'Argentine a instauré une politique législative qui prend en compte le coût fiscal des projets et celui calculé en fonction du niveau de développement de la région d'investissement. Il s'agit là d'une révision des mécanismes d'aide, traduite par la suppression de plusieurs exonérations ⁽⁹⁶⁸⁾. Enfin, d'autres États, comme l'Arabie Saoudite et le Sultanat d'Oman, disposent de lois qui, par leur politique de nationalisation des main d'œuvres, vont dans cette direction ⁽⁹⁶⁹⁾.

222. Ces changements d'attitude témoignent que les « *régimes dérogatoires* » sont en voie de suppression et qu'un jour, ils appartiendront à l'histoire économique et politique des États en la matière ⁽⁹⁷⁰⁾. À présent, le caractère exorbitant de ces actes est plus qu'évident : d'un côté, « *il n'y a que l'État souverain capable de faire des concessions, d'offrir des privilèges ou de les retirer* » ⁽⁹⁷¹⁾. De l'autre, ce n'est plus le régime général qui trouve application. C'est un régime spécial « *qui entraîne simplement l'engagement de ne pas procéder au rétablissement de la législation ou de la réglementation du droit commun en matière de traitement de l'investissement et, par suite, de ne pas procéder au ré-assujettissement des investisseurs internationaux qui opèrent dans ces zones au régime du droit commun...* » ⁽⁹⁷²⁾. Si ces agréments sont, selon certains, exorbitants du droit public ⁽⁹⁷³⁾, ils doivent, à fortiori, l'être à l'égard du droit commun. Leurs caractères inusuels persistent et seule l'extranéité du bénéficiaire met en cause cette qualification. Cette analyse est conforme au droit public qui accorde à l'État le pouvoir d'octroyer conditionnellement des subventions à ses contractants. L'État peut leur accorder des avantages prévus législativement ⁽⁹⁷⁴⁾. En provenance du pouvoir souverain et de l'ordre public ⁽⁹⁷⁵⁾, ces actes peuvent aisément relever du concept **du** régime exorbitant.

⁹⁶⁷ () *Ibid.* n° 45.

⁹⁶⁸ () *Ibid.*, n° 46.

⁹⁶⁹ () *Ibid.*, n° 32.

⁹⁷⁰ () *Ibid.*, ns° 37 et s.

⁹⁷¹ () VADCAR C., « Le projet multinational sur l'investissement... », *op. cit.*, *Clunet* 1998, p. 27.

⁹⁷² () *Ibid.*, n° 57.

⁹⁷³ () Sauf pour cause d'utilité publique, ces lois engagent l'État à ne pas faire appel à des mesures de nationalisation, expropriation ou de confiscation. Ces freins qui n'appréhendent pas le flux d'investissement national vers l'étranger directement, parviennent au même résultat indirectement par la complication de procédure de transferts monétaires à l'étranger, réglementation des Changes, contrôle de la constitution et la liquidation d'investissements nationaux, ce qui est souvent le contraire pour les étrangers investissant LEBOULANGER Ph., *Les contrats entre États et...*, *op. cit.*, p. 190.

⁹⁷⁴ () DELMAS-MARSALET, *op. cit.*, *Études et Documents du Conseil d'État*, 1971, spéc., p. 73.

⁹⁷⁵ () GEORGE ELIN, Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international, *R.C.A.D.I.*, 1976, T. 149, V. 1, pp. 2 et s, spéc. 11.

223. Cette analyse devrait permettre l'approbation de cette qualification. Pour plus de conviction, il convient de neutraliser les arguments des partisans de la nature contractuelle des privilèges et des concessions. L'assertion tirée de la faculté de négocier ces privilèges est non-concluante. En effet, le caractère contractuel d'un acte ne relève pas uniquement de l'équilibre des prestations⁽⁹⁷⁶⁾. Si les contrats restent principalement soumis au droit en vigueur lors de leur conclusion, alors les actes régis par un statut réglementaire n'en sont pas⁽⁹⁷⁷⁾. La réflexion fondée sur le climat de réciprocité, d'interdépendance, d'échange des prestations (avantages accordés en contrepartie de l'accomplissement de certaines missions) est décevante. L'existence d'un échange de volontés ne peut à lui seul permettre de qualifier les agréments fiscaux de contrats : *rien ne peut interdire de discuter ou de négocier un acte condition*⁽⁹⁷⁸⁾. De plus, l'octroi négocié avec l'État n'aboutit pas sans procédure de déclaration ou d'autorisation⁽⁹⁷⁹⁾. A supposer que la nature contractuelle soit acceptée, le contrat sera certainement administratif par nature dans la mesure où il associe les bénéficiaires à l'exécution d'un service public d'intervention économique et relève de l'intérêt général⁽⁹⁸⁰⁾. Ce caractère administratif ne doit pas être mis en question car les agréments sont accordés à titre d'exception. En tant que telle, leur utilisation, leur prolongation et l'effectivité qui en dépendent, sont soumises à des vérifications⁽⁹⁸¹⁾. Si cette analyse est avérée, le désaccord sur la nature réglementaire importe peu. En effet, la *publicisation* de ces agréments, c'est-à-dire leur caractère administratif, octroie à l'État le pouvoir d'abrogation en cas de violation des préalables exigés ou de la survenance de nouveaux

⁹⁷⁶ () *avantages en contrepartie d'exécution de certains engagements.*

⁹⁷⁷ () Tout au plus, les contrats d'adhésion, la partie qui a conçu le contrat pourra consentir telle modification réclamée par l'autre partie et qui lui paraît utile. On ne conçoit pas de pareilles concessions quand il s'agit d'un statut légal ou réglementaire, si les textes ne les ont pas prévues.

⁹⁷⁸ () VLACHOS G., *Droit public économique français et...*, *op. cit.*, Armand Colin, 1996, p. 238.

⁹⁷⁹ () VADCAR C., *op. cit.*, *Éd. J.-C. Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-52, n° 41.

⁹⁸⁰ () DELMAS-MARSALET, *op. cit.*, in *Études et Documents du Conseil d'État*, 1971, spéc. p. 73.

⁹⁸¹ () Le contrôle formel consiste dans l'examen de la situation fiscale de l'intéressé afin de connaître dans quelle mesure ce dernier est en règle vis-à-vis du fisc. La procédure de l'examen au fond est différente selon que la décision finale appartient au ministre ou au directeur régional des impôts. Dans le premier cas, intervient l'avis préalable du conseil de direction du FDES ainsi que du Commissariat général au Plan. Ces avis concernent l'opportunité économique des investissements. Dans l'autre cas, le directeur régional des impôts adresse un projet de décision au préfet de région qui se prononce sur l'opportunité de l'opération. Si la région a une opinion contraire, et qu'aucun accord n'est possible, le dossier transmis à la Direction générale des impôts et la décision es après avis des organismes susmentionnés. En France, l'article 80 de la loi de finances pour 1974 octroie au Parlement le pouvoir du contrôle. Le gouvernement présente chaque année, en annexe au projet de la loi de règlement, un rapport sur les conditions dans lesquelles les fonds publics sont attribués à titre d'aides aux entreprises du secteur industriel. Ce rapport fait l'objet d'un débat annuel lors de l'examen du projet de loi de règlement. VLACHOS G., *op. cit.*, *supra*, Armand Colin, 1996, p. 235.

événements ⁽⁹⁸²⁾. Ainsi, ces agréments ne sont pas purement contractuels. Si certains le sont, ils portent indiscutablement la marque de clause ou de régime exorbitant.

Conclusion

224. L'étude de la phase de passation des *M.P.I.* a confirmé leurs liens étroits avec les marchés publics internes. Les modes d'accès à ces accords sont théoriquement soumis aux réglementations (gré à gré, appels d'offre ou adjudications). Les *M.P.I.* sont bien plus riches d'enseignements que les simples contrats administratifs. Ces accords revendent des aides extérieures (crédits ou aides publiques) et des financements des bailleurs de fonds. Leur importance pour les États développés conduit ceux-ci à encourager cette participation. Les efforts étatiques ont abouti à la mise en œuvre de divers mécanismes d'assurance à caractère national (C.O.F.A.C.), régional (*C.I.A.G.I.*, *S.I.G.I.*) et multilatéral (*A.M.G.I.*, ou *A.M.I.*). Or, ces mécanismes, qui visent à protéger les investissements étrangers contre les risques politiques, sont inconnus par les contrats administratifs. Du surcroît, le principe de négociier, présent dans les contrats administratifs, est bien plus étendu et plus élaboré en matière d'investissement. On parle de diverses formes juridiques (*contrat partiel, accord cadre ou lettre d'intention...*) et on évoque un rapport de force et une incursion des bailleurs de fonds dans la politique législative de divers États en développement. Dès lors, on comprend pourquoi l'État, détenteur d'un pouvoir exclusif quant à la passation des contrats administratifs, a tempéré ce caractère lorsqu'il s'agit d'accords d'investissements. Dans ces cas, l'État

⁹⁸² () DELMAS-MARSALET, *op. cit.*, *Études et Documents du C.E.*, 1971, spéc. p. 74.

n'est plus leur seul adjudicataire car des directives régionales ou internationales ont contraint plusieurs législateurs à aménager leurs règles en vigueur, en associant des représentants, des sponsors dans les processus de l'examen des offres et de leur attribution ⁽⁹⁸³⁾. Ainsi les dispositions nationales ne sont pas exactement celles applicables aux rapports purement internes ⁽⁹⁸⁴⁾ puisque une matière comme celle de protection contraint l'État de nationalité d'investissement à céder implicitement le pas devant sa compétence exclusive ou à modérer son exercice pour éviter les différends ⁽⁹⁸⁵⁾. Ces conclusions démontrent que les *M.P.I.* ont des aspects qui leur sont propres et que la réglementation de leurs modes d'accès ne baigne pas forcément dans le concept publiciste du régime exorbitant.

225. Ce constat, qui peut renforcer l'idée de dissociation entre les contrats administratifs et les accords visés, peut et doit être relativisé car les effets de l'intervention extérieure ne doivent pas être généralisés : tous les États ne respectent pas forcément les directives et les conditions avancées (certains États développés ou pétroliers) ⁽⁹⁸⁶⁾. D'autres, comme le *Sénégal*, se sont dotés d'un nouveau texte inflexible la valeur de ces règles et leurs portées. Dans la mesure où le marché n'est pas financé de l'étranger, l'État reste le maître de la situation quant à l'organisation des modes d'accès. D'ailleurs, quel que soit leur caractère, les modes d'accès ne font pas partie intégrante des critères distinctifs des contrats administratifs. Le Conseil d'État a précisé que le cahier des charges ne particularise plus ces marchés s'il ne contient pas de clause exorbitante. Au-delà de leur aspect, l'État semble *jouer le jeu*. Il a aménagé ses lois qui sont autant applicables aux accords administratifs qu'aux marchés étudiés. A supposer que cette remise en cause soit admise, l'État possède ensuite le pouvoir discrétionnaire d'agrément dont personne ne doit nier le caractère exorbitant. Le droit public réglemente la capacité de l'Administration, organise l'accès aux marchés publics et réglemente leurs procédures d'autorisation. Ce même droit ne doit pas être écarté puisqu'il connaît les principes communs comme celui de la bonne foi ou des conséquences financières du dysfonctionnement. Enfin, les Codes d'investissements

⁹⁸³ () VADCAR C., *op. cit.*, *Juris-Classeur, Droit International*, 1998, Fasc. 565-52, n° 59.

⁹⁸⁴ () *Ibidem*.

⁹⁸⁵ () BOURRINET J., *Les investissements français dans le Tiers-Monde*, *Économica*, 1984, p. 87 ; VADCAR C., *op. cit.*, *supra*, *J.-C., Dr. Int.*, 1998, Fasc. 565-52, n° 60.

⁹⁸⁶ () « Grâce à ses ressources pétrolières, la Libye a résolu le problème de la dépendance financière. Le financement des opérations de travaux publics étant assuré par des ressources locales, ... », KADIDI K., *Les contrats internationaux...*, *op. cit.*, *thèse*, Dijon, 1978, p. 5.