

جامعة 8 ماي 1945 قالمة.



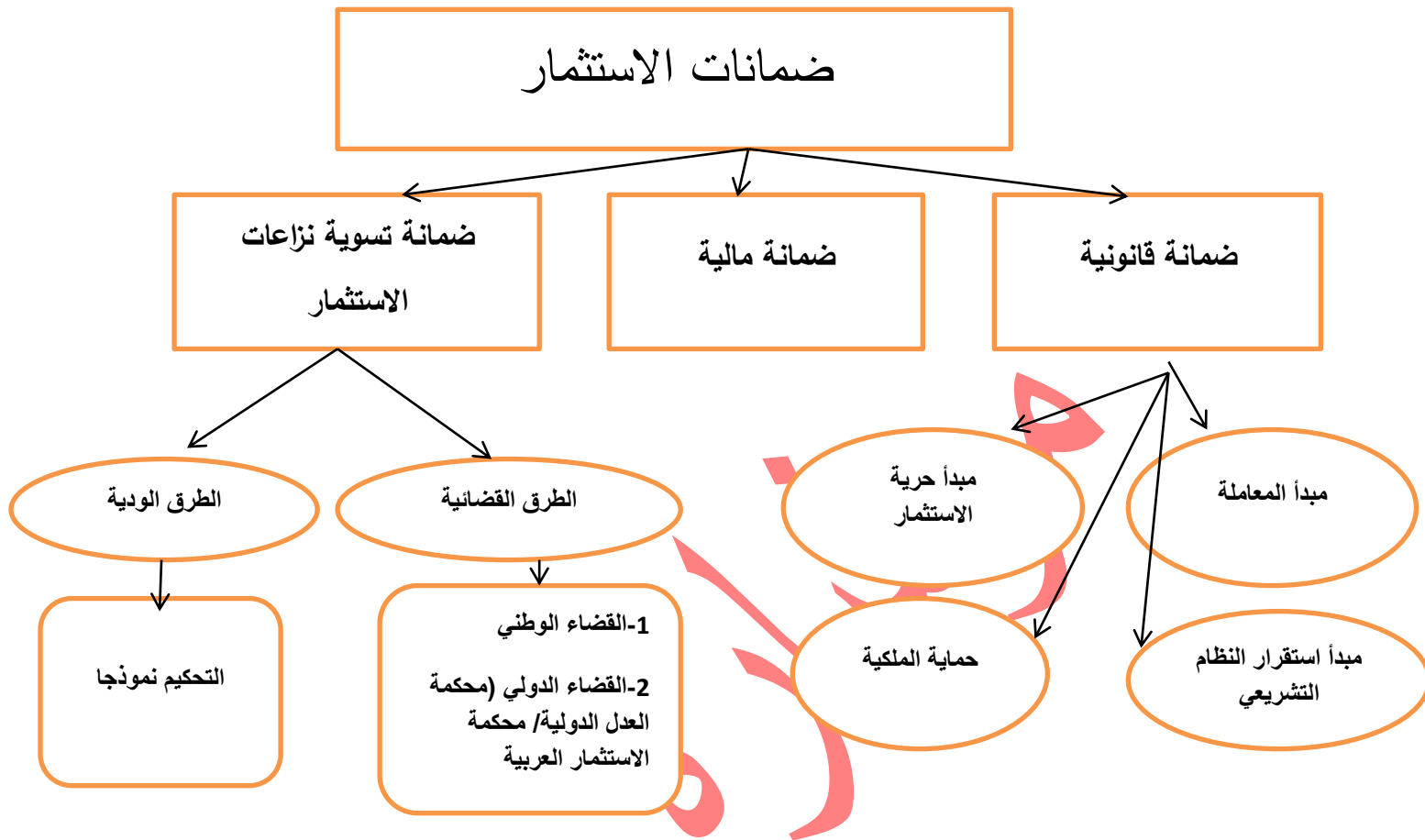
كلية الحقوق

محاضرات موجهة لطلبة السنة أولى ماستر أعمال
مادة: نظام الإستثمار

(ملاحظة: المؤلف يتضمن ضمانات الاستثمار فقط في
إنتظار نشر مطبوعة الأستاذة)

من إعداد أستاذة المادة: موشارة حنان

السنة الجامعية 2021-2022



الضمانة القانونية

مبدأ المعاملة.

تبنى المشرع الجزائري في إطار قانون الاستثمار 09-16 مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة حيث نصت المادة 21 منه على: " مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية وتعددة الاطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الاشخاص الطبيعيون والمعنويون الاجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثمارتهم.

مبدأ حرية الإستثمار

ويعتبر مبدأ حرية الإستثمار مبدأ دستوري لا يجوز المساس به حيث نصت المادة 61 من دستور 2020.

إن مبدأ حرية التجارة والإستثمار ليس مطلقا وإنما هو حرية منظمة بهدف حماية النظام العام، وقد أكدت المادة 3 من قانون الإستثمار 09-16 على ذلك بنصها: "تتجز الإستثمارات المذكور في أحكام هذا القانون في ظل إحترام القوانين والتنظيمات المعمول بها، لا سيما تلك المتعلقة بحماية البيئة، وبالنشاطات والمهن المقتنة، وبصفة عامة بممارسة النشاطات الإقتصادية"

إستقرار النظام التشريعي.

إستقرار النظام التشريعي هو تعهد صريح من الدولة بأن أي تعديل يطرأ في المستقبل على القانون لن ينتج آثاره على الطرف المتعاقد.

حيث نصت المادة 22 من قانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار على: "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

كما نصت المادة 35 من نفس القانون على إحتفاظ المستثمر بكافة الحقوق والمزايا التي إستفاد منها في ظل القوانين السابقة لصدور قانون 16-09 حيث نصت على: "يحتفظ المستثمر بالحقوق المكتسبة فيما يخص المزايا والحقوق الأخرى التي إستفاد منها بموجب التشريعات السابقة لهذا القانون، والتي أنشأت تدابير لتشجيع الاستثمار.

تبقى الاستثمارات المستفيدة من المزايا المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بترقية وتطوير الاستثمار السابقة لهذا القانون وكذا مجموع النصوص اللاحقة، خاضعة لهذه القوانين إلى غاية إنقضاء مدة هذه المزايا".

حماية الملكية

أ-تكريسها

إعترف المشرع الجزائري بحق الدولة في نزع الملكية وقد أكد المشرع ذلك في دستور 2020¹ حيث تنص المادة 60 فقرة 1 و 2 منه على:

"الملكية الخاصة مضمونة.

لا تنزع الملكية إلا في إطار القانون، وبتعويض عادل ومنصف".

بالنسبة لقانون 16-09 المتعلق بترقية الإستثمار فقد نص المشرع صراحة على حق الدولة في نزع الملكية الخاصة للمستثمرين وهو ما نصت عليه المادة 23 بقولها: "زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية لا يمكن أن تكون الإستثمارات المنجزة موضوع إستيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. ويترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف".

¹ مرسوم رئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في إستفتاء 1 نوفمبر 2020، جريدة رسمية عدد 82 بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

علما أن المشرع من خلال هذه المواد إشتراط أن يكون التعويض ادلا ومنصفا دون أن يشير إلى خاصية القبلية التي تنبأها سابقا في إطار دستور 1989

ب- صور نزع الملكية.

1- التأميم.

هو "عملية تحويل للملكية الخاصة إلى ملكية عامة تقوم بها السلطات العمومية بموجب نص تشريعي في ميادين ذات أهمية وطنية مقابل تعويض بهدف تحقيق المصلحة العمومية"²

2- نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة

هو "تملك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة تحقيقا لدواعي الصالح العام بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة"³.

علما أنه يجب أن يترتب عنه دفع تعويض.

3- المصادرة.

وتكون إدارية أو جنائية فهي عقوبة وبالتالي لا يترتب عنها دفع تعويض.

4- الإستيلاء

"الإستيلاء إجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة المختصة في الدولة وتتحصل بمقتضاه على حق الإنتفاع ببعض الاموال الخاصة بهدف يتعلق بالمصلحة العامة وذلك مقابل تعويض لاحق تقوم هذه الجهة بأدائه لمالكها"⁴.

² عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 266.

³ هشام خالد، عقد ضمان الإستثمار-القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثار بشأنه-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 172.

⁴ عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 278.

الضمانة المالية

يعتبر الحق في تحويل رأس المال المستورد من أهم الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي من قبل الدولة المستضيفة للإستثمار لجذب رؤوس الأموال الأجنبية⁵، إلا أن هذا الحق يخضع لجملة من الضوابط بهدف الرقابة على الصرف وحركة رؤوس الأموال.

يشترط للإستفادة من ضمانة تحويل رأس المال المستثمر أن يكون الإستثمار قد أنجز من مساهمات خارجية أي أن يكون رأس المال المستثمر تم بواسطة عملة صعبة قابلة للتحويل يتأكد بنك الجزائر من إستيرادها طبقا للقانون. أما الإستثمارات المختلطة فتستفيد أيضا من ضمانة التحويل المبالغ المساوية للمساهمة الأجنبية فقط أي رأس المال والأرباح ونتائج التصفية وقيمة التنازل

وقد حدد المشرع الجزائري الأموال القابلة للتحويل وتتمثل في⁶:

- رأس المال المستثمر المستورد: سواء كان نقدا أو عينا، ويتم التحويل حسب سعر الصرف الرسمي المعمول به يوم إجراء التحويل.
- فوائد الإستثمار: أي الأرباح المترتبة عن رأس المال المستورد.
- المداخل الناتجة عن التنازل أو التصفية.
- التعويض الناتج عن نزع الملكية:

لم يحدد المشرع الجزائري البلد الذي سيتم إليه تحويل الأموال ضمن قانون الإستثمار 09-16 تاركا ذلك للإتفاقيات المبرمة بين الجزائر والدول الأجنبية

⁵ عيوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 361.

⁶ المادة 25 من قانون 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار، سبق ذكره.

ضمانة تسوية نزاعات الاستثمار

أولاً: محكمة الإستثمار العربية

الإختصاص القضائي للمحكمة ترد عليه قيود من حيث موضوع النزاع المعروض على المحكمة أو من حيث الأطراف، مع العلم أنه لا يشترط في إختصاص المحكمة إستيفاء الوسائل القضائية الداخلية. غير أنه متى لجأ المستثمر إلى قضاء الدولة التي يقع فيها الاستثمار إمتنع عليه اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية، على أنه إذا رفع النزاع أمام هاتين الجهتين القضائيتين في نفس الوقت كان قرار محكمة الاستثمار العربية هو الحاسم⁷:

-من حيث موضوع النزاع: تختص المحكمة بالفصل:

-المنازعات التي تتعلق على وجه الخصوص بتطبيق أحكام الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية⁸.

-المنازعات المتعلقة بالاستثمار والتي ينفق أطرافها على اعتبارها داخلة ضمن ولاية المحكمة ولو كان هناك إتفاق سابق على عرض هذه النزاعات على التحكيم أو القضاء الدولي⁹.

-من حيث أطراف النزاع: حيث يشترط:

-أن يكون النزاع قائماً بين دولة عربية ودولة أخرى، أو بين دولة طرف وبين المؤسسات والهيئات العامة التابعة لأكثر من دولة عربية.

-أن يكون النزاع بين كل ما ذكر من أطراف وأي من المستثمرين العرب.

⁷ المادة 32 من الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية.

منشورة على موقع جامعة الدول العربية: <http://www.leagueofarabstates.net>

⁸ المادة 29 من الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية

⁹ المادة 30 من الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية

-أن يكون النزاع قائماً بين الأطراف المذكورة أعلاه وبين الجهات التي توفر ضمانات الاستثمار وفقاً للاتفاقية.

أي أنه يخرج من إختصاص المحكمة¹⁰:

-المنازعات بين المستثمرين الأجانب والدول العربية.

-المنازعات بين المستثمرين العرب والدول الأجنبية.

ينتهي عمل المحكمة بإصدار أحكام لا تعامل معاملة الأحكام الأجنبية وما يتبعها من إجراءات تنفيذ، بل تأخذ مرتبة الأحكام الوطنية فتصبح نافذة في كل الدول العربية الأطراف. تكون الأحكام الصادرة قابلة للتنفيذ فور صدورها لحيازتها قوة الشيء المقضي فيه كونها غير قابلة للطعن. إلا أنه إستثناء على هذا المبدأ قررت شروط محددة على سبيل الحصر يجوز بموجبها قبول إلتماس إعادة النظر

ثانياً: التحكيم¹¹

أنواع التحكيم.

1- شرط التحكيم ومشاركة التحكيم:

أ- شرط التحكيم.

وبه يتفق الأطراف على أن ما ينشأ من نزاع حول تفسير عقد أو تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم. وقد يرد الشرط في نفس العقد الأصلي مصدر النزاع ، أو في إتفاق لاحق.

¹⁰ راجع نماذج أحكام صادرة عن محكمة الإستثمار العربية متعلق باختصاصها. منشورة على موقع جامعة الدول العربية: <http://www.leagueofarabstates.net>

¹¹ لم يتم التوسع في الطرق البديلة لحل نزاعات الإستثمار على أساس أنه توجد مادة في برنامج السنة الثانية ماستر أعمال تتعلق بتسوية نزاعات الإستثمار

فالذي يميزه هو كون المنازعات التي ينصب عليها التحكيم منازعات محتملة وغير محددة فهي لم تنشأ بعد¹².

ب- مشاركة التحكيم.

وهو الاتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم. ويتميز بأنه يتم بعد نشأة النزاع ولهذا فإنه يتضمن تحديد الموضوعات التي تطرح على التحكيم¹³. علماً أن المشرع الجزائري أطلق عليه مصطلح إتفاق التحكيم

2- التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي.

أ- التحكيم الداخلي.

هو التحكيم الذي يتم طبقاً لأحكام القانون الوطني لأطراف النزاع وداخل دولتهم. فالقانون الوطني هو الذي ينص على كافة الإجراءات والقواعد التي تطبق على عملية التحكيم.

ب- التحكيم الدولي.

والمقصود به التحكيم في مجال علاقات التجارة الدولية والمصالح الخارجية لأطراف النزاع والتي تكشف إرادتهما المشتركة عن أن التحكيم ناشئ عن علاقة تجارية دولية أو مصالح خارجية أي خارج الدول التي ينتمون إليها. ولقد وجد التحكيم الدولي مجاله الخصيب خصوصاً مع تنامي العلاقات التجارية بين الدول وإزدهار المشروعات الاستثمارية وتعدد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار وضمان الاستثمار.

¹² نصت عليه المواد 1007 إلى 1010 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري،

¹³ نصت عليه المادة 1011 إلى 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري،

3-التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي.

أ-التحكيم الحر.

لا يخضع التحكيم الحر إلى قواعد خاصة منظمة له بصورة مؤسسية، وإنما تتم العملية التحكيمية بالإستناد لما إتفق عليه الطرفان من قواعد إجرائية أو التي حددها القانون الواجب التطبيق¹⁴.

ب-التحكيم المؤسساتي.

نظرا لأهمية التحكيم وتزايد إنتشاره، فقد قامت مؤسسات بوضع قواعد خاصة للتحكيم. فإذا تمت إحالة النزاع إلى التحكيم وفق قواعد إحدى هذه المؤسسات فيلتزم بها الاطراف حتى لو لم يطلعوا عليها مسبقا. ودور مؤسسة التحكيم في العملية التحكيمية هو دور تنظيمي وإشرافي حسب ما هو منصوص عليه في قواعدها مقابل رسوم وأتعاب محددة مسبقا يدفعها الطرفان للمؤسسة¹⁵.

ومن أمثلة مؤسسات التحكيم، غرفة التجارة الدولية ICC، المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ICSID، محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مركز تحكيم تونس،.....

¹⁴ حمزة أحمد حداد، تحكيم في القوانين العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2007، ص 123.

رفيقة قصوري، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة كتورها، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة-الجزائر، 2010-2011، ص 242.

¹⁵ حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 116.

رفيقة قصوري، المرجع السابق، ص 245.