

L'approfondissement des relations euro-tunisiennes : vers une intégration du droit de l'investissement ?

**Nicolas Ligneul**

Maitre de Conférences en droit public (HDR) à la Faculté de Droit de l'Université de Paris Est Créteil, Assesseur du Doyen en charge des relations extérieures

C'est parce qu'il avait secouru Silène qui était ivre que Midas a pu demander à Dionysos de lui permettre de transformer tout ce qu'il touchait en or. L'histoire du roi Midas s'est mal terminée. Il a finalement sollicité de Dionysos qu'il lui retire son pouvoir parce qu'il n'arrivait plus à manger ni à boire.

Malgré cela, nous rêvons toujours de détenir le pouvoir du roi Midas. La revendication des alchimistes qui prétaient au moyen-âge maîtriser le pouvoir du Roi Midas ou l'attribution, dans nos sociétés modernes, de prénoms dérivés du mot « Or » en latin démontrent que ce rêve est resté présent dans nos sociétés bien longtemps après l'Antiquité. Toutes les Anne-Laure, les Aurélie ou les Laurent peuvent témoigner que ce rêve existe toujours !

L'analyse des relations entre l'UE et la Tunisie depuis 1969 me fait penser que les acteurs du droit international économique partagent peut-être le rêve des alchimistes !

Depuis 1969, en effet, les relations euro-méditerranéennes se sont fondées sur des accords commerciaux. Jusqu'à 2007, il n'était d'ailleurs pas possible de faire autrement : la Communauté n'avait pas d'autre instrument que sa politique commerciale pour nouer des relations économiques avec ses voisins. Pourtant, la légende de Midas était encore présente. L'UE et la Tunisie espéraient que le développement des leurs relations bilatérales leur permettraient de s'enrichir. Nous espérions tous que ces relations commerciales permettent de nous enrichir. Comme les alchimistes spéculatifs, nous espérions que le développement du commerce euroméditerranéen nous permette de partager des valeurs et de construire la paix et la démocratie. Comme les alchimistes opératifs, nous espérions que le développement des relations commerciales euro-méditerranéennes permette de nous enrichir sur les deux rives de la Méditerranée.

Et comme les alchimistes, nous avions caché un secret

dans les relations euro-méditerranéennes ! Ce secret, c'est l'investissement privé étranger. Le point de départ de la théorie économique moderne est la fonction de production. Or, il n'y a pas de production économique si l'il n'y a pas de réunion de travail et de capital. Sans investissement, il ne peut pas y avoir de production, ni de commerce.

En filigrane du développement des relations commerciales euro-méditerranéennes en général et euro-tunisiennes en particulier, se cachait l'or de l'investissement privé étranger et les acteurs des relations euro-méditerranéennes partageaient le rêve du Roi Midas !

Mais un jour, tous les secrets sont révélés ! En ce qui nous concerne, ce jour est arrivé. Après presque 50 ans de coopération entre l'UE et la Tunisie, le droit de l'investissement a été ajouté aux conventions bilatérales conclues entre la Tunisie et l'Union européenne.

Le projet d'accord de libre-échange complet et approfondi contient en effet une proposition rédigée par l'Union européenne sur « commerce des services, investissement et commerce électronique ».

L'investissement n'est pas le seul domaine de l'approfondissement des relations euro-tunisiennes. La proposition de négociation porte aussi sur d'autres nouveaux domaines tels que les marchés publics, la propriété intellectuelle, l'accompagnement des PME, le développement du commerce des services, du commerce électronique, de l'énergie ou le développement durable. L'investissement paraît être le plus important de ces nouveaux domaines.

Cela s'explique d'abord par l'enjeu économique du développement de l'investissement. Sans investissement privé étranger, l'économie tunisienne n'a aucun avenir. Quant à l'économie européenne, elle ne peut pas se priver du voisin tunisien sur le territoire duquel elle investit depuis longtemps.

vers une intégration du droit de l'investissement ?

Cela s'explique ensuite par l'évolution du droit international économique. Le droit du commerce international ne peut plus se limiter à l'encadrement juridique de la politique commerciale des États du Nord. Il doit prendre en considération les rapports complexes de souveraineté mis en œuvre dans les relations économiques internationales. Or l'investissement est l'un des paramètres de ces rapports modernes de souveraineté. L'investissement bouleverse donc les rapports de souveraineté en droit du commerce international.

En même temps, le droit de l'investissement privé étranger est à la fois un droit jeune et en plein bouleversement.

Pour mesurer l'impact de l'intégration de l'investissement dans les relations euro-tunisiennes, il faut donc confronter les stipulations de l'ALECA relatives au droit de l'investissement à la fois au droit du commerce international et au droit de l'investissement privé étranger. Or, cette confrontation permet de constater que l'intégration de l'investissement à l'ALECA est nécessaire à l'approfondissement du droit des relations commerciales (I) et utile à la construction du droit de l'investissement privé étranger (II)

I – L'INCLUSION DU DROIT DE L'INVESTISSEMENT DANS L'ALECA : UN APPROFONDISSEMENT NÉCESSAIRE AU DROIT DES RELATIONS COMMERCIALES

Du point de vue du droit du commerce international, l'inclusion de l'investissement dans l'ALECA répond à la fois à un approfondissement des relations commerciales euro-tunisiennes (A) et à une démarche spécifique visant à encadrer juridiquement les relations entre commerce et investissement (B).

A – L'approfondissement nécessaire du droit des relations commerciales euro-tunisiennes

Depuis les années 2000, la crise de l'OMC a conduit à une fragmentation du droit international économique¹ et à un recul du recours au multilatéralisme. Ce phénomène a renforcé l'enjeu des relations commerciales régionales. Le droit du commerce international est devenu un droit régional intégré dans un cadre international.

En même temps, les relations internationales écono-

¹ Cf. J-S Berge, M. Forteau, M-L Niboyet et J-M Thouvenin (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, Pedone, coll. Cahiers internationaux, Paris, 2011, 208 pages.

miques ne peuvent plus être réduites au droit du commerce. Le droit international économique s'est développé à l'horizontal. Il a investi de nouveaux champs : le climat, le développement durable, la facilitation des échanges ou l'investissement.

Depuis l'adoption du Traité de Lisbonne, le droit de l'Union européenne a pris acte de cette évolution du droit international économique. Désormais l'Union européenne développe une politique de voisinage². Elle dispose d'une compétence générale pour l'action extérieure, prévue aux articles 205 et suivants du TFUE. Elle a reçu une compétence exclusive pour négocier des accords dans le domaine de l'investissement étranger direct³. Son action extérieure relève à la fois de la politique commerciale, de la coopération au développement, de la coopération économique et de la mise en œuvre dans l'ordre international des compétences dont elle dispose en vertu du traité sur l'Union européenne.

Depuis 2009, l'Union européenne est donc prête à approfondir les relations économiques avec ses voisins.

L'actuelle politique commerciale entre l'Union européenne et la Tunisie a été dessinée dans la déclaration ministérielle de Barcelone des 27 et 28 novembre 1995. La Communauté européenne et les États de la Méditerranée avaient décidé de construire un espace « *de prospérité partagée* » au moyen du dépassement de relations bilatérales et de référence au multilatéralisme⁴. A partir de 2003⁵, cette politique a été rattachée à la politique européenne de voisinage dont l'objectif est de créer une « communauté économique du voisinage » posée sur un pilier oriental et un pilier méridional.

Malgré une approche qui avait été qualifiée « *d'impressionnante* »⁶ par la doctrine tunisienne (Imed Frikha), cette politique de voisinage euro-méditerranéenne a beaucoup déçu.

² Article 8 du TUE

³ Cf. article 207 du TFUE

⁴ Cf. Erwan Lannon, « La déclaration ministérielle de Barcelone, acte fondateur du partenariat euro-méditerranéen », RMCUE, 1996, p. 358

⁵ Précisément de juin 2003, avec l'adoption des conclusions sur le champ et les objectifs de la politique européenne de voisinage, cf. Maxime Lefebvre « La politique européenne de voisinage : nouveau départ pour une ambition géopolitique », RMCUE 2007, p. 22.

⁶ Cf. Imed Frikha La politique extérieure européenne, force du droit ou droit de force », in. Le droit international à la croisée des chemins, force du droit et droit de la force » : colloque de Tunis, 14, 15 et 16 avril 2004, Pedone 2004, pp. 315 à 326.

vers une intégration du droit de l'investissement ?

En 2008, le pilier méridional de cette communauté économique de voisinage a été complété par l'Union pour la Méditerranée, à propos de laquelle la doctrine s'accorde sur un constat d'échec. Le Professeur Bassem Karray avait ainsi, en 2008 pu qualifier la construction de l'Union pour la Méditerranée de « *parachutage* »⁷. Cette déception est largement partagée⁸.

Cette politique européenne de voisinage est l'objet de consultations publiques et de réformes régulières⁹ qui ont conduit, depuis 2011, à la fonder sur la conditionnalité et la différenciation.

Hier fondée sur une volonté de développement du commerce, elle est désormais liée aux politiques migratoires à la sécurité, à la défense des droits de l'Homme et de l'Etat de Droit¹⁰.

Cette conditionnalité et cette différenciation ne sont pas spécifiques à la politique de voisinage. Elles ont été l'un des instruments de la politique globale de coopération au développement. Depuis les accords de Lomé IV, la politique commerciale de l'Union européenne fait référence, notamment, à la promotion des droits de l'homme¹¹, à la gouvernance démocratique et à l'égalité entre les hommes et les femmes¹².

7 Cf. Bassem Karray « L'évolution du partenariat euro-méditerranée, Journal du Droit international (Clunet), n°3, juillet 2008, var.

8 Cf. Moez Charfeddine « La Tunisie et le voisinage de l'Europe élargie », RMCUE, 2005, p. 392, Rachid Rhattat « du processus de Barcelone à la politique européenne de voisinage », RMCUE 2007, p. 100 ou encore Rachid Rhattat « L'action extérieure de l'Union européenne en Méditerranée à l'épreuve du « printemps arabe », Revue de l'UE, 2012, p. 435.

9 Par exemple, une consultation publique a eu lieu en mars 2015. Cf. Marie-Cécile Cadilhac, Chronique de l'action extérieure de l'Union européenne - Réforme de la politique de voisinage, premier bilan de la consultation publique, RTDE 2016, p. 127.

10 Cf. Chahira Boutayeb, « Les nouveaux axes de la politique européenne de voisinage face au printemps arabe. Conditionnalité et différenciation », Revue de l'UE, 2012, p. 270. Ou encore, Mathieu Routier « Le printemps arabe, opportunité manquée de l'Union européenne de placer les droits de l'homme au cœur de sa politique de Méditerranée », Revue de l'UE, 2012, p. 440

11 La référence a d'ailleurs été reprise dans le Traité de Maastricht. Plus généralement, sur les relations entre le Commerce international et les droits de l'Homme, cf. T. Flory et N. Ligneul, « Commerce international, droits de l'homme, mondialisation : les droits de l'homme et l'Organisation mondiale du commerce », in *Commerce mondial et protection des droits de l'homme, les droits de l'homme à l'épreuve de la globalisation des échanges économiques*, Publication de l'Institut international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 179-193

12 Ce concept a d'ailleurs été précisé par une communication



vers une intégration du droit de l'investissement ?

Évidemment, cette évolution du droit a eu une incidence remarquée sur les accords de partenariat économique conclus par l'Union européenne¹⁷. Elle a sensiblement limité les domaines dans lesquelles l'approfondissement des relations commerciales euro-tunisiennes pouvait être réalisé.

B – Un nouvel encadrement juridique des relations entre commerce et investissement dans le contexte euro-tunisien

L'investissement a été choisi comme moyen d'approfondir les relations entre l'Union européenne et la Tunisie pour des raisons économiques et juridiques.

Economiquement, l'investissement ne peut pas être négligé. Ni la Tunisie, ni l'Union européenne ne peuvent donc se passer de la mise en œuvre d'un droit de l'investissement efficace.

La conscience de cette nécessité existait déjà en 1995, lors de la déclaration ministérielle de Barcelone, dont les signataires reconnaissaient « que le développement économique doit être soutenu à la fois par l'épargne interne, base de l'investissement, et par des investissements étrangers directs » et soulignaient « qu'il importe d'instaurer un environnement qui leur soit propice notamment par l'élimination progressive des obstacles à ces investissements ce qui pourrait conduire aux transferts de technologies et augmenter la production et les exportations ». Le programme de travail de la conférence de Barcelone prévoyait d'ailleurs que la question de l'investissement serait l'objet de travaux postérieurs.

Or, les relations bilatérales entre l'Union européenne et la Tunisie sont apparues décevantes quant aux investissements effectivement réalisés. Cette insuffisance a été expliquée en particulier par la fragilité du régime politique tunisien et par l'insuffisante qualification de la main-d'œuvre, en particulier dans le domaine des nouvelles technologies.

Le régime démocratique mis en place et les efforts d'ouverture de l'économie tunisienne expliquent qu'aujourd'hui l'Union européenne et les États-Unis se concurrencent pour promouvoir l'investissement en Tunisie¹⁸.

17 Cf. N. Ligneul « L'enjeu de la négociation dans les négociations commerciales internationales », in *Union européenne – MERCOSUL entre concurrence et solidarité*, L'Harmattan, 2008, pages 339 à 347.

18 Cf. L'affiche news 3 février 2017 (<http://laffichenews.tn>) « Tunisie-USA : Accord de Partenariat pour Promouvoir la Croissance Economique Inclusive pour les Tunisiens : Millennium Challenge

Juridiquement, le choix de l'investissement comme instrument d'approfondissement a deux explications principales.

La première explication tient à la compétence limitée de l'Organisation Mondiale du Commerce. L'investissement ne relevant pas, en tant que tel¹⁹, de la compétence de l'Organisation mondiale du commerce, les contraintes de l'interprétation de l'article XXIV du GATT ne s'appliquent pas au droit de l'investissement.

Dans les relations bilatérales entre la Tunisie et l'Union européenne, il est donc possible de créer des règles spécifiques intégrant la différenciation et la conditionnalité sans que l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC n'ait à y redire. Cette première explication doit être nuancée car, à l'analyse, dans son état actuel, le projet d'ALECA consacre une place réduite à la différenciation et à la conditionnalité.

La deuxième explication tient au fait que les interactions entre l'investissement et le commerce sont nombreuses et que depuis l'échec de la conférence ministérielle de Doha, l'OMC s'intéresse très peu à cette question²⁰.

Sur le plan théorique, le droit de l'investissement et le droit du commerce international posent des questions analogues quant à la place des États dans le droit international économique et leur possibilité effective de réglementer les activités économiques sur leur territoire.

Sur le plan pratique, les interactions entre commerce international et investissement sont nombreuses.

La réglementation de l'investissement privé étranger peut ainsi faciliter l'implantation d'entreprises sur le territoire d'un État. Cela facilite le développement du commerce.

A l'inverse, une politique étatique faiblement incitative pour l'investissement privé étranger risque de limiter l'investissement réalisé sur le territoire de l'État.

Utiliser l'investissement comme moyen d'approfondir les relations euro-tunisiennes est donc opportun tant économiquement que juridiquement. C'est aussi une opportunité pour le droit de l'investissement privé étranger.

Corporation chez nous ! »

19 A l'exception des mesures d'investissement qui touchent au commerce, envisagées par l'accord MIC.

20 Un groupe de travail sur les interactions entre le commerce et l'investissement avait été créé à la conférence ministérielle de Singapour en 1996. Il a été supprimé à la fin du cycle de Doha.

vers une intégration du droit de l'investissement ?

II – L’INCLUSION DU DROIT DE L’INVESTISSEMENT DANS L’ALECA : UNE ÉTAPE UTILE À LA CONSTRUCTION DU DROIT DE L’INVESTISSEMENT PRIVÉ ÉTRANGER

En l’absence d’accord multilatéral sur l’investissement l’Union européenne développe une politique originale visant à la construction empirique et progressive d’un droit européen de l’investissement privé étranger applicable dans les relations externes de l’Union européenne.

Les dispositions du droit de la concurrence intégrées à l’ALECA constituent une illustration de l’état de ce droit. Le fond du droit de l’investissement ainsi reconnu paraît révélateur de l’équilibre recherché par l’Union européenne (A) alors que le mécanisme de règlement des différends paraît novateur (B)

A – Le fond du droit de l’investissement reconnu par l’ALECA : un droit équilibré

Ces dernières années, le droit de l’investissement privé étranger a fait l’objet de profondes mutations. Il consacre la recherche d’un équilibre entre les intérêts des investisseurs et ceux des États cibles de l’investissement.

Traditionnellement, depuis le milieu des années 1980, le droit de l’investissement privé étranger était le droit de la protection et de la promotion des investissements privés étrangers. Pour des raisons historiques²¹, mais aussi idéologiques²², ce droit se contentait de défendre les intérêts des investisseurs pour les rassurer. Depuis les années 2000, cette situation a évolué.

Après quelques décisions retentissantes ayant conduit à une remise en cause de la politique environnementale²³, sociale ou de défense des droits de l’homme²⁴ d’États cibles d’investissements, les États-Unis et le Canada ont modifié leur politique d’accords bilatéraux en 2004, 2006 et 2012, alors que d’autres États ont montré une défiance encore plus importante à l’égard du droit de l’investissement privé étranger²⁵.

21 Cf. Résolution n°3281 (XXIX) de l’Assemblée générale de l’ONU sur les droits et devoirs économiques des Etats. 12 décembre 1972.

22 Cf. choix du système libéral.

23 Cf. par exemple, l’affaire des Pyramides, (aff. SPP cl République arabe d’Egypte, n° ARB/84/3, 20 mai 1992, ICS/O Reports, vol. 3, p. 1.89 s.)

24 Cf. Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and InterAgua Servicios Interga/es dei Argua SA cl Argentina, n° ARB/03/17, 30 juill. 2010.

25 Par exemple, les conventions bilatérales entre Australie et EU

p 05 / JUIN 2017



vers une intégration du droit de l’investissement ?

Dans ce contexte, l’Union européenne a adopté une position équilibrée.

Institutionnellement, elle semble s’orienter vers une compétence partagée pour adopter les accords portant sur le droit de l’investissement dès lors qu’ils ne se limitent pas à l’adoption des règles de protection et de promotion de l’investissement privé étranger²⁶. Cette compétence partagée sera probablement un moyen d’assurer une intervention effective des États dans l’adoption des règles relatives à l’investissement privé étranger.

Matériellement, l’Union européenne a décidé de permettre aux États de rechercher une définition de l’investissement responsable²⁷. Dans la mesure où la compétence de négociation des accords bilatéraux en matière d’investissement est devenue une compétence de l’Union européenne, elle réalise en même temps une harmonisation des standards du droit de l’investissement²⁸.

L’ALECA est une bonne illustration de cette recherche d’équilibre. Certains éléments démontrent qu’il vise à rassurer les investisseurs. Par exemple, l’investissement n’y est pas défini, ce qui laisse penser que la définition de l’investissement qui sera retenue dans la mise en œuvre de l’ALECA sera particulièrement large. De même, le projet d’accord retient le principe du traitement de la nation la plus favorisée et de l’accès aux marchés, qui constituent des protections classiques, mais contestées, des droits des investisseurs.

Symétriquement, plusieurs stipulations de l’accord permettent de protéger l’intérêt des États cibles des investissements.

Ainsi, ces États conservent leur pouvoir de réglementation²⁹. Cette stipulation paraît essentielle, car elle per-

de 2004 et Australie Nouvelle-Zelande de 2011 ne contiennent aucune clause de règlement des différends, d’autres Etats ont dénoncé la convention CIRDI (par exemple, la Bolivie, l’Equateur ou le Venezuela), d’autres encore refusent de ratifier les conventions bilatérales d’investissement (c’est par exemple la situation du Brésil). Sur cette question, cf. Julien Cazala « La défiance étatique à l’égard de l’arbitrage investisseur-Etat exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents, Journal du Droit international (Clunet), n°1 janvier 2017, doctr. 3.

26 CJUE 21déc. 2016, C 2/15, ECLI:EU:C:2017:376

27 Sur cette question, cf. Nicolas Ligneul, « Négociations transatlantiques et « investissement responsable », Revue de l’Union européenne, avril 2016, p. 202.

28 Sur cette question, cf. Catharine Titi « Le « droit de réglementer » et les nouveaux accords de l’Union européenne sur l’investissement », Journal du Droit international (Clunet), n°1, janvier 2015, doc. 3.

29 Article 1er §2 du projet

© <https://blogdroiteuropeen.com>

met, au moins théoriquement, d’envisager que les États puissent définir l’investissement responsable.

De même, une mise en œuvre progressive fondée sur un engagement volontaire des États a été prévue au travers d’un régime d’exceptions spécifiques et de réserves³⁰.

Enfin, le mécanisme d’exception reconnu par l’ALECA est inspiré de l’article XX du GATT³¹. Cette méthode classique pour le droit de l’investissement est généralement perçue comme favorable aux États. L’ALECA y ajoute quelques originalités. Par exemple, la sécurité sociale est protégée par le mécanisme d’exception. Une telle méthode pourrait permettre de limiter l’impact de la protection des investisseurs sur le droit interne, dès lors que les États s’en servent.

A côté de ces solutions équilibrées, l’ALECA prévoit la mise en place d’un système de règlement des différends novateur.

B – La mise en œuvre d’un système de règlement des différends novateur

Dans l’état actuel des négociations, l’Union européenne n’a pas encore proposé de proposition de texte sur le règlement des différends.

Le projet d’accord du 26 avril 2016 prévoit que l’Union européenne proposera un texte ultérieurement. Malgré les travaux récents des experts tunisiens et européens³², aucune offre ne semble avoir été faite. Pourtant l’analyse des derniers accords relatifs à l’investissement négociés par l’Union européenne permettre d’émettre une hypothèse quant à la proposition qui sera faite par l’Union européenne.

Après les fortes contestations qui se sont élevées lors des négociations transatlantiques, la Commission a, en effet proposé depuis 2015, d’établir une cour internationale d’arbitrage en matière d’investissement. C’est un projet original pour lequel la Commission souhaite mettre en place une juridiction de première instance et d’appel³³ permanentes et travaillant de façon transparente. Ce mécanisme viserait à une résolution juridique, équilibrée et indépendante des litiges et serait ouvert à

30 Cf. art. 9 du projet

31 Cf. art. 73 du projet

32 Une réunion technique s'est tenue à Bruxelles les 6-10 février 2017

33 Le recours à une instance d’appel est plus original pour le droit de l’arbitrage

tous les États intéressés³⁴.

Pour mettre en place cette future juridiction internationale, la Commission s’est appuyée sur les négociations existantes. Elle a par exemple, expérimentée une juridiction *ad hoc* dans l’accord d’association conclu avec Singapour ou celui conclu avec le Vietnam. A l’occasion des négociations avec le Canada, en octobre dernier, le Canada et l’Union européenne ont convenu que la Cour Multilatérale d’Investissement sera compétente pour trancher les litiges relatifs à la mise en œuvre du CETA. Les négociations sont donc en cours pour créer cette nouvelle juridiction internationale.

Les relations euro-tunisiennes seront donc probablement le théâtre de cette innovation. Je lui souhaite d’être plus utile que l’innovation offerte par Dionysos au Roi Midas !

34 Sur les avantages et les inconvénients de ce projet, cf. Nicolas Ligneul, « Négociations transatlantiques et « investissement responsable », Revue de l’Union européenne, avril 2016, p. 202

© <https://blogdroiteuropeen.com> p 06 / JUIN 2017