Le conflit entre valeur morale et efficience économique : l'Union européenne et le droit économique international

Philippe Coppens

Maître de recherches du FNRS
Professeur extraordinaire à l'UCLouvain

et

Cédric Henet

Doctorant à la Faculté de droit de l'UCLouvain

Section 1. Introduction

Le droit économique international (DEI) entend discipliner les échanges économiques internationaux par des règles. Une institution, l'Organisation mondiale du commerce (OMC), a été créée par le Traité de Marrakech en 1994 et est destinée à assurer cette discipline depuis l'entrée en vigueur du traité le 1er janvier 1995. L'Union européenne (UE) est membre de l'OMC indépendamment de l'appartenance de ses États membres et elle exerce une compétence exclusive en matière de politique commerciale commune (article 3 du Traité sur le fonctionnement de l'UE).

Cependant, le rôle et la fonction de l'Union dans une économie globalisée suscitent la polémique. Car l'Union européenne, qui est un accord régional au sens de l'article XXIV du traité de l'OMC, veut incarner autre chose qu'une zone de libre-échange. Elle entend soumettre son action au respect d'un idéal. Celui de discipliner un monde économique où les biens, les services et les capitaux seraient échangés aussi librement que possible *mais* dans les limites de ses propres valeurs fondamentales.

On pourrait dire qu'il s'agit minimalement de concevoir le libre-échange selon la formulation kantienne suivante :

> « Dans le règne des fins tout a un prix ou une dignité. Ce qui a un prix peut être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre, à titre d'*équivalent* ; au contraire, ce qui est supérieur à tout prix, et par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité[1] ».

Section 2. Les textes et leurs enjeux

Les nombreux soubresauts que l'Union a connus ces dernières années dans les négociations des traités économiques internationaux montrent la difficulté d'équilibrer ou de rendre compatible la recherche d'une efficience économique et le respect des valeurs fondamentales par lesquelles elle se légitime. L'Union tente de promouvoir des valeurs, des droits et des libertés, c'est-à-dire les fins qu'elle donne à son ordre juridique, dans un monde économique globalisé où la fin première est d'assurer le libre-échange pour favoriser la croissance.

Voilà comment quelques textes juridiques présentent la situation.

L'article 2 du Traité de l'Union stipule qu'elle est fondée « sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités ». Et il ajoute : « Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

Par ailleurs, dans son article 3, al. 3, le Traité affirme que l'UE « œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive [...] ».

Enfin, dans ses relations internationales, « l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies » (article 3, al. 5).

1 I. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. V. Delbos, Œuvres philosophiques, t. II, 2e section, Paris, Gallimard, Pléiade, 1985, p. 301.

Quelques-unes de ses exigences se retrouvent aussi dans le préambule du Traité de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'OMC :

> « *Reconnaissant* que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique,
>
> *Reconnaissant* en outre qu'il est nécessaire de faire des efforts positifs pour que les pays en développement, et en particulier les moins avancés d'entre eux, s'assurent une part de la croissance du commerce international qui corresponde aux nécessités de leur développement économique,
>
> *Désireuses* de contribuer à la réalisation de ces objectifs par la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations dans les relations commerciales internationales[2] ».

Il y a évidemment des différences notables entre les textes puisque les premiers fondent l'UE sur des valeurs tandis que le préambule de l'OMC insiste sur les opportunités et les solutions que peut engendrer une croissance économique continue. Le principe sous-jacent à l'ensemble des accords commerciaux internationaux est que le libre-échange entre les économies est la meilleure voie pour assurer une croissance économique globale[3].

2 La force obligatoire des préambules est discutée en droit international. Sur ceci, M. Mbengue, « The Notion of Preamble », in R. Wolfrum, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008. Mais le préambule ici a indubitablement une fonction interprétative pour l'Organe d'appel de l'Organe de Règlement des Différends (ORD) de l'OMC. Voy. p.ex. l'affaire dite « Crevettes-Tortues », 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, spéc. n° 129, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=R:/WT/DS/58ABR.pdf&Open=True.

3 Les outils traditionnels pour y parvenir sont l'abaissement des barrières tarifaires et non tarifaires ; et le levier du multilatéralisme est le principe de non-discrimination entre les États (principe du traitement national, clause de la nation la plus favorisée et interdiction des quotas : article I, III, XI du GATT repris comme annexe dans le Traité de Marrakech instituant l'OMC).

Une présentation nuancée des mérites du libre-échange se trouve chez P. Krugman et M. Obstfeld, *International Economics*, 6e éd., Addison Wesley, 2003, chap. 2 ; P. Samuelson, « Where Ricardo and Mill Rebut and Confirm Arguments of Mainstream Economists Supporting Globalisation », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 18, n° 3, 2004, pp. 135-146 ; G. Mankiew, « Reviewing the Tennets of Free-Trade », *NYTimes*, 19 février 2018.

Ce principe est lui-même lié à la théorie des avantages comparatifs qui montré une grande robustesse dans l'histoire de la pensée économique. avid Ricardo explique dans ses *Principes de l'économie politique et de l'im-ôt (1817)*, que les États tirent un bénéfice économique en participant au ɔmmerce international même s'ils n'ont aucun avantage absolu dans la roduction d'un bien par rapport aux autres pays concurrents[4]. Exposer s économies nationales aux forces de la concurrence internationale et articiper à la division internationale du travail est donc une décision ıtionnelle et efficiente. Car l'efficience économique désigne le meilleur sage des ressources rares (les moyens) pour maximiser la production de iens et de services (les fins). Un système économique sera réputé plus ficient qu'un autre s'il produit plus de biens et de services avec les ıêmes ressources (ou s'il produit le même nombre de biens et de services vec moins de ressources).

Une première difficulté est donc d'évaluer le libre-échange par rapport ı protectionnisme. Sur ce point, on l'a déjà noté, la validité de la théorie es avantages comparatifs reste largement partagée par les économistes et il e fait guère de doute que, *globalement*, le libre-échange a permis un relève-ıent du niveau de vie *moyen* à l'échelle mondiale bien qu'il soit très inéga-ment réparti. En réalité, ce sont principalement les immenses populations e la Chine et de l'Inde qui contribuent, par le développement accéléré de ur économie, à soutenir ce relèvement moyen du niveau de vie.

Par ailleurs, bien qu'il soit difficile d'apprécier la mesure exacte selon quelle les échanges économiques constituent des facteurs de paix entre s États, Montesquieu écrivait déjà ceci, en 1748, dans *De l'esprit des lois* : L'effet naturel du commerce est de porter à la paix. Deux nations qui égocient ensemble se rendent réciproquement dépendantes : si l'une a ıtérêt d'acheter, l'autre a intérêt de vendre ; et toutes les unions sont ındées sur des besoins mutuels »[5].

Les accords économiques entre les nations créent une interdépen-ance entre elles et elles supposent aussi un minimum de compréhension ıutuelle de leur culture respective. Les échanges de biens et de services ınt d'abord des échanges de droits et de cultures différentes. Dans un

4 Un État dispose d'un avantage comparatif dans la production d'un bien A par rapport un bien B si son coût d'opportunité pour produire A est plus faible que celui pour produire c'est-à-dire si, pour produire A, il doit abandonner moins de ressources rares (par exemple oins de temps de travail ou une main d'œuvre meilleure marché) que pour produire B. Un ıys a alors intérêt à se spécialiser dans la production du bien pour laquelle le coût d'oppor-nité est le plus faible et échanger ce bien contre un autre type de bien produit dans un ıtre pays.

5 MONTESQUIEU, *De L'Esprit des Lois*, Livre XX, chap. II, t. 2, Paris, Garnier-Flammarion,)79, p. 10.

système de libre-échange fondé sur les avantages comparatifs, l'intérêt économique de chacun est de dépasser, autant que faire se peut, les différences et les peurs que ces échanges suscitent pour bénéficier le plus largement possible des divisions du travail et des spécialisations des autres membres de la communauté internationale. On ne combat pas – du moins ouvertement – celui dont la coopération nous est profitable.

Deux siècles après Montesquieu, c'est encore ce que pensait R. Schuman dans sa déclaration du 9 mai 1950 qui est considérée comme l'acte fondateur de ce qui deviendra l'UE :

> « Le gouvernement français propose de placer l'ensemble de la production franco-allemande de charbon et d'acier sous une Haute Autorité commune, dans une organisation ouverte à la participation des autres pays d'Europe.
>
> La mise en commun des productions de charbon et d'acier assurera immédiatement l'établissement de bases communes de développement économique, première étape de la Fédération européenne, et changera le destin de ces régions longtemps vouées à la fabrication des armes de guerre dont elles ont été les plus constantes victimes.
>
> La solidarité de production qui sera ainsi nouée manifestera que toute guerre entre la France et l'Allemagne devient non seulement impensable, mais matériellement impossible. L'établissement de cette unité puissante de production ouverte à tous les pays qui voudront y participer, aboutissant à fournir à tous les pays qu'elle rassemblera les éléments fondamentaux de la production industrielle aux mêmes conditions, jettera les fondements réels de leur unification économique[6]. »

Mais un second problème consiste à évaluer *l'acceptabilité pratique* du libre-échange. Car un principe économique comme un principe moral peut être rationnellement acceptable mais être inacceptable pratiquement. Il est souvent inacceptable pour les populations qui en supportent les conséquences négatives, celles qui ne participent pas au relèvement moyen du niveau de vie.

Cela pose la question de l'élaboration des normes internationales et de leur légitimité. Un bref mot pour comprendre ceci. Au XX^e^ siècle, avec le tournant positiviste, la validité d'une norme a pris la forme d'une opposition entre la rationalité de la légalité formelle et la subjectivité des discussions sur la légitimité des normes. Il n'y a aucun doute que le premier théoricien du positivisme au siècle dernier, Hans Kelsen, a été marqué par l'empirisme logique du cercle de Vienne, notamment en distinguant de manière extrêmement tranchée dans sa *Théorie pure du droit* les propositions physiques relatives à ce qui est (les faits de la nature) et les propositions

6 Voy. le texte et le contexte de la déclaration sur le site https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_fr (consulté le 30 août 2021).

:iques, morales et juridiques, relatives à ce qui doit être. Le problème ır tout juriste est que ces jugements de valeur étaient considérés par le itivisme logique comme « sinnlos », dépourvus de sens et ils ne pou- :nt donc prétendre à l'objectivité. La philosophie pratique a payé un td tribut à cette conception car la conception opposée n'était souvent :ndue que par les partisans du droit naturel classique qui fondaient leur .ception sur des croyances qui n'étaient plus partagées.

Ce n'est qu'avec les travaux influents de Rawls, de Apel et d'Habermas : l'idée selon laquelle les normes pouvaient être fondées *en raison* est)parue et que les propositions pratiques pouvaient également prétendre objectivité. Pour Habermas par exemple, une norme est objective- nt valide si, au terme d'une justification discursive, elle garantit qu'elle rime un intérêt général à son respect général. À son tour, le discours justification des normes repose sur les deux principes de discussion et niversalisation qui permettent de satisfaire l'exigence d'impartialité. e norme n'est donc objectivement valide que si tous ses destinataires ont librement l'accepter et en accepter les conséquences prévisibles. Voilà : manière de poser la question de la représentation politique autour du blème de l'objectivité épistémologique. La question épistémologique l'objectivité des propositions est intimement reliée à la question de la résentation politique pour participer à la justification des normes.

.es développements qui précèdent sont loin d'être anecdotiques et ce, moins pour deux raisons.

.a première est que la justification publique d'un traité économique ernational requiert plus de transparence tant dans son processus d'édic- ı que dans son processus d'application. Les difficultés nées lors des ociations du *Comprehensive Economic Trade Agreement* (CETA), finale- nt signé le 30 octobre 2016 entre l'UE et le Canada, en sont une bonne stration. Par ailleurs, on sait aussi que la préparation de l'agenda des ociations est primordiale si l'on veut arriver à un accord équilibré re toutes les nations. Or il faut bien reconnaître qu'il n'est pas sou- ıt fixé par les pays les moins avancés ou les pays en développement. e, même lorsqu'un cycle de négociations multilatérales comme celui Doha était annoncé en novembre 2001 comme un Programme spé- .ement destiné à améliorer le sort des pays en voie de développement elui des pays les moins avancés. Il s'agissait de discuter de nouvelles les qui devaient permettre à ces pays d'accéder à la juste « part de la issance du commerce international qui corresponde aux nécessités de r développement économique » comme prévoyait le Préambule déjà . Mais, comme on sait, ces négociations ont été d'échec en échec, les s les plus riches ne parvenant pas à se mettre d'accord entre eux sur ype d'aides à apporter aux pays les plus pauvres. Ces échecs ont aussi

sans doute marqué la fin du multilatéralisme en droit économique international où l'on voit en revanche se multiplier les accords bilatéraux et plurilatéraux[7]. La mise entre parenthèses du principe du multilatéralisme paraît même inévitable pour des raisons géostratégiques, notamment parce que la Chine est passée en quelques décennies du statut de pays émergent à celui de superpuissance commerciale rivale des États-Unis[8].

Un problème important reste celui de la juste répartition des gains des échanges internationaux[9]. C'est une question difficile car elle mêle à la fois une conception économique, une conception démocratique et une question anthropologique. Nous n'avons évidemment pas l'ambition de développer ces points dans les limites de cet article[10]. Qu'il suffise ici de noter que les premiers penseurs néo-libéraux viennois, au sortir de la première guerre mondiale et du déclin de l'empire des Habsbourg, envisageaient déjà l'*institutionnalisation* d'une économie mondiale, ce qui deviendra finalement l'OMC. Il ne s'agissait donc pas, dans l'esprit de F. Hayek ou L. von Mises, de libérer l'économie de toute contrainte juridique puisque toute institution suppose des règles. Il s'agissait plutôt de libérer les échanges économiques de toutes les règles juridiques qui pouvaient perturber les signaux dans le système des prix. Dans cette perspective, le grand danger est incarné par les démocraties qui engendrent des distorsions des prix imposées par des principes de justice sociale et donc de redistribution des richesses[11]. La question des inégalités sociales doit donc être traitée non par des politiques publiques invasives mais par deux idées économiques orthodoxes : celle de la main invisible et celle du ruissellement (*trickle down theory*). C'est notamment là que l'on rencontre un lien avec la question anthropologique du temps vécu. Car outre que la validité de ces principes est extrêmement disputée sur le plan théorique, ils sont peu séduisants pour les populations les plus pauvres. Se limiter à leur promettre que les gains produits par un marché libéré des règles de redistribution leur bénéficieront un jour est inacceptable pratiquement quand bien même ces principes seraient prouvés, *quod non*.

7 Pour une analyse critique de l'agenda de Doha et sur les échecs des négociations, voy. J. STIGLITZ et A. CHARLTON, *Pour un commerce mondial plus juste*, Paris, Fayard, 2005.

8 Ph. COPPENS, « Multilatéralisme et démocratie », *Revue internationale de droit économique*, 2020/2, t. XXXIV, pp. 139-154.

9 Voy. par ex. A. SEN, « Mondialisation et justice sociale », *Le Monde*, 20 mai 2006. Plusieurs de ces problèmes sont discutés dans A. DEATON, *The Great Escape, Health, Wealth and The Origins of Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2013 et D. RODRICK, *Straight Talk on Trade*, Princeton University Press, 2018.

10 Voy. Ph. COPPENS, « Droit économique international et justice distributive », *Revue internationale de droit économique*, 2013/4, pp. 511-521.

11 Sur ceci, Q. SLOBODIAN, *Globalists, The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Harvard University Press, 2018.

Section 3. Une politique commerciale européenne en difficultés

Comme on l'a noté, les accords de libre-échange (ALE) peuvent être justifiés d'un point de vue économique mais n'échappent pas à la critique. Avec le lancement de la « Stratégie de Lisbonne » (2000), l'Union – fervente défenseure du multilatéralisme et de l'OMC – avait mis en place un moratoire informel sur les accords de commerce bilatéraux et plurilatéraux. Toutefois, confrontée, d'une part, aux échecs successifs des négociations menées au sein de l'OMC et, de l'autre, à la pression des entreprises européennes exportatrices de services[12], la Commission européenne est entrée dans la course internationale aux accords commerciaux bilatéraux et plurilatéraux dits de *nouvelle génération*[13]. Alors que son travail commençait à porter ses fruits, l'administration européenne a cependant dû faire face aux réticences et aux critiques de la société civile européenne sur les projets d'accords négociés. En 2015, le mouvement anti-traités transatlantiques (« STOP TTIP/STOP CETA »[14]) amena des centaines de milliers de citoyen(ne)s européens à manifester leur mécontentement à l'égard de la politique commerciale extérieure de l'UE[15]. Nombre de parlementaires nationaux et européens ont rapidement suivi la tendance citoyenne et ont questionné le bien-fondé de ces nouveaux traités. On se rappellera, à titre d'exemple, l'opposition du Parlement wallon alors que le gouvernement fédéral belge s'apprêtait à signer le CETA[16]. Dernièrement, le projet d'accord de l'UE avec les pays du Mercosur a généré tant de craintes, notamment en France, que sa

12 La Communication « *Global Europe* » (2006) signe l'abandon du moratoire informel sur les traités commerciaux préférentiels. Sur ce sujet et notamment sur les raisons de cet abandon, voy. l'excellent ouvrage de G. Siles-Brügge, *Constructing European Trade Policy. A Global Idea of Europe*, Londres, Palgrave Macmillan, 2014.

13 Ces termes désignent les traités d'intégration économique compréhensifs. Ils comprennent non seulement des engagements de suppression des droits de douane et de réduction des obstacles non-tarifaires (comme les traités de première et de seconde génération) mais aussi des dispositions relatives par exemple aux services transfrontaliers, à la protection de la propriété intellectuelle, à la circulation des travailleurs, au droit de la concurrence, à la coopération réglementaire ou encore au développement durable. Ils sont aussi souvent qualifiés de « dynamiques » parce que les engagements qui sont pris par les parties sont amenés à évoluer au fil de la mise en œuvre du traité.

14 TTIP est un acronyme de « *Transatlantic Trade and Investment Parternship* ».

15 Le 10 octobre 2015, plus de 250.000 personnes manifestaient dans les rues de Berlin contre le projet d'accord commercial et d'investissement entre l'UE et les États-Unis (le « TTIP »).

16 Le Parlement chypriote ayant refusé de ratifier le CETA le 31 juillet 2020, l'avenir de l'accord – provisoirement appliqué depuis septembre 2017 – est incertain.

ratification par le Conseil des ministres de l'UE a dû être postposée. Le Parlement européen avait, quant à lui, déjà indiqué qu'il n'avaliserait pas le texte proposé par la Commission.

Pour quels motifs de tels accords, dont les bénéfices économiques sont soulignés par la plupart des études économiques, sont-ils ainsi craints et parfois rejetés ? Les raisons sont complexes et varient d'un pays à l'autre de l'Union. On relèvera la multiplication des revendications formulées en termes de valeurs, telles que la justice sociale, les droits de l'homme ou la protection de l'environnement[17]. Dans un premier temps, les critiques portèrent sur le manque de transparence des négociations commerciales. Ensuite, ont été pointés du doigt des éléments plus substantiels tels que la présence de clauses d'arbitrage ou le risque d'atteintes à l'autonomie réglementaire et à la souveraineté des États. Une importante partie de la société civile craignait (et continue de craindre) qu'alors que les grands principes des accords de libre-échange et les mécanismes de coopération seront mis en œuvre, la balance ne penche en faveur des intérêts et objectifs économiques privés. La méfiance est d'autant plus marquée à l'encontre des entreprises qui *de facto* sont les mieux placées pour défendre leurs intérêts, à savoir les multinationales et acteurs financiers.

Section 4. La « *linkage approach* » et le droit de réglementer des États-parties

Les juristes spécialisés en droit économique international n'ont pas attendu les soulèvements de la société civile européenne pour s'intéresser à la question de l'intégration des valeurs socio-environnementales dans les ALE. Depuis les manifestations de Seattle, des analyses se développent pour tenter d'établir un équilibre entre les objectifs de libéralisation économique et les valeurs socio-environnementales conformément au principe du développement durable qui se trouve à la fois dans le Préambule de

17 Voy. par exemple l'appel adressé par GreenPeace France aux parlementaires français lors de la ratification du CETA (https://www.greenpeace.fr/appel-aux-parlementaires-contre-le-ceta/) ou les bilans dressés par le C.N.C.D. 11.11.11 (https://www.cncd.be/Un-an-apres-la-signature-du-CETA) et l'Institut Veblen (https://www.veblen-institute.org/Le-CETA-un-an-apres-un-bilan-inquietant.html) après un an d'application du CETA. Voy. aussi l'article publié par M. Duprié, « Les écueils de politique commerciale européenne », *Alternatives économiques. L'économie politique*, 2018/1, n° 77, pp. 56-70.

Selon un « eurobaromètre » réalisé en 2019, 50 % des citoyens européens considèrent que la politique commerciale de l'UE devrait promouvoir les standards européens en matière de protection des données, de la santé et de l'environnement.

l'OMC et dans l'article 3, al. 3 du Traité de l'Union. Comment poursuivre une politique libre-échangiste qui soit compatible avec, par exemple, le respect des droits humains ou la protection de l'environnement ?

Deux types de réponses ont été apportés.

La première, appelée « *linkage* », consiste à établir des liens entre, d'une part, les dispositions sur la libéralisation du commerce et, de l'autre, les accords internationaux sur l'environnement, les droits de l'homme, les conventions internationales sur le travail, etc. Le modèle européen d'ALE comprend ainsi des dispositions aux termes desquelles les États-parties rappellent leurs engagements en matière de développement durable[18]. Ces dispositions, bien que non soumises aux dispositifs juridictionnels des accords, sont néanmoins censées contribuer à mettre la politique commerciale européenne au service des valeurs de l'Union[19].

La seconde réponse qui est apportée pour tenter de rassurer les environnementalistes, syndicats et associations de protection des droits humains est l'affirmation toujours plus explicite du droit de réglementer des États, parties aux ALE. Par exemple, dans l'instrument interprétatif annexé au CETA à la suite de l'opposition parlementaire wallonne, il est indiqué que l'accord « préserve la capacité de l'Union européenne et de ses États membres ainsi que du Canada à adopter et à appliquer leurs propres dispositions législatives et réglementaires destinées à réglementer les activités économiques dans l'intérêt public, à réaliser des objectifs légitimes de politique publique tels que la protection et la promotion de la santé publique, des services sociaux, de l'éducation publique, de la sécurité, de l'environnement et de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, la protection de la vie privée et la protection des données, ainsi que la promotion et la protection de la diversité culturelle »[20].

Une autre illustration du droit des États d'adopter des politiques d'intérêt public, toutefois plus circonscrite est l'exception générale qui figure à l'article XX du GATT annexé au Traité instituant l'OMC[21]. On relèvera néanmoins deux choses. D'une part, l'inclusion de telles dispositions sur le droit de réglementer des États parties n'efface pas le risque de la concurrence réglementaire induite par l'intégration des économies nationales

18 Voy. par exemple les chapitres 22 (Commerce et Développement durable), 23 (Commerce et Travail) et 24 (Commerce et Environnement) du CETA.

19 Voy. par exemple la Communication de la Direction-Générale (DG) Commerce de la Commission intitulée « Le commerce pour tous. Vers une politique de commerce et d'investissement plus responsable » et en particulier le chapitre 4, « Une politique de commerce et d'investissement fondée sur les valeurs », voy. https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf.

20 Article 2 (« Droit de réglementer »).

21 Article XX (« Exceptions générales ») du GATT de 1994.

dont les normes socio-environnementales diffèrent. D'autre part, ces dispositions ancrent la séparation verticale entre l'économie qui se globalise et les lois qui restent essentiellement nationales.

Les avancées évoquées (soit l'inclusion de clauses socio-environnementales dans les ALE et de dispositions sur le droit de réglementer des États parties) sont d'ordre technique. Elles ne tiennent pas compte du fait que les critiques citoyennes, plutôt éparses et spécifiques à l'origine, constituent désormais une remise en question radicale des finalités de la politique commerciale de l'UE et du commerce international en général. Elles ne peuvent remplacer la tenue d'un débat démocratique sur ces finalités. La société civile européenne souhaite utiliser les accords de commerce pour atteindre d'autres objectifs que la croissance des échanges de biens et de services et du produit intérieur brut européen. Elle s'intéresse davantage à l'impact de ces accords sur l'environnement ou les inégalités sociales qu'à l'augmentation du volume des exportations ou des importations. À ses yeux, l'approfondissement de la mondialisation des échanges commerciaux est désirable uniquement si elle contribue à la transition sociale et environnementale de l'économie. Le commerce doit donc être promu, et facilité par le DEI, s'il aide les États à répondre aux crises sociales et environnementales contemporaines. Les propositions concrètes avancées vont ainsi de l'utilisation de droits de douane différenciés et de quotas pour réguler les échanges de marchandises conformément aux valeurs et objectifs politiques de l'UE à l'autorisation des subsides dans les secteurs clefs de la transition sociale et environnementale.

Section 5. Au cœur du « problème » : la relation du droit à l'économie et la question de l'efficience

Les critiques et propositions citoyennes par rapport aux ALE remettent en question la relation du droit et de l'économie. Elles entrent en conflit avec les idéaux de neutralité et de rationalité demandés à la norme juridique pour servir un modèle économique. Le droit économique international s'est en effet historiquement développé pour éviter la « politisation » des relations commerciales internationales et reconnaître la primauté du signal des prix pour fluidifier et accélérer les échanges[22]. Les ALE entendent

22 Entretemps, l'idée qu'un modèle économique serait a-politique est mis en cause. Dans un intéressant article relatif aux travaux de P. Krugman, prix Nobel d'économie, A. Tooze le cite : « [...] *the technocratic dream – the idea of being a politically neutral analyst helping policymakers govern more effectively – is, for now at least, dead* », in A. Tooze, « The Gatekeeper », *London Review of Books*, 22 avril 2021, p. 7.

donc limiter l'influence que peuvent avoir les États sur le commerce international. Giorgio Sacerdoti, ancien Président de l'Organe d'appel de l'OMC le rappelle : le DEI est censé isoler les relations de commerce de l'aléa et de l'arbitraire des décisions politiques[23]. Certes Sacerdoti, comme la plupart des juristes qui analysent le DEI, reconnait qu'il peut être légitime pour les États de poursuivre des politiques d'intérêt public, même si celles-ci contredisent parfois les objectifs libre-échangistes et de croissance économique. Il souligne cependant que, lorsque ces politiques vont à l'encontre des engagements pris par les États dans les ALE, les bénéfices escomptés en termes de prévisibilité et stabilité s'estompent. C'est pourquoi, les politiques d'intérêt public doivent être pensées et appliquées conformément au cadre légal, c'est-à-dire aux engagements qui figurent dans les ALE. Si ce n'était plus le cas, on passerait d'un système commercial fondé sur les règles de droit (« *a rule-based framework* ») à un régime où la loi (la politique) du plus fort prévaut (« *power-based regime* »). Une opposition est ainsi souvent faite entre, d'une part, le DEI qui serait rationnel et prévisible et, de l'autre, les aléas et l'arbitraire des décisions politiques. Cette opposition est, cependant, fondée sur l'idée que le droit serait neutre d'un point de vue moral ou politique (ainsi que les modèles économiques). Or, les règles d'un ordre juridique et leur interprétation ne sont jamais neutres. Par exemple, en délaissant les questions de justice sociale, le DEI contribue à la création des inégalités économiques. Ou encore, en acceptant la mise en concurrence des réglementations environnementales, les ALE contreviennent à la protection du vivant.

Les défenseurs du libre-échange distinguent souvent l'économie descriptive qui opère des mesures quantitatives de la meilleure allocation des ressources dans un contexte de rareté et l'économie normative qui s'occupe des prescriptions politiques fondées sur des valeurs. Du point de vue de l'économie, l'efficience est un certain rapport entre les moyens et les fins. Ce rapport particulier, dans l'économie néo-classique, repose sur d'efficience économique visant à assurer la maximisation des richesses. Or, c'est de là que proviennent les difficultés que les juristes entretiennent notamment avec l'analyse économique du droit. Car ce courant opère un glissement implicite entre le critère d'un processus (l'efficience) et la poursuite d'une finalité particulière plus discutable (la maximisation des richesses), du point de vue du droit et de l'éthique. Les juristes soucieux de joindre leur propre discipline aux réflexions sur le globalisme économique

23 « The Challenges of Countering Politicization of Trade Relations and Revitalizing the Multilateral Rule-Based System », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 22, 2021, pp. 335-346.

sont souvent surpris de voir à quel point la norme juridique est considérée comme un instrument au service de l'efficience économique.

Les travaux sans doute les plus ambitieux pour tisser des liens entre les droits de l'homme et l'économie internationale ont été entrepris ces dernières décennies par le juriste allemand et élève de Hayek, E.U. Petersmann. Dans une série d'articles, il a proposé de constitutionnaliser l'ordre juridique de l'OMC pour mieux faire apparaître sa légitimité. Il fallait donc lui adjoindre une sorte de charte fondamentale des droits et des libertés. Mais, à y regarder de plus près, ses propositions visent surtout la liberté d'entreprendre et la protection des droits de propriété. Il s'agit donc d'abord d'assurer les droits individuels, opposables aux États, pour faciliter les échanges internationaux[24]. Les propositions de Petersmann en deviendraient alors presque un cas d'école pour la critique marxiste selon laquelle les droits de l'homme sont par excellence l'instrument de légitimation des sociétés capitalistes. C'est ce que pensait également quelqu'un comme Walter Benjamin au moment même où se développait le néolibéralisme historique[25]. De manière assez ironique, les marxistes comme les néo-libéraux voyaient les droits de l'homme comme un vice. Les premiers parce qu'ils considéraient que la reconnaissance des droits de l'homme permettait à la classe dirigeante de voiler les inégalités dans les rapports de production. Il s'agit ici, à dire vrai, d'une critique de même nature que celle des droits individuels reconnus dans le Code civil de 1804 où l'égalité formelle des droits masquait les inégalités réelles. Et les seconds craignaient les interventions étatiques protégeant les droits de l'homme puisque leur reconnaissance pouvait contribuer à distordre les prix sur le marché globalisé.

Par ailleurs, et c'est un argument ici d'une autre nature, l'insistance sur les droits individuels dans l'ordre juridique des droits de l'homme peut être incompréhensible pour les acteurs du système international qui ne participent pas à la culture occidentale. Par exemple pour les Chinois dont la culture confucéenne est fondée sur l'idée de relations intersubjectives plutôt que sur celle de droit subjectif et d'individu[26].

24 Une critique de ce projet se trouve chez R. Howse, « Human Rights in the WTO : Whose Rights, What Humanity ? Comment on Petersmann », *European Journal of International Law*, 2002, n° 3, p. 654

25 Sur ceci, W. Benjamin, *Critique de la violence*, Paris, Gallimard ; Ph. Coppens et M. de Nanteuil, *Critique de la violence, Regards croisées sur W. Benjamin*, Bruxelles, Bruylant, 2021.

26 Voy. p.ex. T. Li et Z. Jiang, « Human Rights, Justice, and Courts in IEL : A Critical Examination of Petersmann's Constitutionalization Theory », *JIEL*, 2018, 21, pp. 193-211 et la réponse de E.U. Petersmann, « International Economics Law Without Human and Constitutional Rights ? Legal Methodology Questions for my Chinese Critics », *JIEL*, 2018, 21, pp. 213-231. De manière générale, A. Cheng, *Histoire de la pensée chinoise*, Points sagesses, Paris, Seuil, 2014.

Section 6. Conclusion

Lorsqu'on étudie les arts ou les sciences, que ce soit la musique ou la peinture, l'architecture ou la médecine, le droit ou l'économie, la philosophie ou les mathématiques, une des premières questions épistémologiques consiste à déterminer les rapports entre des moyens et des fins. Il s'agit de trouver une règle qui permette de comprendre ces rapports, de les justifier ou de les expliquer et d'en déterminer la fonction.

C'est un trait de la rationalité humaine de vouloir trouver le *meilleur* rapport possible entre les moyens et les fins et, généralement, ce meilleur rapport est celui qui révèle la plus grande économie de moyens pour atteindre une fin donnée, quelle que soit par ailleurs cette fin.

Mais le meilleur rapport *possible* n'est pas nécessairement le meilleur rapport *absolument*. Il peut en effet devenir rapidement irrationnel de vouloir bénéficier à tout prix de toutes les informations avant d'agir. Une telle recherche mènerait rapidement à la paralysie de l'action ou aux actions répétitives pour s'assurer de l'information. Cela est évidemment lié au problème de l'aversion aux risques qui est la variable fondamentale de l'évolution de la responsabilité dans une société donnée.

Un des aspects les plus intéressants du pragmatisme américain et des *Recherches philosophiques* de Wittgenstein est d'insister sur la *juste mesure* qu'il convient de trouver entre les moyens et les fins. Et, comme on a essayé de le montrer dans cet article, la juste mesure d'une délibération sur le rapport entre les fins et les moyens est une question anthropologique autant qu'une question de calcul des prix. Comme on sait, il y a beaucoup d'hypothèses dans lesquelles le droit juge inconvenant ou indigne de faire un *calcul* entre les moyens et les fins et de comparer les prix des choses. Ainsi l'article 223-6 al. 2 du Code pénal français sanctionne « quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ». De même, l'article 422*bis*, introduit dans le Code pénal belge par la loi du 6 janvier 1961, stipule que sera puni celui qui s'abstient de venir en aide ou de procurer une aide à une personne exposée à un péril grave, soit qu'il ait constaté par lui-même la situation de cette personne, soit que cette situation lui soit décrite par ceux qui sollicitent son intervention[27]. Si celui qui s'abstient aurait pu intervenir sans danger sérieux

27 Voy. encore le § 323 c du Code pénal allemand (*Unterlassene Hilfeleistung*) : « *Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft* ».

pour lui-même ou pour autrui, il ne peut plus arguer que, dans l'ordre de ses préférences subjectives, le coût de son intervention lui semblait plus élevé que le prix que le droit attache à la solidarité. En d'autres termes, le droit refuse qu'il puisse invoquer sa propre raison d'agir contre la raison d'agir privilégiée par le droit et exprimée par l'obligation d'assister autrui. Par exemple il ne peut invoquer que l'enfant qui se noie n'était pas le sien et qu'il n'a pas à assumer le coût d'un défaut de surveillance des parents. Ce type d'arguments exprimant sa raison subjective de ne pas agir ne peut prévaloir sur la raison d'agir privilégiée et imposée par l'ordre juridique. En ce sens, cette raison d'agir est ce que J. Raz a appelé une raison *exclusive* d'agir. Cette obligation de solidarité minimale exprimée par le délit de non-assistance à personne en danger montre la différence entre le prix d'une chose et la dignité d'une personne.