

LA FONCTION DU DROIT DANS UNE ÉCONOMIE GLOBALISÉE

Philippe Coppens

De Boeck Supérieur | « *Revue internationale de droit économique* »

2012/3 t. XXVI | pages 269 à 294

ISSN 1010-8831

ISBN 9782804175115

Article disponible en ligne à l'adresse :

<http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2012-3-page-269.htm>

!Pour citer cet article :

Philippe Coppens, « La fonction du droit dans une économie globalisée », *Revue internationale de droit économique* 2012/3 (t. XXVI), p. 269-294.
DOI 10.3917/ride.257.0269

Distribution électronique Cairn.info pour De Boeck Supérieur.

© De Boeck Supérieur. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

LA FONCTION DU DROIT DANS UNE ÉCONOMIE GLOBALISÉE

Philippe COPPENS¹

***Résumé :** Les échanges économiques ont, depuis des millénaires, rapproché des peuples et des civilisations et donc des cultures juridiques différentes. La globalisation de l'économie apparaît comme une accélération de ce phénomène, notamment par les nouvelles technologies de l'information. Mais lorsqu'on s'attache à l'analyse des relations entre le droit et l'économie, on s'aperçoit que le changement le plus fondamental réside ailleurs : dans l'opposition épistémologique entre une économie descriptive et une économie normative. En s'efforçant de devenir une physique des comportements, l'économie descriptive a voulu se dégager de toutes les questions normatives de justice distributive qui sont aux fondements du droit. Et elle a repris la distinction de Hume entre le monde des faits et le monde des valeurs. Mais le temps physique dans lequel s'observent et se prédisent les faits de l'homme économique rationnel n'est pas la durée dans laquelle vivent les sujets de droit raisonnables. C'est, nous semble-t-il, une des raisons principales pour lesquelles le droit est instrumentalisé par l'économie néo-classique.*

- 1 Introduction
- 2 Le fait, le temps et le droit dans une économie globalisée
- 3 Les raisons du droit en économie internationale
- 4 Conclusion

1. Maître de recherches du FNRS. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Louvain. Cet article est une version fortement remaniée d'une conférence que l'auteur a donnée au Collège Belgique de l'Académie royale de Belgique le 18 avril 2012.

1 INTRODUCTION

1. La fonction du droit est, globalement, d'ordonner les droits et les libertés de chacun au regard du principe d'égalité et en poursuivant le bien commun. Prendre en considération le principe d'égalité suppose intuitivement qu'on accepte le principe d'une répartition des droits et des libertés. Mais il y a beaucoup de répartitions possibles. On peut, par exemple, considérer que la reconnaissance d'une égalité des chances est suffisante et que, au-delà de ce point de départ, il s'agit de la responsabilité de chacun d'arriver (ou de ne pas arriver) là où il le souhaite ; ou on peut plutôt préférer une égalité des résultats, ce qui suppose une forme ou une autre de redistribution de ces ressources rares que sont les droits. Dans la plupart des ordres juridiques et dans cette forme de société politique essoufflée qu'on a appelée le *Welfare State*, une telle redistribution est opérée par le biais du droit fiscal et du droit social des ordres internes, plutôt que par des mécanismes de solidarité familiale individualisée ou par une espèce de paternalisme des entreprises. C'est un point essentiel. Car la régulation des échanges internationaux a toujours visé à libérer les mouvements de biens, de services et de capitaux des contraintes des barrières tarifaires et non tarifaires, mais elle n'a jamais voulu se donner pour but de discipliner la redistribution des richesses entre les États. Celle-ci est classiquement restée une compétence qui leur est propre².

2. Lorsqu'on analyse l'épistémologie de l'économie, il apparaît qu'une distinction radicale est traditionnellement opérée entre l'économie descriptive et l'économie normative. La première s'est nettement détachée du droit en construisant le modèle de l'homme rationnel. Or ce modèle est aux antipodes de l'homme raisonnable, normalement prudent et diligent, que connaît le droit. Comment peuvent-ils alors se rencontrer ? Et, puisque c'est la question qui nous occupe, comment peuvent-ils encore fonctionner ensemble dans une économie globalisée ? Dans cette étude, nous insistons surtout sur un trait qui les distingue et qui nous semble fondamental : le rapport au temps. Le temps de l'économie néo-classique est un temps quantitatif, un temps physiquement mesurable. Mais le temps du droit est celui d'une durée vécue, celui de l'action intersubjective et des interactions conflictuelles qui sont constitutives de toute société.

3. Le degré d'incertitude que chacun éprouve est lié, de manière directe, aux risques qui sont admis ou non, acceptables ou non, dans sa culture. Les croyances

2. Sur ce point, v. D. Patterson, A. Afilalo, *The New Global Trading Order*, Cambridge University Press, 2010, p. 81 : « *Bretton Woods inherited and shaped a world subdivided into national economics coextensive with the nation-states that established the trade order of the GATT. (...) the theoretical foundations of the system respected sovereignty, left it to internal domestic policy to control the redistribution of wealth and to provide for the well-being of the subjects of the nation-state, and removed protectionist trade restrictions as a tool of governmental regulations.* »

et les habitudes jouent ici un rôle considérable. Comme je l'ai montré ailleurs, les incertitudes éprouvées par les êtres humains en général et par les sujets de droit en particulier trouvent une réponse structurelle et appropriée dans les normes pratiques : la norme a pour rôle essentiel d'anticiper l'avenir, de rattraper en quelque sorte le futur trop fuyant en disant de quoi il sera fait et, ainsi, de rassurer en créant de la continuité³. Car le droit sait depuis ses origines que les hommes ont des comportements stratégiques, qu'ils ne partagent que de manière calculée les informations qu'ils possèdent, notamment lorsqu'ils contractent, et qu'ils ne peuvent pas prédire toutes les conséquences de leurs actions. La norme juridique et la jurisprudence qui l'interprète permettent donc de créer une espèce de certitude, un sentiment de confiance là où pourrait surgir une soudaine discontinuité. C'est pour cette raison que la notion jurisprudentielle d'attentes légitimes de comportement d'autrui joue un rôle si essentiel. La limite entre l'exercice normal de son droit et l'abus de son droit trouve là sa signification : abuse de son droit celui qui ne l'exerce pas de bonne foi, c'est-à-dire celui qui transgresse les attentes légitimes d'autrui. Un certain devoir de loyauté et même de solidarité entre cocontractants est donc aujourd'hui exigé dans bon nombre d'ordres juridiques.

L'action stratégique, l'asymétrie d'information et la rationalité limitée sont aussi les trois éléments qui, dans la seconde partie du XX^e siècle, sont venus compliquer et nuancer le modèle économique néo-classique fondé sur l'homme rationnel, le fameux *homo œconomicus*. Une chose doit encore être précisée. Le modèle économique néo-classique qui sera critiqué ici est arrivé à des résultats tout à fait remarquables qu'il serait ridicule de renier. Mais il s'agit d'un modèle théorique et il est donc fondamental, ce qui est souvent oublié, de préciser son cadre de référence précis, c'est-à-dire son champ de validité. Comme Kant dénonçait dans la *Critique de la raison pure* l'usage abusif de la raison lorsqu'elle s'évadait au-delà du monde de l'expérience sensible, un modèle théorique doit rester dans les limites du cadre qui a permis sa construction s'il veut rester valide. Une des erreurs aux conséquences les plus lourdes, dans l'économie internationale, est d'avoir considéré qu'un modèle était universalisable et pouvait être purement et simplement transposé dans des cultures aussi différentes que celles qui existent en Russie ou en Asie du Sud-Est. Un même modèle, qu'il s'agisse d'un modèle économique ou d'un modèle politique de démocratie, ne peut s'appliquer purement et simplement à des peuples qui ont des valeurs et des problèmes très différents les uns des autres⁴.

3. Ph. Coppens, « La sécurité juridique comme expression de la normativité », in *La sécurité juridique et le droit économique*, sous la coordination de L. Boy *et al.*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 153-187.
4. Voir J. Stiglitz, A. Charlton, *Fair Trade for All*, Oxford University Press, 2005 ; et, plus spécialement sur la situation des pays africains, P. Collier, *The Bottom Billion*, Oxford University Press, 2008. Il faut aussi noter que la « nouvelle » théorie de l'économie internationale, notamment sous l'impulsion des travaux de P. Krugman, s'éloigne du modèle standard pour y intégrer la concurrence imparfaite. Voir P. Krugman, M. Obstfeld, *International Economics*, sixth ed., New York, Addison-Wesley, 2003, spéc. Part I, chap. 6.

Il m'a donc semblé que la fonction du droit dans une économie globalisée ne pouvait être comprise que si on analysait d'abord les différences épistémologiques entre l'homme rationnel du modèle économique néo-classique et l'homme raisonnable du modèle juridique (I). La distinction entre le temps et la durée joue ici un rôle crucial. La seconde question qui sera analysée est d'ordre juridico-politique : il s'agit d'étudier comment les États et le droit tantôt construisent, tantôt subissent ce phénomène de globalisation ou de mondialisation (II). Que nous est-il donc permis d'attendre des règles juridiques lorsqu'elles tentent de discipliner l'économie globalisée ?

2 LE FAIT, LE TEMPS ET LE DROIT DANS UNE ÉCONOMIE GLOBALISÉE

4. Dès 3500 av. J.-C, les marchands des premières cités mésopotamiennes ont entrepris de remonter les cours du Tigre et de l'Euphrate jusqu'aux versants sud de l'Anatolie et ils ont commencé à échanger. Du grain cultivé des plaines fertiles d'Ur, d'Uruk, de Babylone contre du cuivre du Sud de l'Anatolie. Les Mésopotamiens ont ensuite rapidement conquis d'autres marchés en descendant vers les côtes du Golfe persique et en remontant ensuite la vallée de l'Indus. La première forme d'économie internationale était née⁵. D'autres formes n'ont cessé depuis lors de se développer, de se modifier, de s'éteindre, puis de renaître. Il y a plus de deux mille ans, la route de la soie traversait la Chine et tout l'Orient pour habiller l'aristocratie romaine. Aujourd'hui, les vêtements chinois inondent les marchés européens et nous habillent tous.

Durant toute cette période extrêmement vaste, le commerce international a connu des centres de gravité beaucoup plus diversifiés que ce que la plupart des historiens occidentaux ont longtemps cru, ou voulu croire⁶. Et il a sans doute fallu attendre le développement économique considérable de la Chine et de l'Inde ces dernières décennies pour que les Européens veuillent enfin apprendre et comprendre ce qu'ils devaient depuis toujours à ces civilisations si anciennes et sophistiquées.

5. La mondialisation, entendue comme le décloisonnement géographique des marchés, la division du travail et la spécialisation dans la production des biens et des services – ce qui signifie aussi la nécessaire coopération entre personnes de cultures différentes pour échanger – est donc un phénomène au moins aussi ancien que l'écriture (pictographique, puis cunéiforme), invention probablement

5. W. Bernstein, *A Splendid Exchange, How Trade Shaped the World*, Atlantic Books, 2008. Adde, *Les débuts de l'histoire*, sous la dir. de P.Bordreuil et al., Paris, Éditions de La Martinière, 2008.

6. Voir les travaux majeurs de F. Braudel et les discussions dans Ph. Beaujard, L. Berger et Ph. Norel (éds), *Histoire globale, mondialisations et capitalisme*, Paris, La Découverte, coll. « Recherches », 2009.

sumérienne de la seconde moitié du IV^e millénaire. Et ce n'est peut-être pas un hasard si l'on se rappelle que cette première écriture, née comme les premiers échanges « internationaux » dans le Sud de la Mésopotamie, révèle des opérations comptables relatives à des biens.

Certes, ce à quoi on assiste aujourd'hui est d'une ampleur très différente. Non pas tellement parce que de nouvelles routes commerciales auraient été découvertes ou que la quantité des biens et des services échangés a fortement augmenté. Mais davantage parce que les voies de communication des échanges se sont brusquement accélérées (par les technologies de l'information) et aussi, peut-être même surtout, parce que la notion de frontière étatique s'étant estompée, les propriétés et les fonctions traditionnelles de l'État se sont progressivement modifiées.

Ce ne sont plus seulement des hommes, mais des ordinateurs qui achètent et qui vendent sur les marchés financiers. Et les nouveaux espaces économiques construits par la globalisation s'imposent aux États souverains et fragilisent leurs frontières. Aussi, il n'est pas si surprenant de voir émerger des espaces juridiques nouveaux qui se détachent des frontières étatiques pour mieux appréhender les bassins économiques. Le dynamisme des accords régionaux – la *spaghetti bowl* selon les termes de J. Bhagwati – est tel qu'il menace aujourd'hui le système multilatéral qui a la lourdeur de ses 157 membres.

Dans un cadre de droit international délimité par les notions de territoire et de peuple, de souveraineté et d'autonomie de la volonté, il a fallu depuis toujours régler des problèmes d'enchevêtrement et de hiérarchie de normes⁷. Le concept de frontière continue à jouer ici un rôle fondamental. Les États-nations sont des ordres juridiques qui ont notamment pour caractéristique d'être souverains – l'idée remonte aux écrits de Jean Bodin au XVI^e siècle – mais aussi relatifs dans l'espace et dans le temps. Que le souverain soit un monarque ou qu'il soit le peuple représenté, la puissance souveraine est limitée à un territoire et sur un peuple. Cela signifie que les institutions publiques et les règles juridiques ont classiquement un enracinement territorial qui limite leur validité *ratione loci*. Et cette limite, ce sont les frontières d'un État ou d'un ensemble d'États unis par un Traité comme l'Union européenne. Or ces relations entre des ordres étatiques délimités par des frontières ne représentent plus adéquatement les rapports entre le droit et l'économie dans un monde globalisé, un monde où s'efface progressivement l'héritage westphalien. On peut soutenir que les relations internationales résultaient d'une manifestation volontaire des États souverains de s'unir en vue d'un but commun – classiquement par le biais d'un traité international – tandis que les interdépendances qui caractérisent l'économie globalisée paraissent aujourd'hui s'imposer à eux. Créer conventionnellement des

7. Ce phénomène de pluralisme des ordres juridiques, que nous n'analysons pas ici, n'a fait que s'accroître et se diversifier par la multiplication des ordres juridiques non étatiques, y compris dans des espaces virtuels. Pour une excellente analyse critique de la littérature sur le pluralisme, v. R. Michaels, « Global Legal Pluralism », *Annual Review of Law and Social Science*, 2009, 5, pp. 243 et s.

relations et être dépendant d'une économie internationale sont deux situations fort différentes.

6. Des marchands qui échangent, ce sont des cultures et des civilisations qui se rencontrent, qui s'entrechoquent, qui se disputent, mais qui toujours s'influencent. Et ce commerce se fait rarement dans une paix librement consentie par chacune des parties. Car les maîtres des échanges sont aussi, souvent, les législateurs des inégalités. Qu'on pense aux Romains en Gaule, aux Espagnols, puis aux Américains du Nord en Amérique du Sud et aux Européens en Afrique. Aussi, les échanges, les informations et les négociations qui président aux échanges restent toujours asymétriques. C'était le cas dans l'Antiquité autour de la Méditerranée⁸; c'est encore le cas aujourd'hui entre les membres de l'OMC. Mais quelles sont les raisons de se soumettre à la règle internationale si on a la puissance économique ?

Une des grandes vertus des échanges – et leur nécessité même – est de rendre possible la spécialisation par la division du travail. En se spécialisant dans la production du bien pour lequel on est comparativement le meilleur, on produit plus et moins cher ce bien qu'un autre⁹. On développe aussi un savoir-faire et des économies d'échelle. Mais on doit alors acheter ce qu'on ne produit pas sur d'autres marchés. Il faut aussi vendre les produits dans lesquels on s'est spécialisé et qu'on ne consomme pas. Les hommes n'ont donc cessé de vouloir agrandir leur espace géographique pour se créer de nouvelles opportunités d'échanger, d'acheter et de vendre et ainsi pouvoir développer leurs spécialisations. Les marchands ont également découvert chez d'autres ce qu'ils ne pensaient pas ou ne savaient pas produire eux-mêmes, tout en voyant une utilité de l'acquérir. Ou ils ont trouvé chez d'autres encore ce qu'ils pouvaient certes produire eux-mêmes, mais plus cher. La spécialisation, la division du travail et la recherche d'avantages comparatifs dans les échanges sont encore aujourd'hui les piliers essentiels sur lesquels se déploie l'économie internationale.

7. Un objet produit par l'homme incarne un savoir et un savoir-faire. L'esprit se matérialise par l'action de la main tandis que celle-ci le forme à son tour. L'échange

8. Voir *La Méditerranée*, sous la direction de F. Braudel, Paris, Flammarion, coll. « Champs », 1985.

9. La théorie des avantages comparatifs est due à D. Ricardo (1817). Elle continue à occuper une place si centrale qu'elle est, en quelque sorte, l'horizon régulateur de l'économie internationale. La théorie montre que les pays ont toujours un avantage à produire et échanger le bien pour lequel ils sont, *comparativement aux autres biens qu'ils produisent également*, les meilleurs. L'avantage comparatif est donc celui qu'on obtient en se spécialisant dans la production du bien X pour lequel le coût d'opportunité est le plus faible. Le coût d'opportunité est celui qui est engendré par la non-production d'un autre bien Y, les ressources nécessaires à la production de Y étant réaffectées à la production de X. Comme on compare ici les coûts relatifs de production des biens d'un pays – indépendamment donc de savoir si ce pays possède ou non un avantage absolu par rapport à d'autres pays qui produisent ces biens –, chaque pays a nécessairement un avantage comparatif. Et, en conséquence, chacun trouve également un avantage à se spécialiser dans la production du bien pour lequel il a un avantage comparatif et, ensuite, à procéder aux échanges internationaux. Sur ce point, v. P. Krugman, M. Obstfeld, *International Economics, op. cit.*, Part I.

d'un objet est donc de l'information transmise à autrui. Mais, dans tout échange, il y a également des règles. Des règles de langage pour se comprendre. Des règles qui instituent des modes de vie et, les instituant, qui renforcent des préférences culturelles. Des règles juridiques aussi pour produire, pour acheter et pour vendre. Ce dernier point est essentiel pour comprendre à quel point le droit et l'économie sont intimement liés : tout objet produit, tout service offert, tout capital investi incarne aussi des règles juridiques *lato sensu*. Des règles de droit public qui définissent le régime constitutionnel, fiscal ou pénal ; et des règles de droit privé qui encadrent, notamment, les contrats et la responsabilité.

Les ordres juridiques sont, de manière assez visible et brutale, en compétition les uns avec les autres pour imposer leur propre droit. Ce phénomène a été bien mis en évidence par les travaux de M. Delmas-Marty. On sait, par exemple, à quel point l'accord sur l'annexe au Traité de l'OMC sur les droits de propriété intellectuelle relative au commerce (Accord ADPIC) est fortement influencé par le droit américain. Dans cette lutte pour imposer son propre droit, c'est-à-dire aussi sa propre culture et donc sa langue, on retrouve l'image des peuples antiques conquérant à tour de rôle les terres et les marchés de la Méditerranée. Puisque conquérir, c'est d'abord imposer son droit et ses institutions, de manière plus ou moins énergique.

Il existe cependant une manière moins visible d'exporter ses règles juridiques. C'est d'exporter ses biens. Car, de la même manière que les biens incarnent un savoir et un savoir-faire, ils contiennent aussi toutes les règles juridiques qui forment l'environnement normatif qui les a vus naître. Une voiture, une table, un vêtement, ce sont certes des objets matériels. Mais lorsque vous les importez, vous importez également les règles juridiques qui ont rendu possible leur production et facilité leur exportation. Lorsque vous achetez des chaussettes produites en Chine, des tables en bois exotique provenant du Congo, du coton américain, des céréales européennes, vous importez aussi le droit du travail chinois, le code forestier congolais et les subventions américaines et européennes au coton et à l'agriculture. Ces droits internes, dont on enseigne traditionnellement qu'ils sont relatifs dans l'espace (que leur validité juridique est limitée aux frontières d'un territoire déterminé), s'exportent donc en même temps que les biens lorsqu'on analyse d'un peu près la réalité des échanges internationaux. Dans cette mesure, il apparaît clairement que les États souverains perdent la maîtrise de leur droit.

Il est donc indéniable que les droits économiques et sociaux et les libertés fondamentales jouent un rôle important dans les échanges. Car s'ils n'ont pas de prix pour ceux qui en jouissent, ils ont certainement un coût financier pour les États qui les reconnaissent. Et c'est une des raisons principales – ou même la seule raison pour les plus cyniques – pour laquelle les États-Unis et l'Union européenne militent en faveur de la reconnaissance d'une clause sociale qui garantirait une protection accrue des travailleurs de pays émergents comme la Chine ou l'Inde. Le coût de cette protection se répercuterait inévitablement sur le prix de la production. Aussi, tandis que les États-Unis et l'Union européenne accusent ces pays de pratiquer un « dumping social », ces derniers leur répondent qu'ils pratiquent en réalité du

protectionnisme déguisé: sous le prétexte humanitaire de vouloir protéger leurs travailleurs, ils refusent en fait de reconnaître leur avantage comparatif en termes de coût du travail¹⁰.

8. Sous cet angle, on peut soutenir que le droit a une fonction ambivalente dans l'économie. Il est à la fois ce qui permet et protège les libertés et, notamment, les libertés d'entreprendre et d'échanger par les règles contractuelles et par l'institution de juridictions impartiales qui peuvent contraindre à l'exécution des conventions. Mais les règles d'un ordre juridique ne sont jamais neutres et le système juridique qui parvient à s'imposer dans l'économie internationale crée toujours des inégalités à son propre profit. Le droit est alors instrumentalisé et sert de justification aux inégalités qui accompagnent la marche du capitalisme. C'est ce qui s'est clairement manifesté dans l'application du programme appelé « consensus de Washington », c'est-à-dire l'ensemble des règles adoptées par la Banque mondiale, le FMI et le Trésor américain conditionnant les prêts internationaux. Les États ne se voyaient accorder des prêts que s'ils acceptaient de réduire leur empire à un rôle subalterne, en limitant drastiquement les politiques publiques : pas d'aides aux industries naissantes ou mourantes, accélération de la libéralisation des marchés et des capitaux, déréglementation des contrats de travail, et privatisation des entreprises publiques. En cela, le consensus de Washington manifeste simplement un ancrage dans une forme particulière de l'économie de marché – le capitalisme – selon laquelle « l'organisation de la production est placée sous le pouvoir ultime des apporteurs de capitaux »¹¹.

9. Par la force des habitudes de pensée traditionnelle et, peut-être, par l'absence de formation en économie, les juristes spécialisés en droit économique international considèrent souvent qu'il n'y a aucune alternative crédible au libre-échange le plus étendu possible, même si cela crée des inégalités entre les nations et que le marché, laissé à lui-même, est nécessairement plus efficace que l'État : la pente naturelle et la cohérence du système économique international, disent-ils, résident dans l'auto-régulation. C'est effectivement ce que l'économie libérale enseigne. Et ils sont d'autant plus enclins à croire à la puissance de ce qu'ils ont entendu que ces idées fondent l'essentiel de leur outil de travail : le Traité de Marrakech du 15 avril 1994,

10. De la même manière, on pourrait sans difficulté montrer que lorsque les États-Unis refusent de ratifier le Protocole de Kyoto ou lorsque le Canada, très récemment, décide de s'en retirer, ils subventionnent indirectement leurs entreprises, puisqu'elles sont alors dispensées d'investir dans des programmes d'assainissement.

11. M. Fleurbaey, *Capitalisme et Démocratie*, Paris, Grasset, 2006, p. 13. De manière un peu plus complète, on peut définir le capitalisme comme étant une économie fondée sur les échanges marchands et dans laquelle la recherche toujours renouvelée de la plus-value est assurée par une privatisation des moyens de production au profit de ceux qui apportent les capitaux et par le développement d'un salariat qui, dépourvu de capitaux, n'a d'autre chose à offrir que sa force de travail.

qui institue l'OMC, est un ensemble de normes destinées, autant que faire se peut, à lutter contre les réflexes protectionnistes.

Mais y a-t-il là une raison suffisante pour ne pas se pencher un peu attentivement sur la théorie qui les nourrit ? Car pourquoi faut-il que du droit international contraigne les nations au libre-échange si ses vertus et bienfaits étaient si clairement évidents ? La théorie des avantages comparatifs ne pourrait-elle pas simplement s'imposer par elle-même, indépendamment de la contrainte juridique ? Les juristes spécialisés en droit économique international ne sont-ils pas, à cet égard, comme beaucoup d'experts des droits de l'homme ? D'une érudition extraordinaire à propos des normes juridiques et de leurs interprétations jurisprudentielles, mais un peu stupéfaits qu'on puisse leur poser la question simple : « au fond, qu'est-ce qu'un droit ? ; et, finalement, qu'est-ce qu'un homme ? ».

10. De leur côté, les économistes vivent sur une distinction assez étrange entre 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 politiques de redistribution et de justice sociale, c'est-à-dire, en définitive, des droits politiques, économiques et sociaux. Mais, même dans ce dernier cas, il est rare que les économistes donnent une signification juridique aux droits qu'ils se proposent de répartir, c'est-à-dire une signification en termes de droits subjectifs et d'actions en justice.

Or il me semble – telle est en tout cas une hypothèse que j'entends défendre ici – qu'au cœur de la distinction entre l'économie descriptive et l'économie normative, il y a, fondamentalement, la question du temps. Comme l'a montré H. Bergson tout au long de ses travaux, la durée psychologique est irréductible au temps physique¹². Or le problème est le suivant : le temps quantitatif de l'économie descriptive, qui rend compte des comportements des acteurs économiques, est un temps qui s'étend dans l'espace et non pas celui des actions humaines qui s'éprouvent dans la durée. L'homme rationnel de l'économie est, en définitive, fort différent de l'homme raisonnable que connaît le droit. Le sujet de droit est un agent moral. La fonction du droit consiste, avons-nous dit, à concilier les valeurs de liberté et d'égalité pour faire naître et évoluer une forme ou l'autre de démocratie. Mais il faut ajouter que cette conciliation est une manière de faire éclabousser de la durée, c'est-à-dire aussi de l'incertitude vécue, dans du temps quantitatif de métronome.

12. Voir par exemple : « Enfin, que serait la pure durée sans l'espace ? Une multiplicité d'états qui n'a rien de commun avec la multiplicité des unités d'un nombre, une multiplicité vécue et non pas nombrée », « Compte rendu de *Genèse de l'idée de temps* de G. Guyau », in H. Bergson, *Mélanges*, Paris, PUF, p. 355. On voit comment l'adversaire de Bergson est la théorie de la connaissance kantienne. Kant soutenait en effet que les actions humaines ne pouvaient être connues – ne pouvaient faire l'objet d'une connaissance objective – qu'en tant qu'elles étaient des phénomènes de la nature. Mais elles devaient alors nécessairement être pensées comme un événement déterminé dans l'espace et le temps physiques. L'action connaissable est donc, chez Kant, un phénomène qui s'opère dans un temps spatialisé et non dans une durée éprouvée.

11. Pendant longtemps, le droit et l'économie ont partagé la même Faculté et nombreux sont ceux qui, dans la première moitié du siècle passé, étudiaient les deux matières. Ils avaient, je crois, l'impression d'étudier les sciences sociales avec des outils et des concepts sans doute différents, mais en posant des questions finalement assez semblables : comment le droit et l'économie peuvent-ils servir une démocratie dont la visée est le bien commun ?

Mais progressivement, la séparation des Facultés a marqué la volonté de chacune d'occuper un espace propre dans le monde des savoirs et la question de la visée démocratique des échanges a été peu à peu abandonnée par l'analyse économique néo-classique. Quelle en est la raison ? La volonté de poursuivre l'effort walrassien de physicaliser l'économie pour lui donner le statut de science. Car cela supposait d'abord de construire un agent économique rationnel, décidant suivant des grandeurs, vivant dans un temps quantifiable et linéaire. Mais aussi, en conséquence, un agent dépossédé de son épaisseur intersubjective, de sa durée psychologique et des normes sociales puisqu'elles ne sont pas mesurables. L'agir économique – qui était auparavant pensé comme une action sociale intersubjective dans laquelle les désirs et les préférences des uns contribuaient à former celles des autres – devait à présent être déterminé comme événement atomisé et individuel, l'occurrence d'une loi générale, la répétition d'une invariance.

Or il est assez clair qu'il s'agit là d'une construction très éloignée de ce que les juristes entendent par un homme juridique raisonnable « en situation », un homme normé. Cet homme, traversé toujours par des règles de comportement qu'il choisit ou qui s'imposent à lui, qui vit et agit dans une histoire sociale qu'il contribue à construire, était déjà celui que les juges de l'Antiquité connaissaient et dont ils ont commencé à raconter l'histoire dans leurs décisions. Depuis des centaines d'années, depuis que des juges ont transcrit leurs décisions et raconté les formes infinies que prennent les conflits humains, on peut suivre comment la jurisprudence a lentement formé les traits de l'homme raisonnable : il doit respecter une norme de prudence et diligence et ne pas tromper les attentes légitimes d'autrui, même lorsqu'il exerce son propre droit.

L'invariance ici, c'est que chaque décision du juge prend appui sur l'histoire jurisprudentielle passée tantôt pour la poursuivre, tantôt pour la réinventer en tranchant des cas d'espèce toujours particuliers. Et, ce faisant, chaque décision donne une impulsion et une certaine direction aux récits jurisprudentiels futurs.

12. Lorsque l'économie a décidé de se physicaliser, elle a dû changer d'épistémologie. Les différences entre un acteur économique rationnel et un sujet de droit raisonnable sont devenues des constructions qu'on a voulu lier à la valeur de vérité susceptible d'être reconnue à différentes *représentations* propositionnelles d'un objet ou d'un artefact pour un sujet. Il a donc fallu faire une distinction radicale entre une action rationnelle guidée par une raison indépendante des normes pratiques et une action raisonnable qui ne peut se comprendre sans la présence des normes et d'autrui, entre une théorie du choix économique rationnel et une théorie de l'action

juridiquement raisonnable. La théorie économique pouvait alors basculer dans le monde des faits, celui des énoncés dont la force de vérité réside dans l'être qu'il constate. Tandis que le monde du droit et de la morale était habité par des énoncés prescrivant un devoir-être sans aucune valeur de vérité.

Cette séparation radicale avait été préparée depuis longtemps par Hume et a été formalisée de manière rigoureuse par le positivisme logique dans la première moitié du XX^e siècle. Elle a été d'autant mieux intégrée par les juristes que le livre de philosophie du droit le plus influent de cette période était la *Théorie pure du droit* de Kelsen, ouvrage qui en soutient sans faille l'importance et la radicalité.

Voici le passage important du texte de Hume :

« Je ne peux m'empêcher d'ajouter à ces raisonnements une observation que l'on pourra peut-être trouver d'une certaine importance. Dans chacun des systèmes de moralité que j'ai jusqu'ici rencontrés, j'ai toujours remarqué que l'auteur procède pendant un certain temps selon la manière ordinaire de raisonner, établit l'existence d'un Dieu ou fait des observations sur les affaires humaines, quand tout à coup j'ai la surprise de constater qu'au lieu des copules habituelles, est ou n'est pas, je ne rencontre pas de proposition qui ne soit liée par un doit ou un ne doit pas. C'est un changement imperceptible, mais il est néanmoins de la plus grande importance. Car puisque ce doit ou ne doit pas expriment une certaine relation ou affirmation nouvelle, il est nécessaire qu'elle soit soulignée et expliquée, et qu'en même temps soit donnée une raison de ce qui semble tout à fait inconcevable, à savoir de quelle manière cette relation nouvelle peut être déduite d'autres relations qui en diffèrent du tout au tout¹³. »

La traduction économique de cette distinction épistémologique entre une proposition d'être et une proposition de devoir-être, entre un jugement de fait et un jugement de valeur, entre ce que beaucoup considèrent être une distinction entre un jugement objectif et un jugement subjectif, est faite par M. Friedman. S'inspirant largement d'un ouvrage publié en 1890 par John N. Keynes, *The Scope and Method of Political Economy*, il écrit ceci :

« *Positive economics is in principle independent of any particular ethical position or normative judgment. As Keynes says, it deals with "what is", not with "what ought to be" (...) In short, positive economics is, or can be, an "objective" science, in precisely the same sense as any of the physical sciences*¹⁴. »

Le même point de vue est défendu par Paul Samuelson et William Nordhaus dans leur fameux *Textbook Economics* qui a formé des générations entières d'étudiants :

« *In economics, we must be careful to distinguish between positive (or factual) statements and normative statements or value judgments. Positive economics describes the facts*

13. D. Hume, *Traité de la Nature humaine*, Livre III, I, I (la première édition en anglais date de 1740), trad. Ph. Saltel, Paris, Flammarion, 1993, p. 65.

14. M. Friedman, « The Methodology of Positive Economics », in *Essays in Positive Economics*, Phoenix Books, 1966, p. 4. J.N. Keynes est le père de J.M. Keynes, l'auteur de la *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, 1936.

and behavior in the economy. (...) Normative economics involves ethical precepts and value judgments. (...) There are no right or wrong answers to these questions because they involve ethics and values rather than facts. These issues can be data based, but they can never be settled by science or by appeal to facts. There simply is no correct answer (...) whether society should help poor people¹⁵. »

Or ce qu'il importe à présent de comprendre, c'est que cette métaphysique de la représentation qui sépare radicalement l'être et le devoir-être, les propositions descriptives et les propositions normatives, le fait et le droit joue un rôle tout à fait considérable dans la manière dont sont répartis, hiérarchisés et organisés les savoirs et les institutions. On a dit déjà comment la physicalisation de l'économie traite les actions comme des événements engendrés par des causes qui sont déterminées par les choix rationnels. Comment la physique de l'événement se substitue à la philosophie de l'action. Et pourquoi la durée vécue, non mesurable, dans laquelle notre action se fonde, devait être réduite à du temps spatial.

13. Mais que devient alors l'action collective et la poursuite du bien commun dans ce monde où les actions humaines sont traitées comme des événements atomisés ? Comment ordonner toute cette diversité d'existences agissant par intérêt égoïste dans un marché totalement décentralisé ? Ces questions sont importantes, car l'ordonnement de l'action collective dans une visée de bien commun – par la reconnaissance et l'aménagement des valeurs de liberté et d'égalité – est la fonction traditionnellement dévolue au droit. Aussi, si on parvient à montrer que les agents économiques peuvent se coordonner indépendamment du droit, on pourra le réduire au rang des accessoires. Et ce rôle considérable, qui permet à l'économie de penser qu'elle pouvait s'émanciper du droit, a été joué par le fameux concept de la « main invisible » qui apparaît chez A. Smith dans ses *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations* (1776). Au-delà des diverses interprétations possibles, le concept de main invisible signifie essentiellement ceci : les décisions individuelles égoïstes, qu'on imagine prises dans le plus grand désordre puisqu'elles ne sont coordonnées par aucune norme juridique, conduisent pourtant nécessairement à l'intérêt général. En conséquence, d'où viendrait la légitimité du droit en matière de justice distributive, puisque toute décision d'un agent économique rationnel contribue à la construction du bien commun ?

La main invisible n'est pas vraiment née par hasard. Car la grande affaire philosophique du XVIII^e siècle, c'était de donner un sens au désordre dont on fait l'expérience, dans un monde où la physique newtonienne s'installe pour du bon. Quelle place Dieu peut-il bien se réserver et, surtout, nous réserver dans notre traversée humaine des lois naturelles ?

14. On connaît la réponse apportée par Leibniz, contemporain de Newton, dans son *Discours de Métaphysique* et dans la *Théodicée*. Dieu est perfection. Or, comme

15. P. Samuelson, W. Nordhaus, *Economics*, 14th ed., McGraw-Hill, Inc., 1992, p. 9.

« c'est agir imparfaitement que d'agir avec moins de perfection qu'on aurait pu », Dieu a tout fait de la manière la plus souhaitable. En conséquence, « (...) ses sujets ne sauraient souhaiter une meilleure condition, et pour les rendre parfaitement heureux, il veut seulement qu'on l'aime »¹⁶. Certes, le monde n'est pas parfait, mais c'est le meilleur des mondes possibles. Dieu ne pouvait donc faire mieux que ce qu'il a fait. Il faut apprendre à patienter, dira Rousseau, en saluant Leibniz, dans une lettre à Voltaire. Prendre son mal en patience, ce n'est pas encore se réjouir du mal en y voyant l'annonce d'un bien plus grand. Mais c'est au moins accepter les maux « qui sont un effet nécessaire de la nature et de la constitution de cet univers », en sachant que, « de toutes les économies possibles, il a choisi celle qui réunissait le moins de mal et le plus de bien »¹⁷. Et s'il n'y a en effet pas de meilleur monde possible alors que le mal y est pourtant présent, c'est *parce que* si Dieu avait diminué la quantité de mal quelque part, il aurait nécessairement dû diminuer la quantité de bien autre part. Le monde tel qu'il est créé par Dieu est donc, pourrait-on dire, une situation Pareto-optimale...

Toute une série d'autres réponses vont alors se succéder au long du siècle. Elles révèlent les mêmes préoccupations : la place de l'homme dans une nature certes créée par Dieu, mais déterminée par des lois naturelles. Il y aura bien sûr la réponse connue de Mandeville dans la *Fable des Abeilles* et en qui Hayek saluera le père de l'ordre spontané. Et il y aura Pope et son *Essai sur l'Homme* publié en 1733 :

« Toute la nature est un art et un art qui t'est inconnu : le hasard est une direction que tu ne saurais voir ; la discorde est une harmonie que tu ne comprends point ; le mal particulier est un bien général ; et en dépit de l'orgueil, en dépit d'une raison qui s'égaré, cette vérité est évidente : que tout ce qui est, est bien¹⁸. »

Lorsque la nature de la physique newtonienne aura définitivement pris la place du dessein de Dieu, cette dynamique entre les actes individuels et l'intérêt général sera donc expliquée par la main invisible d'Adam Smith : une coïncidence aussi heureuse qu'inattendue entre les actes économiques égoïstes de chacun et l'intérêt de tous. Au regard de la *Théodicée* de Leibniz, la main invisible est, en quelque sorte, de l'optimisme désacralisé.

15. On retrouve là un élément décisif pour comprendre l'amertume d'un grand nombre d'hommes et de femmes des pays pauvres à l'égard de la globalisation de l'économie de marché capitaliste. Car les inégalités, les souffrances et les renoncements que beaucoup endurent quotidiennement n'intéressent pas vraiment les économistes néo-classiques lorsqu'ils définissent les vertus du libre-échange. Pourquoi ? Parce que la théorie du libre-échange se présente certes comme la promesse de l'aube pour chacun, mais elle ne tient pas compte du temps vécu des agents éco-

16. G.W. Leibniz, *Discours de Métaphysique*, Paris, Agora, coll. « Classiques », pp. 25 et 71.

17. J.-J. Rousseau, *Œuvres*, T. XVII, Correspondance, Paris, éd. Lefèvre, 1820, p. 224.

18. A. Pope, *Essai sur l'Homme*, cité par J. Erhard, *L'idée de nature en France dans la première moitié du XVIIIème siècle*, Paris, Albin Michel, 1963, p. 642.

nomiques les moins nantis. Quand se réalisera cette promesse ? Dans quel temps ? Le temps des inégalités qu'ils éprouvent tous les jours ou le temps quantitatif que la théorie prédit ? L'ordre d'intérêt collectif conduit par la main invisible est certes censé se mettre en place tous les jours par les échanges sur les marchés, mais les effets désirables de l'ensemble du processus ne seront perçus par les plus faibles que dans un temps indéfini. La traduction de tout ceci, dans une économie globalisée, est la *trickle-down theory*, la théorie du ruissellement des effets bénéfiques de la croissance vers tous. La question, qui oppose une fois encore le temps physique à la durée psychologique d'une vie humaine, est de connaître la vitesse de ruissellement raisonnablement acceptable et de lever les obstacles qu'il rencontre pour atteindre les pays en voie de développement¹⁹. Demander à des parents et à leurs enfants de se sacrifier aujourd'hui en les assurant que, dans deux ou trois générations, leur descendance récoltera le fruit des sacrifices endurés, ce n'est pas vraiment de l'ordre du choix rationnel. C'est soit exiger d'eux une sorte de sacrifice expiatoire pour un mal assez indéfini ou leur faire croire qu'ils doivent endurer dignement une souffrance dans une vision eschatologique de l'immortalité de l'âme.

16. Résumons-nous. La fonction du droit est de construire une société démocratique qui se caractérise différemment selon l'étendue et la distribution des droits et des libertés reconnues par un ordre juridique au regard d'une conception particulière du concept d'égalité²⁰. J'ai montré les deux raisons épistémologiques principales pour lesquelles cette fonction du droit ne s'impose pas si facilement dans une économie globalisée fondée sur des concepts néo-classiques. La première raison est relative à la séparation radicale entre le monde des faits et le monde des valeurs, entre les événements qui arrivent et les actions éprouvées, entre les lois économiques et les

19. Une chose est de connaître la vitesse de ruissellement ; une autre est de prouver *logiquement* que les conditions pour que les bienfaits du libre-échange coulent jusqu'aux plus pauvres ne sont pas réunies. On peut être très optimiste en économie, mais rester prudent et cohérent. Voir, par exemple, les deux articles de P. Samuelson sur l'égalisation des facteurs : « International Trade and the Equalization of Factor Price », *Economic Journal*, 1948, vol. 5, pp. 164-184 et « Where Ricardo and Mill Rebut and Confirm Arguments of Mainstream Economists Supporting Globalization », *Journal of Economic Perspectives*, 2004, vol. 18, n° 3.

20. Cette définition pose implicitement la question de savoir si la fonction du droit dans une économie globalisée est *compatible* avec la reconnaissance, comme membres de l'OMC, d'États dictatoriaux. J. Rawls écrit par exemple ceci : « Assurément, les régimes tyranniques et dictatoriaux ne peuvent pas être acceptés comme des membres respectables d'une société raisonnable des peuples. » Mais qu'est-il alors *raisonnable* de tolérer comme expression politique différente de la justice et du droit ? Il répond un peu plus loin : « Les droits de l'homme fondamentaux expriment une norme minimale d'institutions politiques bien ordonnées pour tous les peuples qui appartiennent, en tant que membres respectables à une juste société politique des peuples », *Le droit des gens*, 10/18, Paris, éd. Esprit, coll. 10/18, p. 46 et p. 89. L'histoire des échanges économiques internationaux nous montre suffisamment que la rationalité économique ne se laisse guère contraindre par ce critère du comportement raisonnable. Ce qui tend à prouver qu'il n'est pas toujours rationnel d'être raisonnable. Et il s'agit là, en définitive, d'une conséquence logique des différences épistémologiques entre l'économie et le droit.

normes juridiques ; et bien entendu, entre les jugements réputés objectifs de l'économie descriptive et les jugements pratiques – moraux et juridiques – qualifiés de subjectifs. La seconde raison trouve son origine dans la question du temps. Comme Bergson l'avait observé, le temps peut être tantôt compris comme une quantité physique mesurable, tantôt comme une durée psychologique vécue dont on fait une expérience immédiate. Et nous avons dit comment le processus de physicalisation de l'économie, qui a souvent pris l'aspect d'une lutte idéologique, conduisait nécessairement à donner une signification quantitative au temps et à oblitérer la durée vécue. Or c'est pourtant dans la durée, dans un temps éprouvé, que les agents économiques désirent, négocient, se jalouent, s'influencent lorsqu'ils échangent. Bref, ils se comportent en interprétant et en suivant toute une série de normes sociales irréductibles au modèle de l'*homo œconomicus* qui opère des choix économiques rationnels en ne « communiquant » avec autrui que par le canal des prix²¹.

3 LES RAISONS DU DROIT EN ÉCONOMIE INTERNATIONALE

17. A. Smith, puis D. Ricardo, ont montré qu'il existait des gains mutuels à l'échange international. La facilitation des échanges, c'est-à-dire, essentiellement, la réduction des mesures protectionnistes, permet d'accroître les exportations et les richesses mondiales. C'est là un résultat qui fait l'objet d'un très large consensus parmi les économistes. Mais il est également essentiel de reconnaître que ce résultat ne contient en lui-même aucune norme de redistribution des richesses supplémentaires créées par les échanges.

Par ailleurs, K. Marx soutenait, à juste titre, que « la tendance à créer un marché mondial est incluse dans le concept même de capital » et que « toute limitation y apparaît comme un obstacle à franchir »²². La recherche continue de plus-values, moteur du capitalisme, oblige en effet les capitalistes spécialisés dans un type de production à l'étendre et à rechercher des économies d'échelle pour, autant que faire se peut, évincer leurs concurrents et vendre leurs produits.

Les règles juridiques internes qui entendent contrôler le libre-échange des marchandises, des services et des capitaux par des barrières tarifaires et non tarifaires sont donc traditionnellement pensées comme des obstacles ou des limitations que les ordres juridiques doivent éviter. Elles engendrent des coûts inutiles et créent des distorsions de prix en interférant sur le processus des échanges. Et les prix d'un marché, s'ils sont librement fixés, sont classiquement compris comme l'information essentielle qui guide et doit guider les agents économiques dans leurs décisions. En présence de cette information essentielle, les allocations de ressources peuvent se

21. Voir A. Orléan, *L'Empire de la valeur*, Paris, Seuil, 2011.

22. K. Marx, « Principes d'une critique de l'économie politique », trad. J. Malaquais et M. Rubel, in *Œuvres*, Paris, Gallimard, coll. La Pléiade, T. II, 1968, p. 258.

faire de manière efficiente par la rencontre et l'équilibre des offres et des demandes sur un marché donné.

18. Dans un livre intitulé *La Démocratie et le Marché*, Jean-Paul Fitoussi raconte qu'il interrogea un jour le grand économiste et prix Nobel Kenneth Arrow sur la compatibilité du marché avec la démocratie. Et voici la réponse de Arrow :

«Le marché, me dit-il, n'est, en théorie, compatible avec aucun régime politique, aucune forme de gouvernement, ni la démocratie, ni l'oligarchie, ni la dictature. Bien sûr, n'enseigne-t-on pas dans la théorie des marchés parfaits que toute intervention de l'État ne peut que réduire l'efficacité de l'économie ?²³»

La fonction reconnue au droit dans une économie est donc très largement la résultante d'une discussion sur les rôles respectifs qu'il faut reconnaître à l'État qui agit par le biais de règles juridiques *conventionnelles* (et c'est tout le problème de la *représentation* politique : qui prend les décisions, qui conclut les conventions, comment et avec quelles finalités ?) d'une part et aux mécanismes spontanés de fixation des prix par les marchés d'autre part.

Lorsque les marchés sont imparfaits – ce qui est, en fait, toujours le cas –, un certain rôle est reconnu à l'État. C'est ce qui explique, en particulier, la protection des industries naissantes, par l'intervention des pouvoirs publics, qui peut s'avérer décisive lorsque le coût d'entrée sur un marché est exorbitant en termes, notamment, de recherches et développement. Le cas classique est l'entrée d'Airbus dans le marché des transporteurs aériens, marché où Boeing avait un quasi-monopole. C'est ce qui explique aussi les normes relatives aux monopoles et aux abus de position dominante, normes qui forment une part essentielle du droit européen (droit de la concurrence) et américain (*antitrust law*)²⁴. Ou encore les interventions des pouvoirs publics, nécessaires en cas d'externalités. Ces hypothèses visent les situations dans lesquelles les acheteurs et les vendeurs ne prennent pas en considération les effets (positifs ou négatifs) de leurs actions. Le cas paradigmatique est celui de la pollution. Le coût de la pollution produite par une entreprise ne serait pas intégré dans le prix du bien si une règle juridique n'intervenait pas. En d'autres termes, il s'agit d'hypothèses dans lesquelles les coûts sociaux de l'activité économique ne sont pas internalisés par les agents qui la produisent. L'intervention de l'État est alors néces-

23. J.-P. Fitoussi, *La Démocratie et le Marché*, Paris, Grasset, 2004, p. 12. Un marché est dit en concurrence parfaite lorsque quatre conditions sont réunies : un nombre de vendeurs et d'acheteurs élevé pour qu'aucun ne puisse influencer les prix des échanges (par exemple en exploitant un monopole) ; l'absence de barrière à l'entrée pour les nouveaux acheteurs et vendeurs potentiels ; une information transparente sur les prix ; une homogénéité (substituabilité) des biens. Sur ceci, J. Gabszewicz, *La concurrence imparfaite*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 1994.

24. Malgré des projets, il n'y a pas encore de règle de droit de la concurrence spécifique à l'OMC. Pour une excellente analyse des rapports entre le droit de la concurrence et l'économie, voir la très belle thèse de A.L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008.

saire pour remédier à ces défaillances du marché (*market failures*). Mais uniquement dans ces hypothèses ? Évidemment non. Même si les marchés étaient parfaits, trois grands types de règles resteraient nécessaires pour procéder aux échanges : le droit de propriété, sans lequel les échanges ne peuvent pas même être initiés ; la règle *pacta sunt servanda* qui fonde le droit des contrats sur le respect des promesses ; et le droit processuel qui organise l'exécution forcée des engagements contractés en cas de défaillance du débiteur²⁵.

19. Mais le droit a toujours eu la prétention de faire plus que ce minimum, en mettant en œuvre des politiques publiques, des règles de redistribution financées par l'impôt pour développer l'éducation, la santé et la recherche ; des régulations d'intérêt général comme la protection de la partie faible dans les contrats de travail ou en droit de la consommation, la protection de l'environnement ou le droit de la concurrence ; ou encore en développant la notion d'abus de droit qui a connu une extension considérable au cours du XX^e siècle. La volonté du droit est en effet de mêler *nécessairement* les questions d'efficience et de croissance aux questions de justice distributive. Une tension existe donc puisque, dans le même temps, l'économie de marché capitaliste ne cesse de vouloir limiter l'emprise du droit dans le système d'allocation des ressources et de l'instrumentaliser à ses propres fins, comme Marx déjà le soupçonnait.

20. Or, qu'est-ce que le juste du point de vue juridique ? Il est toujours défini comme une *égalité proportionnelle*, c'est-à-dire une égalité non mathématique. En droit, tout ou presque reste normativement déterminé par ces passages de l'*Éthique à Nicomaque* d'Aristote²⁶ :

« Si donc l'injuste est l'inégal, le juste est égal, et c'est là, sans autre raisonnement, une opinion unanime » (V, 6, 13).

« Si en effet les personnes ne sont pas égales, elles n'auront pas de parts égales ; mais les contestations et les plaintes naissent quand, étant égales, les personnes possèdent ou se voient attribuer des parts non égales, ou quand les personnes n'étant pas égales, leurs parts sont égales » (V, 6, 23-28).

25. Le droit joue aussi un rôle capital dans la théorie des coûts de transaction. Ce qui est fascinant dans la théorie économique de l'information comme dans la théorie des coûts de transaction est qu'elles aboutissent toutes les deux à infirmer *radicalement* certains présupposés de la théorie néo-classique : il n'existe en effet *jamais* de marché traversé par une information parfaite des agents et il n'existe *jamais* de marché dans lequel les coûts de transaction sont nuls. Tout se passe comme si les économistes néo-classiques avaient d'abord construit un *homo oeconomicus* avec des plumes, pour décrire ensuite comment il devait se comporter en tant qu'oiseau. Et puis, constatant qu'il n'était pas plus rationnel qu'Icare, on s'est mis à le décrire comme un mammifère plutôt raisonnable qui agit avec des passions, des émotions, des normes sociales internalisées et des mimétismes, des biais cognitifs et une rationalité limitée.

26. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Paris, Vrin, 1990. On peut soutenir sans hésitation que les cours constitutionnelles et les cours de justice internationales ne font en général qu'interpréter ce passage d'Aristote lorsqu'elles appliquent le principe d'égalité.

«Le juste est (...) une sorte de proportion (...), la proportion étant une égalité de rapports (...)» (V, 6, 28).

L'idée essentielle est donc que «le juste» ne reçoit sa signification qu'au terme d'une comparaison que la raison pratique établit entre situations différentes. Déterminer ce qui est juste ou injuste consiste toujours à rechercher des identités et des différences entre les personnes, entre des situations conflictuelles et évaluer des proportionnalités entre des règles et des actions qui ne sont pas des quantités mesurables. Cette tâche de la raison n'est pas rationnelle au sens où on l'entend dans le calcul opératoire de l'économétrie. Car la détermination de l'égalité proportionnelle suppose la recherche de similarités, de ressemblances, d'airs de famille. Si le droit veut tendre au juste, il ne peut donc, *par principe*, se satisfaire d'un modèle d'homme rationnel qui opérerait dans un isolement stratégique par rapport aux autres cocontractants et sans égard pour leur situation réelle. Toute l'évolution législative et jurisprudentielle du droit des contrats depuis le Code Napoléon (1804) va à l'encontre de ce que M. Fleurbaey appelle à juste titre «le mythe du contrat», mythe selon lequel tout contrat volontairement formé sur un marché est considéré comme librement consenti par des cocontractants égaux entre eux. Pour bon nombre de raisons, les parties à un contrat sont souvent dans des situations fort inégales et leur consentement peut être vicié. Dans le contrat, il y a de la durée éprouvée. En conséquence, il ne peut pas, *a priori*, être considéré comme l'expression de l'intérêt bien compris et transparent des deux parties²⁷.

21. Il n'y a guère de doute que tous les êtres humains souhaitent, *a priori*, vivre dans une société mondiale plus juste dans laquelle le bien-être de *chacun* serait plus important. Il n'y a en effet aucun intérêt à ne pas préférer une situation meilleure pour un pays ou pour quelqu'un si cela n'affecte pas notre situation ou si cette situation peut nous rapporter indirectement quelque chose. De même, nous n'avons aucun intérêt à ne pas être altruiste si nous croyons que l'altruisme peut nous éviter la réalisation d'un risque que nous craignons. Je nommerais ceci de l'*alter-égoïsme*. Aider autrui pour éviter un mal plus grand que le coût de l'aide apportée. Par exemple, aider certaines populations non par empathie, mais pour éviter des flux migratoires ; protéger l'environnement, non par respect moral de la terre, mais pour éviter des pertes économiques futures considérables, etc.

De même, deux États sont normalement incités à coopérer économiquement si cette coopération engendre *minimalement* une situation dans laquelle l'un voit sa

27. Certains instruments existaient déjà dans le Code civil de 1804, qui montraient l'irréalité d'un contrat parfait. Il faut mentionner ici notamment les vices du consentement de l'article 1108 du Code civil, singulièrement le vice de dol et de violence qu'une partie pouvait exercer sur une autre partie pour l'amener à contracter. Bon nombre de législations se sont développées depuis lors, notamment en droit du travail et en droit de la consommation, pour protéger la partie réputée plus faible. Par ailleurs, le concept de lésion qualifiée s'est développé en jurisprudence de même que celui de l'exécution de bonne foi des conventions (abus de droit).

situation s'améliorer tandis que la situation de l'autre n'empire pas. Mais, à terme, ceci ne signifie pas qu'un État A dont la situation n'empire pas restera *psychologiquement* satisfait si la situation économique de son cocontractant B s'améliore, quant à elle, continûment²⁸.

22. De nombreuses difficultés politiques naissent néanmoins lorsque les hommes et les États essaient de trouver un consensus sur ce qu'est le juste, sur ce qui est juste et sur les moyens de parvenir à une économie globale juste. Car nous sommes en général d'autant plus favorables aux solutions qui sont avancées qu'elles ne heurtent aucun de nos intérêts et qu'elles ne mobilisent pas nos propres moyens. En conséquence, l'idéal de justice et, surtout, les moyens d'y parvenir varient en fonction des situations et des intérêts respectifs de chaque État, de chacun des groupes sociaux au sein de l'État, et de chaque sujet de droit. La théorie de l'économie internationale et le droit économique international sont la résultante de ces conflits d'intérêts. Les producteurs n'ont pas les mêmes intérêts immédiats que les consommateurs et un politicien a rarement gagné une élection en vantant les mérites du libre-échange. Le temps de l'élection politique n'est pas celui de la coopération économique internationale. À court terme et, singulièrement, au cours d'une campagne électorale, le discours protectionniste semble, en effet, toujours plus porteur que le discours libre-échangiste. Les règles de l'OMC peuvent alors présenter un double avantage. D'une part, elles peuvent servir de bouc émissaire, lorsque le pouvoir politique dit à ses électeurs et aux différents lobbies qu'il est lié par un traité international²⁹. C'est typiquement l'usage qui en est régulièrement fait par les gouvernements des États membres de l'Union européenne lorsqu'ils stigmatisent la législation et la bureaucratie de Bruxelles qui les priveraient de leur pouvoir d'action. D'autre part, les règles du GATT peuvent également forcer les gouvernements à ne pas faire (pour des raisons politiques à court terme) ce qu'ils savent qu'ils ne devraient pas faire, par exemple fermer leurs frontières pour aiguïser un sentiment national. Ici, le droit économique international ressemble davantage au mât auquel se raccrochait Ulysse.

C'est ce qui explique la perturbation institutionnelle que traverse actuellement l'OMC. Elle remonte au moins à l'échec de la Conférence ministérielle de Cancún, en septembre 2003, et à l'impossibilité, depuis lors, de faire aboutir le cycle de négociations multilatérales fixé à Doha en 2001. Ce cycle, intitulé Programme de Doha pour le développement, avait pour finalité de promouvoir, par le libre-échange et donc par l'ouverture des frontières des États, le développement économique des

28. On pourrait analyser, sur cette base, le principe de la nation la plus favorisée qui est au cœur du système multilatéral de l'OMC et qui est fondamental pour créer de la coopération indirecte. C'est un principe juridique qui écarte le principe traditionnel de la relativité des conventions selon lequel les effets (positifs et négatifs) ne sont jamais opposables aux tiers.

29. Voir P. Mavroidis, *Trade in Goods*, Oxford University Press, 2007, p. 13 : « (...) for a government facing unpopular (for segment of society) choices, the argument "I have tied my hands to the mast" is an easy way out that minimizes the political costs associated with such unpopular choices. In this understanding, national government will use GATT as an excuse for unpopular choices ».

pays membres et de réduire la pauvreté dans le monde. La déclaration ministérielle adoptée à Doha disait encore ceci :

« Le commerce international peut jouer un rôle majeur dans la promotion du développement économique et la réduction de la pauvreté. Nous reconnaissons la nécessité pour toutes nos populations de tirer parti des possibilités accrues et des gains de bien-être que le système multilatéral génère. La majorité des membres de l'OMC sont des pays en voie de développement. Nous visons à mettre leurs besoins et leurs intérêts au centre du Programme de travail adopté dans la présente déclaration³⁰. »

En cela, la Conférence ministérielle faisait largement écho au Préambule du Traité de Marrakech du 15 avril 1994 qui institue l'OMC, et plus particulièrement à son paragraphe 2 :

« *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,

Résolues, par conséquent, à mettre en place un système commercial multilatéral intégré, plus viable et durable, englobant l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, les résultats des efforts de libéralisation du commerce entrepris dans le passé, et tous les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay,

Déterminées à préserver les principes fondamentaux et à favoriser la réalisation des objectifs qui sous-tendent ce système commercial multilatéral. »

23. La perspective économique qui oriente le droit de l'OMC suit une même ligne continue faite d'un enchaînement de causes à effets : le libre-échange mondialisé favorise la croissance qui engendre à son tour un développement des pays les moins avancés et, en conséquence, une réduction de la pauvreté. Pourquoi alors les pays les moins avancés et les pays en développement ne soutiennent-ils pas avec plus d'enthousiasme l'OMC ? Pour une raison principale : ils ont perdu confiance.

30. Déclaration ministérielle de Doha, adoptée le 14 novembre 2001, http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.htm.

L'échec répété des négociations du cycle de Doha leur a donné depuis dix ans l'impression, largement justifiée, que leurs propres intérêts, c'est-à-dire leurs situations économiques, sociales et politiques fondamentalement différentes, ne sont rencontrés que si, au mieux, ils ne nuisent pas à ceux des pays développés et si, au pire, ils acceptent en compensation des conditions qui leur sont défavorables³¹. Les subventions agricoles européennes à l'exportation de même que les subventions américaines au coton sont deux exemples paradigmatiques de ces rapports de forces dans lesquels les pays en développement se sentent constamment lésés. Cependant, ce qui a fortement changé par rapport aux négociations qui ont abouti aux Accords de Marrakech, c'est la situation géopolitique mondiale. En 1994, la Chine, le Brésil, l'Inde ou la Corée du Sud étaient émergents. Aujourd'hui, ils ont largement émergé³² et ils forment des alliances avec des pays en développement qui contrarient l'axe traditionnel composé de l'Amérique du Nord, de l'Union européenne et du Japon. En réalité, tout se passe comme si les pays occidentaux étaient un peu dépassés par leur création. Et ils ne peuvent supporter aujourd'hui de ne plus pouvoir déterminer eux-mêmes qui seront les gagnants (et les perdants) du système qu'ils ont mis en place.

24. Comme on l'a rappelé plus haut, les économistes reconnaissent généralement que le libre-échange a nettement accru les richesses mondiales. Il a notamment permis de créer une nouvelle classe moyenne de plusieurs centaines de millions de gens en différentes parties du monde. Mais il connaît aussi des échecs difficiles à justifier et qui prennent essentiellement la forme de deux types d'inégalités dans la redistribution des gains. Le premier est que la richesse accumulée est très mal répartie entre les régions du monde et entre les États. À cet égard, le continent africain est certainement le grand oublié des bénéfices de la mondialisation (mais pourtant pas des entreprises qui exploitent ses ressources naturelles). Le second échec est que les gains de la mondialisation sont mal redistribués entre les citoyens d'un même État, même dans les pays riches.

Deux arguments sont parfois avancés sinon pour justifier ces inégalités, du moins, pour s'en excuser.

Le premier argument soutient qu'à long terme tout le monde profitera des effets bienfaiteurs de la globalisation et que les plus pauvres de la planète doivent sim-

31. Si on analysait plus attentivement ces questions en rapport avec les négociations commerciales multilatérales, on aboutirait sans difficulté à la conclusion que les intérêts des pays en développement y ont été mal représentés. D'abord parce que les rapports de forces économiques leur étaient largement défavorables dans le grand marchandage qui précède les accords de commerce ; et ensuite parce qu'ils n'avaient pas – et n'ont toujours pas – suffisamment de négociateurs expérimentés pour lutter à armes égales avec les diplomates et les experts américains et européens.

32. Une classe moyenne très importante s'est développée avec des différences notables cependant : la réduction de la pauvreté en Chine est considérable, mais les inégalités aussi. En Inde, il y a moins d'inégalités, mais la pauvreté recule moins vite. Sur ce point, v. J. Stiglitz, *Un autre monde*, Paris Fayard, 2006, chap. 2.

plement attendre plus longtemps³³. C'est l'effet de ruissellement dont nous avons parlé plus haut et qui pose la question de la durée vécue par les hommes. Comme disait Keynes, on peut certes attendre encore, mais ne perdons quand même pas de vue qu'à long terme nous serons tous morts. C'est la raison principale pour laquelle nous avons insisté sur la différence qui existe entre le temps de l'économie néo-classique et la durée vécue par les acteurs économiques incarnés dans la vie réelle et les sujets de droit. Le temps spatialisé mesurable ne s'adresse pas aux vivants qui *ressentent* jour après jour les inégalités et qui ne peuvent attendre que les bienfaits de la mondialisation ruissellent (le cas échéant) jusqu'à eux.

Le second argument avancé est que la personne très défavorisée qui gagne deux dollars par jour grâce à la mondialisation des échanges est, tout compte fait, en meilleure situation que si elle n'avait rien gagné du tout. Il y aurait beaucoup à dire sur cet argument. Il soulève des problèmes difficiles et nous n'en avons pas dit grand-chose jusqu'ici. En fait, on trouve cet argument et un début de solution dans la Parabole des ouvriers de la onzième heure envoyés à la vigne (Évangile de Matthieu, 20, 1-16). Comme on sait, un propriétaire embauche à différents moments de la journée des ouvriers pour travailler dans sa vigne. Il conclut avec chacun d'eux un contrat de travail dans lequel il est stipulé qu'il les paiera un denier. Le soir venu, son intendant remet à chacun son salaire en commençant par ceux qui avaient été embauchés à la onzième heure et qui n'avaient donc travaillé qu'une heure. Ils reçoivent un denier et sont très satisfaits. Puis, ceux qui avaient travaillé deux heures s'approchent et se voient remettre également un denier. Et ainsi de suite jusqu'aux premiers ouvriers arrivés le matin. Ils avaient donc travaillé douze heures et reçoivent également un denier. Et l'Évangile dit : « Tout en le recevant, ils murmuraient contre le propriétaire : "Ces derniers venus n'ont fait qu'une heure et tu les as traités comme nous qui avons porté le fardeau de la journée, avec sa chaleur." Alors il répliqua en disant à l'un d'eux : "Mon ami je ne te lèse en rien : n'est-ce pas d'un denier que nous sommes convenus ?" »

Je ne m'intéresse pas ici à l'interprétation théologique de ce passage biblique qui se termine fameusement par : « Voilà comment les derniers seront les premiers et les premiers seront les derniers. » Ce qui m'intéresse par contre c'est que la justice sociale est, comme l'a vu Aristote, une question de comparaison entre des situations. Cela prend un tour d'autant plus troublant dans l'Évangile de Matthieu que chaque ouvrier avait conclu avec le propriétaire un contrat dont le salaire était effectivement d'un denier. Mais, et c'est le point important, dans l'ignorance de la teneur des contrats qui seraient conclus ensuite avec d'autres. Un salaire quelconque n'est donc pas juste, de manière absolue, mais *relativement* à d'autres situations

33. Voir, par exemple, Ph. Allott : « (...) *important section of America's ruling elites believes, at least when they are in their optimistic mode, that the spread of democracy and capitalism to most countries in the world will produce an orderly world, by a sort of natural process of self-ordering and self-improvement without any special effort of imagination or will* », « The True Function of Law in the International Community », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1998, vol. 5, issue 2, p. 391.

comparables. C'est à nouveau une application du même principe : des situations semblables doivent être jugées de manière semblable ; et des situations différentes doivent être jugées de manière différente. Plusieurs études empiriques ont confirmé que les humains (comme d'ailleurs certains animaux) préfèrent refuser de recevoir un bien s'il est le résultat d'une distribution très inégalitaire³⁴. L'aversion de l'injustice et l'exigence d'altruisme sont plus fortes chez les individus qui appartiennent à une communauté – elles pèsent en quelque sorte plus lourd dans la balance des raisons – que le calcul rationnel égoïste qui devrait signifier qu'un gain quelconque, même minime, est préférable à un *statu quo*.

L'argument selon lequel une personne pauvre devrait être satisfaite parce que gagner deux dollars par jour est mieux que pas de dollar du tout est donc un mauvais argument. Et il est d'autant plus mauvais dans une économie globalisée où les nouvelles technologies permettent à chacun de connaître assez précisément la situation des autres à différents endroits de la planète. Dans cette perspective, peut-on vraiment reprocher à ceux qui veulent fuir les injustices qu'ils ressentent de chercher un meilleur partage des gains de la mondialisation par l'immigration ?

4 CONCLUSION

25. Il existe des inégalités entre les États-nations qui procèdent aux échanges. La globalisation de l'économie ne profite pas à tous les États de la même manière et, au sein d'un même État, elle ne profite pas à tous les citoyens également. Les disparités entre les États et entre les citoyens se sont dangereusement accrues ces dernières années, dans le même temps où la marche de la globalisation économique affaiblit le pouvoir du politique qui subit et qui réagit *a posteriori* plus qu'il ne construit.

Mais avons-nous, comme citoyens, des obligations supplémentaires du fait que nous sommes beaucoup mieux informés, notamment par les nouvelles technologies de l'information, sur les souffrances des pays pauvres que ne l'étaient les générations précédentes ? Avons-nous aujourd'hui une responsabilité accrue vis-à-vis des peuples défavorisés ? Et peut-on mener une vie juste en faisant abstraction des inégalités dont nous avons connaissance ? Et si nous connaissons les causes de la richesse et de la pauvreté des nations et qu'on s'inquiète des inégalités, l'OMC est-elle le lieu approprié pour appréhender ces questions ?

Comme on a vu, du point de vue de la théorie standard de l'économie de marché en concurrence parfaite, le droit n'a guère d'autres rôles dans l'économie que de déterminer (1) les droits de propriété (« qui est propriétaire de quoi ? ») est en effet une question préalable pour déterminer « qui peut échanger quoi ? » ; (2) que d'assurer l'exécution des conventions en cas de litige (obliger chacun à accomplir ses promesses) ; (3) que de faire respecter des règles institutionnelles et de concurrence

34. J. Heinrich *et al.*, « In Search of *Homo economicus*: behavioral experiments in 15 small-scale societies », *American Economic Review*, 1991, vol. 91, n° 2.

minimales pour que le marché puisse, sans distorsion, fixer un prix d'équilibre des transactions. En aucun cas, le droit ne devrait agir comme facteur de perturbation du marché par telle ou telle politique publique et, encore moins, agir comme facteur moral limitant la liberté des acteurs économiques sur un marché. L'idée centrale de cette théorie est que l'efficacité de l'économie requiert un désengagement de l'État.

Certes, du point de vue épistémologique, cette position est assez cohérente : les acteurs économiques qui transigent sur un marché sont en effet conçus comme des êtres rationnels qui maximisent leur propre utilité et qui sont atomisés, sans épaisseur morale intersubjective. Au contraire, les sujets de droit sont essentiellement compris comme des êtres relationnels : la nature et l'étendue de leurs droits reposent dans les rapports intersubjectifs avec les autres sujets de droit. Et une démocratie délibérative est d'abord (mais pas seulement) l'institution par le droit d'une action collective possible dans laquelle les citoyens interagissent les uns avec les autres. Ils ne peuvent donc être compris comme des êtres atomisés, étrangers l'un à l'autre, puisque l'horizon politique auquel ils appartiennent est celui d'un bien commun compris comme une égalité proportionnelle entre eux.

Il y a donc, en même temps qu'une séparation entre le problème de l'allocation efficiente des ressources et le problème de la juste distribution des ressources, une autre dichotomie majeure qui s'y greffe et la supporte : l'homme économique rationnel qui agit selon le mode opératoire du calcul de l'efficacité n'est pas l'homme raisonnable, prudent et diligent qui vit socialement dans le champ du droit et qui éprouve le temps comme durée.

Dans cette perspective, le type de question qu'on peut se poser est, par exemple, le suivant : est-il rationnel d'avoir un comportement altruiste dans une économie de marché ? La difficulté est de donner un sens précis à cette question. Car nous ne sommes sans doute pas vraiment libres d'être ou bien tout à fait altruistes, ou bien tout à fait égoïstes. Nous sommes sans doute déterminés, comme les autres animaux, à être un peu des deux ; mais nous pouvons aussi accentuer telle ou telle prédisposition par des apprentissages au sens large, c'est-à-dire des expériences existentielles de différents modèles et de figures de vie.

26. L'OMC, on l'a vu, repose sur l'idée que le libre-échange et l'accroissement des exportations engendrent une croissance globale. Mais, séparant les questions d'économie descriptive et les questions d'économie normative, le Traité de Marrakech ne répond pas aux exigences de justice sociale, c'est-à-dire à une meilleure répartition des gains réels tirés de la mondialisation et à des règles juridiques plus équitables entre les pays membres. Lorsque le GATT a été créé juste après la Seconde Guerre mondiale, il s'agissait de tenter de mondialiser la paix par l'économie. Mais dans une perspective unique, celle des pays riches vainqueurs de la guerre. La répartition des directions de ces organisations en est le symbole et elle survit toujours : un Européen est la tête du FMI et un Américain préside la Banque mondiale. En matière de légitimité de la gouvernance, on devrait pouvoir faire mieux sans trop de difficultés.

Enfin, une autre grande conséquence de la nette séparation entre allocation des ressources et distribution des ressources est que les accords GATT et OMC reconnaissent que les États-nations doivent rester souverains pour se partager les gains de la mondialisation. Et c'est effectivement ce qu'ils ont fait pendant des décennies dans le cadre des États-providence. Mais ce sont eux qui s'essouffent aujourd'hui sous nos yeux. Certes l'agenda de Doha – appelé de manière grandiose, mais un peu naïvement, « le cycle du développement » – devait normalement fixer des règles plus justes. Mais il est aujourd'hui à l'agonie³⁵. Et il le restera tant que les États-nations qui ont créé les grandes institutions économiques internationales ne reconnaîtront pas que les bouleversements géopolitiques appellent une redistribution des gains des échanges dans un monde où les inégalités ne cessent de devenir toujours plus visibles. S'il est difficile de le faire par altruisme, il est cette fois rationnel *et* raisonnable de le faire par alter-égoïsme : faire du bien à autrui pour s'éviter un mal plus grand.

SUMMARY

*The main challenge facing any explanation of the function of law in a globalised economy is to make sense of the idea that the law (and accordingly the State) can get an ambitious role in regulating free exchanges. Since neo-classical economy has been built on the dichotomy between facts and values, positive and normative economics, the gap between the problems of allocations of resources (question of facts) and those of redistribution of resources (question of values) seems irreducible. So, in this context, what can we expect from international economic law? A pure role of instrument to be used for expanding international trade? We all know that some legal rules and a minimal State are, at the very least, a necessity for the development of the market economy: to fix property rights, to organize some judicial procedures, to implement the principle *pacta sunt servanda*, etc. But is it all of it? Law purports to guide action, to give us reasons for action. But an action is not a pure fact and is somewhat more complicated to analyse. In particular, an action is interrelated to other actions and to the desires of other persons. And, more than that, an action doesn't happen into a physical time but inside a duration. Hence, my crucial claim in this paper is the following: the practical difference that the function of law can make in a globalised society – that is a function of redistributive justice – requires us to take into account that the reasonable man of law is not the rational economic man, most notably because the standard *homo economicus* behaves in a quantitative time while the reasonable man lives and follows practical norms in the duration of intersubjectivities.*

35. Voir « Gooby Doha, Hello Bali », *The Economist*, September 8th, 2012.

Mots clés : fonction du droit, globalisation, fait, valeur, redistribution des ressources, temps, durée

Keywords: function of law, globalisation, fact, value, redistribution of resources, time, duration