

Mondialisation et déclin de la puissance de l'Etat

Michel PAQUES

Professeur ordinaire à l'Université de Liège
Doyen de la Faculté de Droit

Né à Venise, mort à Vienne, Antonio VIVALDI a naturellement donné sa musique à qui voulait l'entendre. La Sérénissime était un carrefour. Il voyagea lui-même et se soucia de diffuser ses œuvres. La loi du marché lui fit choisir, en 1711, de publier à Amsterdam pour accéder à la célébrité européenne. Bienfaiteur de l'humanité, il rayonne désormais sur le monde. Nombre de ses pièces sont accessibles gratuitement, n'importe où et sur tous les supports. Il ne jouit pas des droits de reproduction et ce n'est pas lui qui poursuit les pirates. Je ne vous ferai ni le catalogue de ses œuvres ni celui de mes préférences. Je lui emprunterai seulement le plan de ces réflexions, ordonnées comme ses quatre concertos les plus connus. La diversité des interprétations en est si grande, du miel d'*I Musici di Roma* à la révélation Trevor Pinnock¹, que je ne crains pas d'avancer à la manière de l'écrevisse² en commençant par l'été qui sera, pour la circonstance, le moment du plein épanouissement de l'Etat et de la souveraineté. Ce ne sera pas la seule infidélité à une partition somme toute moins transformée par l'exercice que l'Etat et sa puissance par la mondialisation.

I.- L'Eté.

Souveraineté et puissance de l'Etat

De nombreux systèmes de règles s'édifient en dehors de l'Etat. Dans le monde du travail, au sein de la famille, de bandes, de groupes économiques, politiques, culturels, religieux, sportifs,... des relations se nouent qui reposent sur des pouvoirs plus ou moins organisés. Des auteurs, donnés pour minoritaires³, constatent l'existence de systèmes juridiques autonomes et invitent à poser la question délicate d'une spécificité de l'ordre juridique de l'Etat. Une première différence vient à l'esprit ; elle n'est pas absolument discriminante. Elle tient à une simple norme de fréquence : c'est que, sauf restriction, l'Etat moderne a vocation à régir tous les aspects de la vie sociale alors que la plupart des autres ordres juridiques ont un projet plus restreint. Une autre, moins relative, est que l'Etat tend à s'affirmer comme un système juridique plus puissant que les autres. L'Etat cherche à leur confisquer la souveraineté, à les priver de leurs armes les plus violentes ou à les faire disparaître s'il ne peut s'entendre avec eux⁴. Il y parvient plus ou moins. Dans les ordres juridiques que l'Etat laisse subsister, le

Exposé de conclusion des *Journées David-Constant* de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, sur « L'Etat et le marché à l'heure de la mondialisation », les 18 et 19 octobre 2007.

¹ Mais aussi la synthèse de Sigiswald Kuyken...

² Comme celle que suit M. Philippe MALAURIE, dans son exposé « Réglementations contraignantes et libertés économiques : la quadrature du cercle ? » in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation, Actes du 1^{er} Colloque David-Constant de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, sous la coordination de Nicolas Thirion*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 125 et s.

³ M. COIPEL, « Réflexions sur les rapports entre le droit et d'autres régulations de la vie sociale », in *Liber amicorum Paul Martens, L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 399 et s., sp. n°3.

⁴ Rappr. Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, pp. 38-39.

pouvoir ne s'exerce alors plus que sous son contrôle. L'observation des faits permet de constater la réalité de ces appropriations. C'est ainsi que le code de bonne gouvernance des sociétés peut être juridique dans un ordre non étatique du marché. Autre chose est de savoir si les règles de ce code ont une relevance dans le droit de l'Etat ou, en d'autres mots, si elles sont reçues et sanctionnées par lui⁵. Cela dépend de lui, de l'exercice qu'il fait de sa souveraineté.

L'Etat souverain et omniscient est une création doctrinale qui trouve une formulation achevée, au seizième siècle, dans l'œuvre de Jean BODIN. Son application est progressive⁶. En 1648, les Traités de Westphalie reconnaissent la pleine souveraineté de l'Etat sur son territoire. L'idée traverse les siècles. Cette souveraine égalité des Etats est à la base de la Charte des Nations Unies (art. 2). Elle est réaffirmée par la déclaration de Rio de Janeiro (1992) dans la perspective spécifique de couper court à la tentation de l'ingérence environnementale.

Ainsi, dans sa sphère de compétence, l'Etat westphalien souverain peut établir ou contrarier les conditions de développement du marché. Cette constatation juridique dispensera de la redoutable question de savoir si l'Etat est nécessairement antérieur au marché, si l'Etat, dans ses formes primitives, avait déjà en son pouvoir celui de créer et de maintenir les conditions du marché qui auraient dépendu de lui. Il est certain que le marché est un lieu d'échange ancien⁷ et que l'existence d'un marché libre suppose certaines conditions juridiques assurées par l'Etat moderne. Citons la propriété privée reconnue et protégée, la cessibilité des biens et des services, une certaine liberté contractuelle.

C'est de cette souveraineté construite par mille ans d'Ancien Régime que s'empare la révolution française qui en remplace seulement le principe fondateur. Le roi souverain cède la place au peuple souverain. L'Etat était le délégué du roi, il devient le délégué du peuple. Il accomplira les missions que le peuple souverain lui confiera⁸. La puissance de l'Etat est considérable ; elle va permettre de réformer autoritairement les structures de l'Ancien Régime.

Il n'est donc pas surprenant que de nombreux penseurs du socialisme fassent appel à l'action de l'Etat pour corriger ou remplacer le marché par un système plus conforme à leurs vœux. Si MARX rejette l'action de l'Etat comme irrémédiablement lié à la bourgeoisie capitaliste, c'est quand même pour faire appel à un appareil autoritaire, le parti⁹. Les régimes communistes du XXème siècle s'appuient bien sur l'Etat pour remplacer le marché par une planification impérative, pour interdire une bonne part des transactions fondées sur la libre rencontre de l'offre et de la demande, pour détruire finalement les autres libertés publiques.

⁵ Nicolas THIRION, « L'émergence de nouveaux pouvoirs normatifs : l'exemple du gouvernement d'entreprise », in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation, o.c.*, pp. 139 et s.

⁶ Jean-Louis HALPERIN, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2004, p. 32 ; Olivier BEAUD, *o.c.*, 1994, p. 24.

⁷ A ce sujet, Francesco MAGRIS, « Logique de marché et pouvoirs publics dans la sphère internationale : la banque mondiale, le FMI, l'OMC », in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation, o.c.*, pp. 193 et s. ; Philippe NOREL, « Etat et marché : éléments pour l'histoire d'une synergie », in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation, o.c.*, pp. 229 et s.

⁸ Michel PAQUES, *Droit public élémentaire*, Bruxelles, Larcier, 2005, n°s 14 et s.

⁹ Isaiah BERLIN, « Le socialisme et les théories socialistes (1966) », in *Le sens des réalités*, trad. G. Delannoï et A. Butin, Paris, Ed. des Syrtes, 2003, pp. 109 à 152.

La sociale démocratie recourt aussi à la puissance de l'Etat. Contrairement aux régimes communistes, elle fait alliance avec l'Etat libéral. Sa principale conquête est d'avoir permis un certain estompement de la distinction marxienne entre le prolétaire et le capitaliste : « A mesure que l'épargne des salariés s'est étendue, la distinction fonctionnelle entre les revenus du travail et les revenus du capital n'a plus recouvert avec autant de concordance la distinction personnelle entre les individus qui vivent des uns et ceux qui bénéficient des autres »¹⁰. Elle utilise l'arme de la loi pour corriger les excès du libre jeu du marché dans le domaine social¹¹. Elle interdit le travail des enfants, instille la dignité humaine dans la négociation salariale, protège le consommateur, prélève une partie de la richesse nationale pour la redistribuer, bref fixe l'équilibre opportun. Le Professeur MODERNE considère que l'Etat s'est « relégitimé » à la fin du XIXème par le développement d'une conception plus large de l'intérêt général et la promotion du service public¹². Tous les Etats démocratiques n'agissent pas avec la même intensité. Un courant libertarien, craint les dérèglements du marché causés par les interventions de protection sociale¹³. Le marché lui-même maintient sa dynamique concurrentielle grâce aux interventions de l'Etat libéral qui lutte contre les ententes, monopoles ou positions dominantes. Ce rôle étatique de police du marché est à son tour contesté par les partisans d'un néolibéralisme absolu¹⁴.

Que le projet soit libéral, social démocrate ou totalitaire, le droit de l'Etat comme instrument d'imperium est pleinement efficace quand le phénomène à saisir correspond aux limites territoriales de la souveraineté et ne peut guère en sortir. Si le marché déborde les frontières, l'Etat n'a plus la même capacité de le régler. Sa compétence juridique se heurte à une réalité qui le dépasse. C'est ce décalage qui justifie sans doute la tenue d'un colloque consacré aux relations entre l'Etat et le marché.

II.- L'Automne – Premier mouvement (Allegro). La souveraineté débordée par la mondialisation

Tant que le marché correspond à la sphère étatique, l'Etat peut efficacement traduire une volonté d'administrer le marché, de le corriger ou de le laisser à ses lois économiques. L'économie planifiée ou le marché autarcique sont des options de souveraineté. L'Etat peut choisir d'entraver les importations et les exportations pour que le cadre des flux corresponde à celui de la souveraineté interne. Toutefois, une conception efficiente de l'intérêt économique, l'avantage comparatif¹⁵, porte l'Etat à admettre ou encourager les relations avec l'extérieur

¹⁰ Dominique STRAUSS-KAHN, *La Flamme et la Cendre*, Paris, Grasset, 2002.

¹¹ M. MAGRIS, *o.c.*, p. 220.

¹² Franck MODERNE, « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public », in F. MODERNE et G. MARCOU, *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan, 2001, pp. 9 et s., sp. p. 23.

¹³ Francis FUKUYAMA, *D'où viennent les néo-conservateurs*, trad. D.-A. Canal, Paris, Grasset, 2006, p. 18.

¹⁴ « Le néolibéralisme postule, et c'est un donné fondamental, qu'il n'y ait d'autres définitions de l'intérêt général que la résultante de l'application intégrale des lois du marché », Georges-A. LEBEL, « La mondialisation : une hypothèse économique galvaudée aux effets dramatiques », in *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, sous la direction de François CRÉPEAU, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 17 et suiv., sp. p. 28.

¹⁵ La théorie de l'avantage comparatif a été formulée par RICARDO au début du XIXème siècle, Joseph E. STIGLITZ et Carl E. WALSH, *Principes d'économie moderne*, trad. F. Mayer, Bruxelles, De Boek, 2^{ème} Ed., 2004, pp. 50 et s.

et, forcément, à ne maîtriser d'une partie des flux transnationaux. Quant au marché, il aspire naturellement à se développer là où sont l'offre et la demande, sans considération des frontières¹⁶.

La canonnière ou la menace de son utilisation prolongent l'imperium au dehors du champ territorial de la souveraineté¹⁷ ; elle permet tout à la fois l'extension d'un modèle d'organisation publique, l'exercice « d'un pouvoir de police international » ou la promotion de relations économiques mais tous les Etats commerçants n'ont pas d'armée puissante et la force n'est pas toujours celle qu'on croit : la campagne d'Irak a porté un coup sérieux à la dissuasion américaine¹⁸. Les voies de l'incitation et du contrat prennent le relais de l'action autoritaire. Rayonnement culturel¹⁹ et jeu du marché sont pour l'Etat une manière d'étendre son influence au delà de son aire de souveraineté²⁰.

La volonté du peuple impose à son tour des restrictions au pouvoir de l'Etat. En effet, une certaine conception de la liberté et des droits fondamentaux de l'homme empêche aussi de limiter la mobilité des individus et des moyens de production. Il faut que les biens, les services, les forces de travail et les capitaux puissent entrer et sortir sans trop d'entraves du territoire de l'Etat. Le réalisme convainc ensuite de ne taxer les revenus mobiliers que modérément puisqu'on a renoncé à en contrarier les mouvements. C'est la déterritorialisation de l'économie et de la finance²¹.

Une fois ces mouvements permis, le mode d'exercice de la souveraineté interne et le régime juridique créé deviennent un facteur de concurrence entre les Etats pour attirer ou retenir ceux qui peuvent « voter avec leurs pieds »²². L'Etat se préoccupe des effets de sa politique sociale, environnementale, sur la position commerciale mondiale de ses entreprises²³. Le libéralisme démocratique rend la délocalisation licite.

¹⁶ En souhaitant quand même une certaine collaboration d'un Etat local (sécurité juridique, propriété, contrat).

¹⁷ H. KISSINGER (*Diplomacy*, trad. M.-F. de Paloméra, Paris, Fayard, 1994) montre que le système étatique européen qui sortit de la paix de Westphalie est le seul exemple de système directeur des relations internationales fondé sur l'équilibre des forces, à l'exception les cités Etats de l'Italie et de la Grèce antique. La politique extérieure des Etats-Unis n'est pas fondée sur ce principe. Sur cet équilibre de l'Europe de Westphalie, voy. la belle préface de M. FUMAROLI à son propre ouvrage, *Quand l'Europe parlait français*, Paris, de Fallois, 2001.

¹⁸ A tout le moins celle qui est fondée sur les armes conventionnelles. Aussi L. MICHEL, « Quelques réflexions sur la politique étrangère de la Belgique », *Rev. Fac. Dr. Lg.*, 2004, pp. 162 et s.

¹⁹ Le déclin de l'influence culturelle est ressenti à la fois comme un problème économique et comme une profonde diminution politique (voy. une analyse de la position actuelle de la France par D. MORRISSON, « In Search of Lost Time », *Time*, Déc. 3, 2007).

²⁰ Au delà de la puissance de coercition, l'hégémonie aurait aussi besoin d'une légitimité, voy les considérations de M. Brzezinski sur la perte de légitimité de la puissance américaine après la guerre en Irak, Philip S. GOLUB, « Les Etats-Unis face au traumatisme de la fin de l'Empire », *Le Monde diplomatique*, octobre 2007, p. 8.

²¹ Laura AMMANNATI, Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation : les privatisations, in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation, o.c.*, pp. 103 et s., sp. p. 105.

²² Charles TIEBOUT, « A Pure Theory of Local Expenditures ». *Journal of Political Economy*, 1956, pp. 416 et s. ; R. REVESZ, « Federalism and Regulation : some generalizations », in *Regulatory Competition and Economic Integration*, D.C. ESTY et D. GERADIN, Eds., Oxford, University Press, 2001, pp. 3 et s. H. Spencer BANZHAF and Randall P. WALSH, « Do People Vote with Their Feet? An Empirical Test of Environmental Gentrification », 2006, <http://www.rff.org/Documents/RFF-DP-06-10.pdf>.

²³ Les interventions internes américaines de réduction des émissions de gaz à effet de serre sont, à leur tour, examinées sous cet angle, voy. les très larges perspectives ouvertes par la contribution de J. FREEMAN et A. VERMEULE, « *Massachusetts v. EPA*: From Politics to Expertise », à paraître, *Supreme Court Review*, 2007,

Enfin les libertés publiques et les développements de la technique se conjuguent pour rendre certaines interdictions impossibles ou inefficaces. Comment empêcher aujourd'hui de recevoir ou d'émettre des messages²⁴? On a voulu en conclure que la mondialisation, le marché capitaliste et la démocratie libérale étaient la *fin de l'histoire*, que le pouvoir des Etats de choisir leur régime économique et social avait disparu, à tout le moins dans le long terme et à certaines conditions²⁵. Le déterminisme historique refait surface. L'accablante force du destin prendrait le pas sur la ronde des saisons.

Il n'y a plus ni souveraineté ni institution à la mesure du marché. On assiste à « l'érosion progressive de l'espace politique et de la souveraineté de l'Etat » ; autrement dit « l'ouverture de l'économie contribue largement à la clôture du politique »²⁶. On évitera d'assimiler trop rapidement libéralisme et démocratie. Comme l'observe HAYEK, le libéralisme et la démocratie, bien que compatibles, ne sont pas la même chose. Le premier se préoccupe de l'étendue du pouvoir gouvernemental, le second de qui détient ce pouvoir. Et de poursuivre : « la différence est plus visible si nous considérons leurs opposés : l'opposé du libéralisme est le totalitarisme, alors que l'opposé de la démocratie est l'autoritarisme »²⁷. Le système chinois contemporain confirme l'importance de cette distinction entre démocratie et libéralisme²⁸. Mais là où l'Etat est démocratique, le débordement de la souveraineté et la perte de contrôle corrélative se traduisent par une régression démocratique dans le règlement des affaires.

Telle est, à mon avis, la cause principale des déplorations de la mondialisation. Celles-ci émanent essentiellement de mouvements d'opinion, favorables au dirigisme économique et social dans l'ordre interne, qui constatent, avec amertume, que le champ mondial n'est gouverné par aucune puissance tutélaire capable d'infléchir le cours des choses aussi bien que le pouvait l'Etat dans la sphère interne. Paradoxalement, les altermondialistes critiquent vivement les systèmes de gouvernance mondiale créés par la communauté des Etats²⁹.

<http://www.law.harvard.edu/faculty/freeman>; L'analyse scientifique révèle toutefois que toute politique autonome n'est pas condamnée par une *race to the bottom* et que des spirales vertueuses s'observent aussi D. VOGEL, « Environmental Regulation and Economic Integration », in *Regulatory Competition, o.c.*, pp. 330 et s.

²⁴ Sur ce thème, F. RIGAUX, « De la noosphère à la noopolitique. La mise en réseau du savoir et du pouvoir », in *Liber Amicorum Paul MARTENS, L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 967 et s.

²⁵ L'ouvrage central sur le point est celui de Francis FUKUYAMA, *La fin de l'histoire et le dernier homme* (1992). L'auteur donne lui-même une relecture de sa thèse et répond à des objections in *D'où viennent les néo-conservateurs*, préc., 2006, pp. 74 et s. Aussi, Pierre de SENARCLENS, *La mondialisation. Théories, enjeux et débats*, Paris, A. Colin, 3^{ème} Ed., 2002, p. 78.

²⁶ Francesco MAGRIS, *o.c.*, p. 176 ; Marc JACQUEMAIN, « Etat et marché à l'heure de la mondialisation. Babel comme perspective sociologique », in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation, o.c.*, pp. 265 et s., sp. p. 291.

²⁷ Friedrich A. HAYEK, « Les principes d'un ordre social libéral, » in *Essais de philosophie, de science politique et d'économie*, 1967, trad. par Ch. Pitton, Paris, Les Belles Lettres, 2006, p. 248. Rapp. A GARAPON qui écrit « l'idée libérale n'est pas antinomique de la démocratie » in Présentation de l'ouvrage de S. BREYER, *Pour une démocratie active*, Paris, Odile Jacob, 2007, p. 15.

²⁸ « Quant à la Chine, à laquelle l'immensité de son territoire et la masse énorme de sa population promettent un destin mondial, son communisme semble ne plus être qu'une technique despotique d'occupation du pouvoir plaquée sur un capitalisme d'Etat », Lionel JOSPIN, *Le monde comme je le vois*, Paris, Gallimard, 2005, p. 14.

²⁹ M. MAGRIS, *o.c.* ; Pour une analyse des fondements idéologiques de l'antimondialisme, J.-F. REVEL, *L'obsession anti-américaine*, Paris, Plon, 2002, chapitre 3.

III.- L'automne – Deuxième mouvement (Adagio molto). Parcellisation et limites des régulations internationales.

L'aspiration du marché à déborder les frontières étatiques et la recherche de l'efficacité économique n'ont cependant pas lieu sans aucun contrôle. Une grande puissance hégémonique engagée dans la défense du libre échange peut s'en charger comme les Etats-Unis au cours de la période postérieure au krach de 1929³⁰. Le multilatéralisme est une autre voie. La souveraineté permet les relations internationales, les traités et la création d'institutions à même de produire un droit dérivé qui s'imposera à l'échelle du marché créé.

Il ne s'agit pas pour autant de construire à l'échelon pertinent un nouvel instrument d'une puissance comparable à celle de l'Etat. Les ambitions et les moyens sont bien différents.

On note d'abord que ces relations ont des objets sectoriels et que ces institutions sont juxtaposées. Seuls certains pans de l'action étatique sont couverts. Il ne s'agit pas d'embrasser l'ensemble des intérêts concernés et opposés puis de les mettre en balance comme peut le faire un parlement national. Cette parcellisation est donc loin de reconstruire une souveraineté à l'échelle globale³¹.

Ensuite, on a l'impression que l'aspiration à la gouvernance globale se réalise plus efficacement dans les domaines favorables à la fluidité du marché, comme le commerce et les investissements internationaux³², que dans ceux où la sociale démocratie aspire au dirigisme. L'Organisation mondiale du commerce se préoccupe sans doute de développement durable et tient compte de l'impact environnemental quand elle examine les restrictions commerciales unilatérales³³. Ce n'est toutefois qu'une action indirecte. L'OMC n'a pas de pendant dans le secteur des droits humains ou de l'environnement. L'internalisation des coûts environnementaux dans les comptes du marché est une idée qui est aujourd'hui comprise par tous, les instruments de sa réalisation sont clairement présentés³⁴, la réduction de l'empreinte écologique apparaît nécessaire mais l'application concrète et contraignante est loin d'être généralisée malgré de pathétiques exhortations³⁵.

³⁰ Pierre de SENARCLENS, *o.c.*, p. 53.

³¹ Cette difficulté n'est pas propre aux relations internationales. Elle s'observe déjà dans les Etats fédéraux comme la Belgique qui ne confie à la Communauté française, entité législative autonome, que l'enseignement, le théâtre et la télévision - c'est à peine caricaturé - avec la conséquence qu'elle ne peut revaloriser l'enseignement qu'au détriment de la télévision ou du théâtre, sans la compétence d'articuler ces intérêts avec ceux de la défense nationale ou des travaux publics, par exemple.

³² Francis FUKUYAMA, *o.c.*, 2006, p. 58.

³³ A ce sujet, Michel PAQUES, L'environnement, un certain droit de l'homme, *A.P.T.*, 2006, pp. 38 à 66, sp. n° 8 ; P. LAMY, « The "greening" of the WTO has started », conférence à l'Université de Yale, 27 octobre 2007, http://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl79_e.htm

³⁴ Not., en langue française, A. OGUS et M. FAURE, *Economie du Droit : le cas français*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2002, p. 158.

³⁵ Par exemple, le discours de M. Jacques CHIRAC, Président de la République, devant l'assemblée plénière du Sommet Mondial du Développement Durable, Johannesburg - Afrique du Sud, lundi 2 septembre 2002, http://www.elysee.fr/elysee/elysee/fr/francais_archives/interventions/discours_et_declarations/2002/septembre/discours_de_m_jacques_chirac_president_de_la_republique_devant_l_assemblee_pleniere_du_sommet_mondial_du_developpement_durable.1217.html ; le rapport de Sir Nicholas STERN, « Stern Review on the economics of climate change », <http://www.hm->

Une autre entrave à l'action efficace tient au mode de production du droit international. Dans les relations intergouvernementales, la décision requiert l'assentiment de tous les Etats. Le principe majoritaire qui suffit dans l'ordre interne est exceptionnel dans l'ordre international³⁶. La quête de l'unanimité a pour corollaire l'adoption du plus petit commun dénominateur. On y voit une faiblesse objective du Protocole de Kyoto, pourtant l'une des plus belles tentatives mondiales d'inflexion du marché à d'autres fins que lui-même³⁷.

Enfin, le *réalisme* convainc souvent les Etats ou leurs ressortissants de nouer des accords commerciaux avec des Etats qui n'ont ni dans leur for interne ni dans leur conception du monde, la même propension démocratique à tolérer ou corriger les effets du marché sur les intérêts non économiques.

On peut dire qu'il y a dans le sein de l'Etat démocratique des différences d'opinion plutôt homogènes ; dans les relations internationales, les différences peuvent être hétérogènes. Celles-ci se révèlent par exemple quand un système autoritaire pactise avec un Etat démocratique ou lorsqu'un Etat développé traite avec un pays en développement. Des déséquilibres remarquables s'ensuivent. Tel est, par exemple, le cas de l'admission du principe de responsabilités communes mais différenciées dans la détérioration du climat, principe légitime et équitable, qui conduit à l'adoption d'un traité qui n'impose des plafonds de rejets de CO² qu'à certains Etats développés tout en maintenant la concurrence globale dans les relations commerciales. La réalité est dure à affronter. Le Gouvernement wallon plaide qu'il faut ouvrir le plafond national d'émissions à défaut de quoi la relocalisation de la sidérurgie à chaud se fera en Inde ou en Chine, là où le Protocole de Kyoto n'impose aucune limitation des rejets. L'argument de la mondialisation vient ici frapper dans un secteur où le droit international multilatéral a pourtant balisé le terrain. Des différences plus homogènes ne sont pas moins embarrassantes. Le Protocole de Kyoto peut à nouveau servir d'exemple³⁸. On ne peut méconnaître les insuffisances objectives de son système³⁹ mais l'on doit en même temps constater qu'il s'agit du seul instrument actuellement disponible. Dans ce contexte, le refus souverain d'Etats développés d'assumer leur part en s'engageant à réduire leurs propres émissions pose un problème de concurrence entre pays développés. Elle appelle à son tour la question délicate de la rétorsion sur le plan d'autres relations internationales ou, à tout le moins, celle de la compensation. Une taxe carbone qui frapperait les produits dont la confection a échappé aux obligations du protocole de Kyoto est actuellement en discussion à l'initiative de la France⁴⁰.

Bref, à défaut de lieu où elle puisse se développer de manière globale, systématique et efficace, la tutelle internationale est beaucoup moins performante que pouvait l'être l'action interne de souveraineté. On comprend que la crainte d'anti-démocratie ou de déstructuration des équilibres de la société interne conduit à son tour à revaloriser les

treasury.gov.uk/independent_reviews/stern_review_economics_climate_change/sternreview_index.cfm ;
<http://www.automatesintelligents.com/echanges/2006/nov/rapportstern.html>

³⁶ A ce sujet, Michel PAQUES, *Droit public élémentaire*, o.c., n° 17.

³⁷ Gwyn PRINS et Steve RAYNER, « Time to ditch Kyoto », *Nature*, oct. 2007, pp. 973 à 975.

³⁸ Il y en a bien d'autres, voy. Fr. R. van der MENSBRUGGHE, « 'Exceptionnalisme' du droit américain : l'insularité de la Cour suprême des Etats-Unis », *Rev. Fac. Dr. Liège*, 2007, pp 307 et s., sp. p. 308.

³⁹ Récemment, Gwyn PRINS et Steve RAYNER, o.c.

⁴⁰ « Le Grenelle de l'environnement », *Le Monde*, 25 et 26 octobre 2007.

conceptions dualistes des relations entre l'ordre interne et l'ordre international et à mettre en cause la supériorité du droit international sur le droit interne préconisée dans certains Etats ⁴¹.

IV.- *Intermezzo* - L'été indien. La construction européenne

La reconstruction de l'Etat souverain et démocratique à l'échelon international n'est sans doute pas possible. L'Etat mondial, sans élément d'altérité, est une utopie ⁴². Cette reconstruction peut au moins avoir lieu à l'échelon régional. Les fédéralismes aboutis, comme celui des Etats-Unis, en prouvent la possibilité.

L'Union européenne est à ce sujet un projet intéressant. Elle n'est pas encore animée d'un principe souverain qui ferait d'elle un Etat ⁴³. La compétence explicitement laissée aux Etats de se retirer ⁴⁴ ou la nécessité de l'unanimité des Etats pour modifier les Traités fondateurs le confirment à suffisance. Elle n'est pas non plus dotée de l'ensemble des compétences qui permettent d'en faire un Etat fédéral ⁴⁵. Et, malgré l'élection du parlement au suffrage universel et le renforcement du rôle de cette assemblée dans la prise des décisions communautaires, l'Union continue de souffrir de la complexité de la prise de décision et d'un déficit démocratique qui nuisent à la légitimité de son action ⁴⁶. Pourtant son évolution est remarquable.

Basée à l'origine sur le marché et les échanges, elle fut, au fil du temps, progressivement dotée de nombreuses compétences non économiques. La politique de l'Union s'appuie non seulement sur des droits et libertés mais aussi sur la construction d'une harmonisation positive ⁴⁷. Les observateurs attentifs reconnaissent que l'Union européenne est graduellement devenue un système de *welfare* et de droits sociaux, surtout à la faveur d'interprétations des dispositions du Traité relatives à la *citoyenneté européenne* par la Cour de Justice ⁴⁸.

⁴¹ G. de BURCA et O. GERSTENBERG, « The Denationalization of Constitutional Law », *Harvard Int. L. J.*, (47), 2006, pp. 243 et s.

⁴² Marc JACQUEMAIN, *o.c.*, p. 287.

⁴³ H. DUMONT, « La notion juridique de souveraineté aujourd'hui : de l'absolu au relatif », in *Cahier n° 7 du Centre de recherches en histoire du droit et des institutions*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1997, p. 115-134 ; Michel PAQUES, *Droit public élémentaire, o.c.*, n°s 10 et s.

⁴⁴ Nouvel article 35 inséré dans le Traité de l'Union par le Traité approuvé lors de la conférence intergouvernementale du 18 octobre 2007 à Lisbonne. Comp. sur l'inversion de souveraineté au profit de la fédération, réalisée par la Constitution des Etats-Unis et, en conséquence, l'impossibilité du retrait unilatéral d'un Etat membre, l'arrêt de la Cour suprême, *STATE OF TEXAS v. WHITE* (74 U.S. 700 (1868)).

⁴⁵ Sur la question de savoir si l'Union peut être qualifiée d'Etat, W. VAN GERVEN, *The European Union, A Polity of State and Peoples*, Oxford, Hart Publishing, 2005, pp. 36 et s.

⁴⁶ Pour un regard américain sur cette situation, S. BREYER, *o.c.*, pp. 191 et s.

⁴⁷ Reinhard STEENNOT, « Libre marché et réglementations contraignantes : le cas de la protection du consommateur en Europe », in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation, o.c.*, pp. 159 et s.

⁴⁸ G. de BURCA et O. GERSTENBERG, *o.c.*, pp. 258-259.

V.- L'Automne – Troisième mouvement (Allegro) La souveraineté écornée et le choix des méthodes du marché dans l'action publique

L'automne de la souveraineté, c'est aussi le déclin de la liberté de l'Etat d'organiser son influence dans la matière économique ; ce phénomène se double d'une tendance à moins utiliser ou à dissimuler les instruments d'action autoritaires dans les domaines parfois très classiques de l'action administrative.

En matière de services publics et d'aides d'Etat, on impute sans doute à l'Europe plus que ce qu'elle n'exige. Elle n'impose de soumettre au jeu du marché que les services d'intérêt économique général avec la réserve que l'Etat peut montrer que l'accomplissement de la mission en question requiert des droits spéciaux ou exclusifs. En outre, rien n'empêche l'Etat de demeurer propriétaire de services libéralisés. On lira à ce sujet un remarquable commentaire du Professeur Gérard MARCOU⁴⁹. Le problème le plus vif réside dans la définition de ce qui relève de l'intérêt économique général. En même temps, l'Union impose l'ouverture au marché de grands monopoles qui constituent des services publics dans plusieurs Etats membres. La souveraineté étatique subit dans cette mesure une atteinte extérieure consentie. Cependant, la réduction de l'action de service public organique est également le fruit d'une décision de souveraineté interne, idéologique et pratique, de désinvestissement ou d'assainissement des finances publiques ; l'Europe ne fait ici qu'imposer la limitation du déficit public.

L'automne de l'Etat, c'est aussi celui des méthodes traditionnelles du droit administratif : la dissimulation ou la régression de l'autorité. Les instruments du marché s'introduisent dans l'organisation des services publics dont l'Etat continue d'assurer la gestion. L'action en régie devient suspecte, passe pour une manière d'éviter la concurrence ; toutes les relations juridiques entre les pouvoirs publics sont relues sous cet angle⁵⁰. Le régime du domaine public tend à se rapprocher du droit commun pour permettre des partenariats et s'ouvrir à la concurrence⁵¹. Les législateurs ont généralisé la méthode contractuelle, le contrat de gestion périodiquement renouvelé, pour définir les objectifs et les obligations respectives des nombreux organismes décentralisés et du pouvoir public tutélaire. Le management et la mesure de productivité gagnent les sanctuaires d'autorité comme la Justice. Dans le domaine de la fonction publique aussi la loi du marché fait son œuvre. Un régime juridique spécifique aux travailleurs agents des pouvoirs publics s'impose-t-il encore ? Alors que le principe de l'engagement statutaire du personnel public demeure affirmé dans plusieurs dispositions légales⁵², déjà de nombreux pouvoirs publics préfèrent l'engagement par contrat de travail⁵³.

⁴⁹ Gérard MARCOU, « De l'idée de service public au service d'intérêt général », in F. MODERNE et G. MARCOU, *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan, 2001, pp. 365 et s.

⁵⁰ Ann Lawrence DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006 ; du même auteur, « La 'logique de marché' dans les relations contractuelles entre le secteur public et le secteur privé : développements récents », in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation, o.c.*, pp. 41 et ss.

⁵¹ CAA Paris, 4 décembre 2003, SETIL, *A.J.D.A.*, 2005, pp. 200 et s., note S. NICINSKI. Plus généralement, S. NICINSKI, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », *A.J.D.A.*, 2004, pp. 751 et s.

⁵² Même si la distinction fondamentale des régimes juridiques des agents publics et des travailleurs du secteur privé est admise, certaines inégalités sont dénoncées par M. Jean JACQMAIN (« La fonction publique en (trans)mutation : de l'or au plomb », in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation, o.c.*, pp. 29 et s.).

Dans la haute fonction publique, la doctrine du *New public management*⁵⁴ a déterminé une réorganisation fondée sur la subsidiarité, l'efficacité, la simplification et la clarification du rôle du politique ; doivent y contribuer la création d'un *spoils system* et d'une catégorie de managers dont la rémunération est adaptée. Cette modernisation, dont l'épisode le mieux connu a porté en Belgique le nom *Copernic*, devait aussi mieux satisfaire l'administré devenu *client*⁵⁵. Certes les monopoles peuvent avoir tendance à perdre de vue l'intérêt du bénéficiaire. N'aurait-on pas pu veiller davantage à maintenir la dimension civique du rapport de l'administré au pouvoir public à tout le moins quand celui-ci agit dans les fonctions d'autorité ou d'intérêt général⁵⁶ ?

Le libéralisme a pour corollaire l'établissement d'un contrôle sévère des lois du marché⁵⁷. A priori, le domaine de la police administrative devrait donc mieux résister. Pourtant, le jeu du marché s'insinue au cœur des méthodes d'imperium. Ainsi, la perte de légitimité de la fonction normative de l'Etat se ferait sentir dans le domaine de la bonne gouvernance des sociétés⁵⁸. Ailleurs, par surprise, on a vu la charge d'urbanisme imposant la construction d'un bâtiment requalifiée en marché public par le droit communautaire⁵⁹. Dans d'autres cas, le recours au marché est bien plus net : au lieu de prescrire aux entreprises des plafonds individuels de rejets de CO₂, l'Etat va fixer la quantité maximale des émissions que peuvent commettre les entreprises de tout un secteur et les laisser ensuite se procurer les quotas dont elles ont besoin en créant un marché. Curieusement, alors que la mise aux enchères des quotas

⁵³ Michel HERBIET et Eric HANNAY, « Statut-Contrat : deux points de vue sur une même réalité ou Le recours à l'engagement contractuel dans la fonction publique belge », *A.P.T.*, 2005, pp. 178 et s. et l'excellente réplique d'Eric GILLET, « L'empire éclaté de la fonction publique », *ibid.*, p.p. 190 à 193.

⁵⁴ G. MARCOU, o.c., p. 397 ; Anne FEYT et M. MARESCHAL, « Les fonctions de management », *A.P.T.*, 2005, pp. 270 et s.

⁵⁵ Pierre-Olivier de BROUX, « De Camu à Copernic : l'évolution de la fonction publique en Belgique », *A.P.T.*, 2005, pp. 158 et s., sp. p. 171. La mise en œuvre de cette réforme *Copernic* a connu toute une série de péripéties et est aujourd'hui réorientée (à ce sujet, Ph. QUERTAINMONT, « La réforme Copernic et le malaise de la fonction publique : le capitaine Fracasse suivi d'une saison en enfer », *A.P.T.*, 2005, p. 370).

⁵⁶ A l'école, dans un marché scolaire où la compétition a lieu entre des réseaux qui sont pourtant tous financés par la Communauté française, l'élève et l'étudiant sont des clients consommateurs que l'on informe dans des salons et qui pourront bientôt se demander comment il est encore licite d'échouer. L'échec ne sera-t-il pas bientôt le signe évident du dysfonctionnement du service public, sa double faute même puisque, après les avoir induits en erreur en acceptant leur inscription, il refuse de les diplômer ? C.E., 20 septembre 2007, COLLOT, 174.742 : « Considérant qu'en règle générale, tout étudiant qui entame des études supérieures ou universitaires s'expose à l'éventualité d'un échec et aux inconvénients qui y sont liés, encore que l'échec n'est évidemment jamais souhaité et rarement envisagé ; que l'échec universitaire n'est d'ailleurs, en fait, malheureusement pas "exceptionnel" ».

⁵⁷ On songe bien entendu au droit de la concurrence mais il y a aussi celui de la régulation car la libéralisation appelle la fonction de régulation définie comme la gestion de la liberté d'accès. Privatisation et libéralisation ne vont pas nécessairement de pair pour au moins deux raisons : d'une part, après la disparition du monopole, la libéralisation n'exige pas que l'Etat se défasse des services dont il a la propriété ; d'autre part, l'Etat a parfois dû se faire lui-même le promoteur d'un marché qui n'existait pas lors de la privatisation de certains services publics. Cette création de marché s'accompagne alors souvent de coûts de transaction élevés. Songeons au nombre d'entités juridiques qu'il a fallu créer pour libérer bien imparfaitement le marché de l'électricité (Laura AMMANNATI, o.c.).

⁵⁸ N. THIRION, o.c.

⁵⁹ C.J.C.E., 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi et a., C-399/98.

de CO² était la meilleure manière de lancer le marché ⁶⁰, l'Europe a soudain eu peur du libéralisme et préféré confier aux Etats le soin de distribuer les quotas aux entreprises. Le marché ne naît alors qu'après la distribution, quand commencent les premiers échanges et s'ils ont lieu. Ainsi, aux règles simples du marché, l'Union a préféré les risques si souvent dénoncés d'atteinte à la concurrence et les inefficiences liées aux bonnes vieilles méthodes d'allocation publique ! Dans le domaine de l'environnement, l'action unilatérale continue toutefois de jouir d'un grand crédit, même à l'échelon communautaire ⁶¹. Pourtant l'information et la participation ⁶² s'y développent de manière hypertrophique comme mode de compromis entre l'injonction de l'administration, le consentement non nécessaire mais souhaité de l'administré-sujet et celui de l'opinion publique.

VI.- L'Hiver Paradoxe et aveuglement

Avec le Traité constitutionnel, l'Europe était sur le point de franchir une étape décisive de simplification du processus de décision, d'extension du principe majoritaire et du contrôle juridictionnel. Les sociaux démocrates pourraient peser davantage sur ce vaste marché, les libertariens devraient désormais négocier le libre échange de manière plus serrée... Le retour de l'ancien Etat fut le plus fort et singulièrement poussé à gauche ⁶³, au nom d'un nationalisme dont la puissance est pourtant désormais compromise à moins d'une régression des relations internationales à laquelle personne ne songe sérieusement. Les Belges ont compris depuis longtemps qu'une voix au directoire de la Banque européenne avait bien plus de sens qu'une souveraineté factice de leur Banque nationale...

La « Constitution pour l'Europe » mettait mieux en rapport la décision publique et la taille du marché. Les imperfections du Traité l'emportèrent sur ce progrès considérable. Un référendum populaire l'acheva. La marche vers une souveraineté européenne était plus visible que lors des précédentes révisions du Traité de Rome. Le mot constitution avait été lâché, et par une Convention, c'était trop clair. Toute tentative de réintroduction d'une souveraineté presque étatique dans un espace international doit-elle donc se dissimuler pour avoir une chance de se réaliser, pour que les moutons ne prennent pas le berger pour un loup ?

Cette réaction était sans doute causée par l'exercice que l'Union avait fait de son pouvoir et la présentation qu'en avaient donnée les Etats à leurs ressortissants. L'Europe avait indisposé par la volonté de libéraliser certaines formes de services et par la géopolitique de l'élargissement non soumise à l'assentiment populaire. C'est sans aucun doute une bonne illustration d'une proposition de M. NOREL qui observe que l'utilité des dirigeants est assimilée à une certaine mesure de l'efficacité économique de l'Etat ⁶⁴. Si l'Etat n'est plus

⁶⁰ Michel PAQUES, « La directive 2003/87/CE et le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 249 à 282

⁶¹ Michel PAQUES, « De l'autorisation administrative », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 637 et s., sp. p. 657.

⁶² Michel DELNOY, *La participation du public en droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Bruxelles, Larcier, 2007, 937 pp.

⁶³ Voy. l'intéressant ouvrage de Jean-Pierre CHEVENEMENT, *La faute de M. Monet*, Paris, Fayard, 2006.

⁶⁴ Philippe NOREL, « Etat et marché : éléments pour l'histoire d'une synergie », in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation, o.c.*, pp. 209 et s., sp. p. 238.

efficace, s'il est débordé par l'Europe, l'utilité des dirigeants nationaux est mise en cause. Au lieu de reconnaître l'intérêt d'une gouvernance à un échelon qu'ils maîtrisent moins, ceux-ci préfèrent devenir souverainistes.

VII.- Le printemps ou la fin de l'histoire ? La quête du sens et la question de l'universalisme

La mondialisation « n'est pensée en tant que telle par personne »⁶⁵. La société n'a pas de finalité, le capitalisme et le marché n'ont pas de but. L'Etat non plus, sans doute, mais un gouvernement peut avoir un programme.

La création d'une capacité mondiale de contrôler le marché dépend de convergences entre Etats souverains. Elle ne va pas de soi. Les doctrines des dirigeants du monde n'ont plus du tout la même cohésion qu'en 1815 ou 1919⁶⁶. Même les Etats du *welfare* et des droits de l'homme peinent à maintenir la cohésion sociale dans leur ordre interne. Lorsque le fond culturel est trop réduit, les reconstructions d'aspirations communes trop lentes, le peuple tend à se fractionner, les appels à l'indépendance sont le prélude à des constructions plus petites de souverainetés plus cohérentes mais sans doute moins généreuses. On se demande aujourd'hui si les droits de l'homme sont relatifs ou communautaires⁶⁷. Même dans l'ordre interne, la cohésion ou la réduction de différences hétérogènes est devenue un projet. Les Belges le savent plus que d'autres.

Pourtant, des instruments de cohésion européenne sont à portée de main. L'ambition légitime est là de regagner un lieu où le pouvoir puisse s'exercer à la mesure du marché. Un lieu où l'on puisse au moins délibérer du sens qu'un contrôle doit prendre. Un nouveau traité communautaire est en cours de ratification ; il est imparfait, bien sûr, mais, dans le marché intérieur, beaucoup de politiques correctrices peuvent se développer⁶⁸. Là est l'essentiel : les idéologies pourront s'exprimer et peser dans un cadre enfin opérationnel. Ce Traité de Lisbonne jette un rayon de soleil sur l'avenir de la construction européenne à laquelle nous devons la prospérité la plus grande et la paix intérieure la plus longue de l'Histoire.

⁶⁵ Marc JACQUEMAIN, *o.c.*, p. 284.

⁶⁶ H. KISSINGER, *o.c.*

⁶⁷ A ce sujet, Ph. GERARD, *L'esprit des droits, Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, pp. 143 et s.

⁶⁸ Article 3 en projet : « 3. L'Union établit un marché intérieur. Elle 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, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant. Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les Etats membres. Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen ». Pour un bref commentaire, Valéry GISCARD d'ESTAING, « La boîte à outils du Traité de Lisbonne », *Le Monde*, 27 octobre 2007.