



HAL
open science

Dépasser le discours sur la circulation : dialogue entre une économiste et un juriste à propos de deux avis (2/15 et 3/15) de la Cour de justice (UE)

Jean-Sylvestre Bergé

► To cite this version:

Jean-Sylvestre Bergé. Dépasser le discours sur la circulation : dialogue entre une économiste et un juriste à propos de deux avis (2/15 et 3/15) de la Cour de justice (UE). A. Boujeka, Th. Habu Groud et L. Zevounou. Les Libertés de circulation au-delà de l'économie, Editions mare & martin, pp.213-232, 2019. <hal-02327955>

HAL Id: hal-02327955

<https://hal.science/hal-02327955v1>

Submitted on 25 Feb 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Contribution :

Dépasser le discours sur la circulation : dialogue entre une économiste et un juriste à propos de deux avis (3/15 et 2/15) de la Cour de justice de l'UE¹

par Jean-Sylvestre Bergé² et Sophie Harnay³

Introduction

1. La mise en opposition des libertés de circulation de l'Union européenne, d'une part, et de l'économie, d'autre part, qui nous a été aimablement proposée comme thème général d'intervention traduit l'idée d'un dépassement de l'un par l'autre : les libertés de circulation s'affranchiraient du cadre essentiellement économique qui aurait été le leur à l'origine de la construction européenne. Dans cette recherche sur le dépassement, le discours des acteurs du droit de l'Union européenne occupe une place déterminante. C'est dans ces conditions que nous nous sommes proposé, comme juriste et comme économiste, d'examiner comment le discours sur la circulation dans le contexte de l'UE pouvait être dépassé, c'est-à-dire déconstruit.

2. Pour mener à bien cette entreprise, nous avons fait le choix de ne retenir qu'un seul acteur mais non des moindres - la Cour de justice de l'UE - et deux de ses avis récents⁴. Ces derniers portent respectivement sur la compétence exclusive de l'UE pour conclure le traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées de 2013 (avis 3/15) et sur la compétence exclusive et partagée de l'UE pour conclure l'accord de libre-échange avec la République de Singapour (avis 2/15).

Ces deux avis mettent en vis-à-vis deux actions distinctes : la politique commerciale commune (appelée ci-après, politiques commerciales) et la protection de la propriété intellectuelle (appelée ci-après, propriété intellectuelle). Pour distinguer le régime juridique de l'une et de l'autre sur le terrain des compétences externes de l'UE, le juge européen va consacrer une partie non négligeable de son discours à la circulation.

3. C'est cet élément de discours que nous voudrions discuter en faisant dialoguer les approches économiques et juridiques. Une analyse progressive en trois temps est proposée :

- le clivage au sein des disciplines économiques et juridiques des matières qui traitent respectivement de la politique commerciale et de la propriété intellectuelle (I) ;
- le brouillage du discours de la Cour de justice qui s'efforce de distinguer les deux domaines par une référence appuyée à la circulation (II) ;
- la nécessité de dépasser ce type de discours par un renouvellement des approches en sciences économiques et juridiques (III).

¹ Le style oral de cette communication a été conservé et l'appareil scientifique réduit en conséquence.

² Professeur à l'Université Nice - Côte d'Azur, CNRS, GREDEG, Membre de l'Institut universitaire de France.

³ Professeure à l'Université de Paris Nanterre, CNRS, Economix.

⁴ Avis 3/15, CJUE, sugde ch., 14 févr. 2017 et avis 2/15, CJUE, ass. plén., 16 mai 2017.

I. Le clivage des disciplines

4. L'économiste prend la parole le premier (A) et le juriste lui emboîte le pas (B).

A. Les analyses économiques des politiques commerciales et du droit de la propriété intellectuelle

5. Les analyses économiques des politiques commerciales et de la propriété intellectuelle se sont développées séparément et constituent deux domaines bien distincts dans le champ de la science économique. Sans qu'ils ne la mobilisent directement ni ne la conceptualisent rigoureusement, ces deux sous-champs semblent à première vue recourir à l'idée de « circulation » uniquement de façon imprécise et le plus souvent implicite. De ce fait, si l'idée de « circulation » paraît toujours sous-jacente dans les travaux économiques en matière de politiques commerciales et de propriété intellectuelle, le terme de « circulation » n'y fait l'objet ni d'une définition ni d'une analyse explicites. Il n'est ainsi pas certain que les « circulations » considérées soient du même type dans les deux cas.

6. D'une part, l'analyse économique étudie les politiques commerciales, et notamment la politique commerciale commune, essentiellement à travers le prisme des analyses économiques du commerce international, pour lesquelles la circulation des marchandises constitue évidemment une question de recherche centrale. Pour autant, le phénomène de circulation des marchandises en tant que tel occupe dans ce corpus analytique une place bien moindre que celle dévolue à l'idée du libre-échange, dont il s'agit notamment de comprendre les effets. Il est évidemment impossible, dans le cadre de cette contribution, de restituer de façon exhaustive l'ampleur et la richesse des travaux économiques sur cette question. Dans ce qui suit, on se contente donc, plus modestement, d'en souligner quelques apports majeurs, en insistant sur quelques grandes théories structurantes dans le champ de l'analyse économique des politiques commerciales.

7. D'un côté, au plan théorique, l'analyse économique insiste largement sur les gains du commerce associés à des politiques commerciales privilégiant le libre-échange et l'ouverture des économies. Le modèle de base de cette famille intellectuelle, bien connu, est le modèle des avantages comparatifs de Ricardo⁵. Dans ce cadre analytique, l'échange de marchandises s'explique fondamentalement par les niveaux des coûts de production dans les pays qui sont parties à l'échange. En utilisant le célèbre exemple du Portugal et de l'Angleterre, Ricardo démontre ainsi que deux économies initialement en autarcie, et produisant uniquement deux biens (par exemple, le vin et le drap) à partir d'un seul facteur de production (par exemple, le travail), ont chacune intérêt à se spécialiser dans la production du bien pour lequel elles détiennent l'avantage comparatif le plus élevé ou le désavantage comparatif le plus faible *et* à échanger. Les deux pays disposent alors de plus de biens en économie ouverte, lorsqu'elles échangent, qu'en autarcie, et réalisent de ce fait un gain à l'échange résultant de l'ouverture des frontières. De nombreuses analyses ultérieures, parfois qualifiées de « néo-ricardiennes » développent et approfondissent ce raisonnement. Ainsi, le modèle HOS⁶ (pour les auteurs

⁵ D. Ricardo, Chapitre VII des *Principes de l'économie politique et de l'impôt*, 1817.

⁶ E. Heckscher, "The effect of foreign trade on the distribution of income", *Ekonomisk Tidskrift*, 1919 (traduit en anglais, chapitre 13, American Economic Association, Readings in the Theory of International Trade, Philadelphia: Blakiston, 1949, 272–300); B. Ohlin, *Interregional and International Trade*, Cambridge, Harvard University Press, 1933 ; P. Samuelson, "International trade and equalization of factor prices", *Economic Journal*, 58, 1948; P. Samuelson, "International factor price equalization once again", *Economic Journal*, 59, 1949.

Heckscher, Ohlin et Samuelson) explique la composition du commerce international par l'abondance relative du facteur de production à l'origine de l'avantage comparatif. Dans cette perspective, les pays ont intérêt à se spécialiser dans la production des biens pour lesquels ils possèdent un avantage en termes de facteurs, c'est-à-dire dans le produit intensif dans le facteur abondant relativement, qu'ils pourront ainsi exporter, tandis qu'ils gagneront à importer le produit intensif en facteur rare dans le pays. Le théorème de Heckscher et Ohlin établit ainsi précisément que chaque pays se spécialise dans la production et l'exportation du bien utilisant de manière intensive le facteur dont il est bien doté. De façon intéressante au regard de la thématique de la circulation, on peut remarquer que, pour ces analyses, les échanges de produits sont équivalents à des échanges de facteurs de production. La circulation des marchandises y est donc considérée comme un équivalent fonctionnel de la circulation des facteurs de production, supposés fixes par les hypothèses du modèle. Par ailleurs, la même analyse ricardienne des avantages comparatifs est également approfondie dans le cadre des approches néo-factorielles du commerce international. Ce dernier est alors expliqué par les écarts internationaux de technologies. De façon plus récente, le commerce intra-branche de produits similaires entre pays, à l'origine d'échanges commerciaux non ou mal expliqués par les analyses ricardiennes traditionnelles, est étudié par une autre famille d'analyses, souvent regroupées sous l'appellation de « nouvelles théories du commerce international ». Il s'agit alors d'expliquer la circulation entre pays de marchandises dites similaires, que les avantages comparatifs entre pays ne suffisent pas à expliquer. Plusieurs arguments sont dans ce cadre avancés pour expliquer ces formes d'échanges. Empruntant largement aux travaux et concepts de l'économie industrielle, la spécialisation est alors expliquée non plus par l'existence d'avantages comparatifs, mais par les rendements d'échelle croissants associés à des niveaux de production élevés ou la différenciation des produits. Enfin, une autre série de travaux économiques fondés sur l'analyse de la décomposition des produits permet de rendre compte du développement, dans les décennies récentes, d'un important commerce intra-firme associé aux firmes multinationales et à l'allongement des chaînes de valeur globales. D'autres travaux se consacrent par ailleurs à l'étude des accords commerciaux régionaux et, plus particulièrement, aux effets de création et de détournement de commerce qu'ils induisent.

8. D'un autre côté, et à rebours des analyses économiques précédentes, globalement favorables au libre-échange et à la circulation des produits, certains travaux économiques cherchent à justifier la mise en place de politiques commerciales protectionnistes et de restrictions à la libre circulation des marchandises – au moins de façon temporaire. Les arguments mobilisés à l'appui de ces analyses sont, là aussi, multiples. Sans qu'il soit possible de rendre compte dans le détail de leur diversité, on peut noter qu'ils font appel à des justifications variées : les restrictions à l'entrée des produits sur un territoire peuvent par exemple être motivées par un objectif d'équilibre de la balance commerciale, le souci de préserver l'indépendance nationale – requérant alors que la production de certains biens conserve un caractère national, un motif fiscal – les mesures protectionnistes à l'encontre des productions étrangères pouvant dans certains cas de figure prendre la forme de taxes spécifiques, ou encore la recherche d'externalités positives associées au bien protégé, lorsque le protectionnisme, alors qualifié d'« éducateur », doit permettre aux entreprises nationales de se développer et d'atteindre un niveau suffisant pour garantir ensuite leur compétitivité sur le marché domestique et les marchés internationaux. Les restrictions au libre-échange peuvent par ailleurs également être justifiées par un argument de défense de l'emploi national, selon une logique keynésienne, ou prendre la forme de politiques commerciales stratégiques, destinées à l'obtention d'un avantage comparatif à travers l'octroi de subventions ou d'autres mesures de protection du marché intérieur. Elles peuvent enfin s'expliquer par les comportements de rente des producteurs locaux sur le marché politique national.

9. Les analyses économiques des politiques commerciales ne se cantonnent en outre pas à l'étude des justifications respectives du libre-échange et du protectionnisme. Elles s'accompagnent d'une étude détaillée des effets des outils des politiques commerciales sur le bien-être des agents économiques et de leur efficacité économique. Une partie importante de la littérature économique est ainsi dédiée à l'étude des effets comparés des barrières tarifaires et non tarifaires à la circulation des marchandises.

De surcroît, les travaux économiques sur les politiques commerciales ne se limitent pas à une approche uniquement théorique, mais adoptent aussi une démarche empirique, et cela de plus en plus dans les années récentes.

10. D'autre part, à côté des analyses économiques du commerce international dédiées à l'étude de la circulation des marchandises, l'analyse économique de la propriété intellectuelle s'intéresse quant à elle à la circulation et à la protection des idées et de l'information. Si la question de la circulation apparaît centrale dans les deux analyses, elle y est cependant posée dans des termes très différents : alors que les théories économiques de l'échange international justifient en large part, on l'a vu, la circulation des marchandises par ses effets positifs sur le bien-être global, l'analyse économique de la propriété intellectuelle s'intéresse non seulement à la circulation des œuvres et à ses effets, mais aussi à la régulation de cette circulation, dans les deux cas à des fins d'efficacité économique. L'écart dans la nature et le fond des questions traitées par les analyses économiques des politiques commerciales et de la propriété intellectuelle fait ainsi qu'elles ne présentent, en substance, que peu d'intersections ou de problématiques communes. Comme on l'a fait précédemment pour les grandes théories du commerce international, on se limitera ici, sans prétention d'exhaustivité, à tenter de restituer quelques grands éléments fondamentaux de l'analyse économique de la propriété intellectuelle.

11. Il convient tout d'abord de rappeler que, d'un point de vue économique, le droit de la propriété intellectuelle repose sur un compromis entre usage et incitation. La propriété intellectuelle protège en effet avant tout des biens informationnels. Or, depuis les travaux d'Arrow (1962)⁷, il est bien connu que l'information constitue un bien collectif pur. Premièrement, elle est non-excluable (ou non-exclusive), en ce sens qu'il est impossible d'exclure un consommateur de son utilisation, y compris lorsqu'il ne contribue pas à son financement. Cette propriété de non-excluabilité engendre un risque élevé d'adoption de comportements de passager clandestin par les utilisateurs. Elle est aussi, de ce fait, à l'origine d'un manque d'incitation des producteurs à produire le bien informationnel, dès lors qu'ils anticipent qu'ils ne seront pas compensés de leur effort de production. Deuxièmement, l'information constitue un bien non-rival : la consommation du bien par un individu ne diminue pas la quantité restante disponible de ce même bien pour les autres utilisateurs. Le coût marginal pour le producteur de servir un consommateur supplémentaire étant donc nul, il s'ensuit que demander au dernier utilisateur d'acquitter un prix positif pour sa consommation risque de dissuader ce consommateur de consommer, alors même que sa consommation se serait effectuée à coût nul. Il en résulte un rationnement de la consommation, se traduisant par une situation inefficace socialement et la non-maximisation du bien-être collectif.

Au regard des caractéristiques de bien collectif des biens protégés par la propriété intellectuelle et de la situation économiquement inefficace pouvant en résulter, l'analyse économique se concentre sur le rôle du droit de la propriété intellectuelle dans la réalisation de l'arbitrage optimal entre diffusion et protection de l'information. Deux objectifs contradictoires de la propriété intellectuelle sont alors mis en avant. Premièrement, la propriété intellectuelle a

⁷ K. Arrow, « Economic welfare and the allocation of resources for inventions », in Nelson (ed.), *The rate and direction of economic activity: economic and social factors*, Princeton University Press, Princeton, 1962.

vocation à encourager la création et l'innovation. La détention d'un droit de propriété exclusif par un agent, pour une période donnée, s'interprète en effet comme une incitation à la production par lui d'information, puisque ce droit le rémunère de l'effort d'innovation qu'il consent. Cependant, l'octroi d'un droit exclusif à cet agent engendre dans le même temps une situation de monopole. Or, à l'instar de tout monopole, cette dernière est créatrice d'une perte sociale sèche, et donc d'inefficacité sociale. La propriété intellectuelle a donc comme second objectif de réduire cette inefficacité sociale. En termes économiques, sa double fonction s'analyse ainsi comme un arbitrage entre ses effets incitatifs attendus en termes d'innovation, induisant des retombées positives sur l'ensemble de la société, et ses effets négatifs, liés à la situation de monopole qu'elle engendre. Une partie considérable de la littérature économique en matière de propriété intellectuelle se propose dès lors de préciser les termes et conditions de cet arbitrage, ainsi que ses conséquences pour les individus et à l'échelon de la société.

12. Dans ce cadre analytique, l'aspect « circulation » de la connaissance ne constitue donc que l'un des termes de l'arbitrage à la base de la définition du droit de propriété intellectuel optimal. Il convient de noter, à cet égard que le terme de « circulation » n'apparaît pas de façon centrale dans le corpus de l'économie de la propriété intellectuelle, dans lequel le terme de « diffusion » de l'information tend plutôt à prédominer pour désigner un phénomène proche de la réalité de la « circulation » des œuvres. De la même façon, les théories économiques du commerce international ne mobilisent le terme de « circulation » que de façon ponctuelle, lui préférant le terme d'échange, se rapprochant là aussi du phénomène de circulation sans se confondre rigoureusement avec lui. Ainsi, si l'idée de circulation – des marchandises, des œuvres – est implicitement présente – voire centrale – dans les analyses économiques du commerce international et de la propriété intellectuelle, elle y est appréhendée à travers des termes et concepts proches, mais non strictement synonymes – l'échange, la diffusion – correspondant à des constructions théoriques et conceptuelles et des sous-champs de l'analyse économique très différents.

En définitive, il semble bien que la science économique développe deux analyses distinctes et sans guère d'intersections pour analyser les politiques commerciales et la propriété intellectuelle. Cette partition se retrouve, dans une certaine mesure, dans l'analyse juridique.

B. Les analyses juridiques des politiques commerciales et de la propriété intellectuelle

13. En droit, la distinction est assez nette entre les politiques commerciales qui relèvent notamment du droit international économique et la propriété intellectuelle qui relève notamment du droit international de la propriété intellectuelle.

14. En réalité, cette deuxième matière est apparue avant la première. Dès la fin du XIX^e siècle, deux grandes « Unions » ont été constituées par voie de traités à l'échelle internationale pour poser les bases d'une protection mondiale de la propriété intellectuelle : l'Union de Paris (1883) *pour la protection de la propriété industrielle* et l'Union de Berne (1886) *pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*. Ces traités sont d'ailleurs aujourd'hui administrés par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI, créée en 1967). Ces textes connaissent un succès considérable, puisque plus de 150 Etats de la planète les ont aujourd'hui adoptés. Ils forment ce que l'on pourrait appeler le socle de la protection internationale de la propriété intellectuelle sur lequel reposent de très nombreux traités multilatéraux plus récents qui, sans jamais les remettre directement en cause, ont cherché à niveler par le haut le dispositif

de protection existant⁸. L'analyse, la compréhension et la mise en cohérence de l'ensemble de ces instruments sont l'objet du droit international de propriété intellectuelle qui connaît un essor assez considérable compte tenu des nouvelles terres sans cesse gagnées par la matière.

15. Les politiques commerciales connaissent leur point contemporain d'ancrage à l'après-guerre avec les célèbres accords du GATT (1947). Elles sont donc plus récentes. Avec la prolifération des accords de ce type, la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et son Organe de règlement des différends (ORD) en 1994 et, bien sûr, le développement considérable du droit international des investissements, la matière du droit international économique a acquis incontestablement ses lettres de noblesse⁹.

16. Les deux matières connaissent un point majeur de rencontre avec la conclusion en 1994, en annexe du Traité sur l'OMC, du très fameux *Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC). Ce rapprochement ne sonne pas le glas de la matière « propriété intellectuelle » et son absorption par les « politiques commerciales ». Les décisions rendues par les panels d'experts de l'ORD montrent, en effet, que ce dernier n'entend pas se faire véritablement l'interprète du droit international de la propriété intellectuelle. Son analyse ne se veut pas, de ce point de vue, strictement juridique. À la différence d'une Cour de justice de l'Union européenne ou d'un juge national qui n'hésitent pas à redessiner les contours de la matière de la propriété intellectuelle, l'ORD s'attache à déterminer si les accords OMC ont été ou non respectés¹⁰. Il ne produit pas un véritable droit substantiel international de la propriété intellectuelle comme le ferait un juge national ou la juridiction européenne. Il produit un droit du libre-échange qui répond à des logiques qui lui propres.

En somme, la division entre les deux constructions du droit - droit international de propriété intellectuelle et droit international économique - demeure et rien ne permet de considérer qu'elle est amenée à être remise en cause dans un avenir proche ou plus lointain.

17. Au titre de ce découpage général, il faut noter que, comme en sciences économiques, la notion de « circulation » ou ses dérivés est globalement absente des présentations juridiques. Aucun point de clivage général n'est affiché entre les politiques commerciales et la propriété intellectuelle sur la base de ce vocabulaire. Aussi est-il intéressant de pousser plus avant l'analyse pour essayer d'examiner comment, au détour d'instruments plus précisément identifiés, le discours sur la circulation émerge et, on va le voir, se brouille.

II. Le brouillage du discours sur la circulation

18. Le juriste garde la main pour présenter les deux avis de la Cour de justice sous commentaire (A) et l'économiste réagit (B).

A. Analyse juridique des avis 2/15 et 3/15

19. Le découpage entre les deux matières « politiques commerciales » et « propriété intellectuelle » trouve dans les deux avis 3/15 et 2/15 de la Cour de justice un écho particulier

⁸ Pour une approche d'ensemble, voir avec la bibliographie citée : J.-S. Bergé, *La protection internationale et européenne de la propriété intellectuelle*, éditions Larcier, coll. Manuel, 2015.

⁹ Un ouvrage de type encyclopédique lui a été d'ailleurs récemment consacré : Th. Cottier, K. Nadakavukaren Schefer (eds), *Elgar Encyclopedia of International Economic Law*, Edward Elgar 2017.

¹⁰ V. pour un exemple significatif : affaire Chine – Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle, *ORD, Rapport du groupe spécial, 26 janv. 2009, États-Unis c/ Chine, WT/DS362*.

sur le terrain de « échanges » auquel nous nous référerons ici à travers le vocable générique de « circulation ». Les biens et les services circulent entre les territoires et tout un ensemble de règles juridiques accompagne, encourage, permet ces flux de circulation, de sorte qu'une corrélation devient potentiellement possible entre les phénomènes de circulation et les constructions juridiques.

Précisons d'emblée que les éléments de langage sous analyse ici autour de cette idée très générale de « circulation » ne sont pas les seuls utilisés par la Cour de justice. Bien d'autres développements qui ne sont pas spécifiques à la circulation ont été déployés dans les deux avis. Mais l'approche des deux blocs « politiques commerciales » et « propriété intellectuelle » en termes de circulation demeure particulièrement intéressante, c'est pourquoi nous nous y arrêtons.

20. Avant cela, il est important de comprendre, sur un terrain strictement juridique, quels sont le contexte et l'enjeu de la question présentée à la juridiction européenne dans ces deux procédures. La saisine de la Cour de justice pour avis sur la question de l'existence d'une compétence externe exclusive de l'UE pour conclure des accords internationaux s'inscrit dans un contexte éminemment européen. Dans ce type de procédure tout à fait particulier, c'est le cœur du système juridique de l'Union européenne qui est mobilisé. La définition des compétences de l'UE, y compris dans leur dimension externe, s'ordonne à l'évidence dans un contexte de dimension proprement européenne. Ce contexte européen obéit à une rhétorique solidement construite. La question des compétences externes exclusives pose de manière cruciale la difficulté de savoir si, sur un certain nombre de sujets, les États membres doivent totalement s'effacer sur la scène internationale pour permettre à l'UE de parler d'une seule voix ou si, au contraire, l'UE partage avec eux la possibilité de conclure des accords mixtes. Ces difficultés sont réglées par les traités qui ont fait l'objet au fil des années d'une jurisprudence abondante et ciselée de la Cour de justice, notamment au titre de la procédure de saisine pour avis (TFUE, art. 218 § 11).

21. Dans son avis 3/15, le juge européen déroule un raisonnement attendu sur ce qui constitue ou ne constitue pas, dans les traités européens, la base juridique de la compétence externe exclusive de l'UE pour conclure un traité. Préalablement, le juge européen présente le traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées de 2013 (*pts 8 à 12*). Il s'ensuit l'examen d'une première base juridique : l'article 3 § 1 TFUE en ce qu'il confère à l'UE une compétence externe exclusive pour les accords s'inscrivant au titre de la politique commerciale commune (*pts 60 à 101*). Pour écarter ce texte, la Cour de justice va s'attacher à démontrer que les finalités et le contenu du traité de Marrakech sont étrangers à cette politique (TFUE, art. 207). Les arguments avancés par la Cour de justice sont nombreux. Comme indiqué précédemment, nous n'envisagerons ici que ceux développés à propos de la circulation.

22. La Cour commence par rappeler sa jurisprudence selon laquelle :

« la seule circonstance qu'un acte de l'Union est susceptible d'avoir certaines implications sur les échanges internationaux ne suffit pas pour conclure que cet acte doit être rangé dans la catégorie de ceux qui relèvent de la politique commerciale commune. En revanche, un acte de l'Union relève de cette politique s'il porte spécifiquement sur les échanges internationaux en ce qu'il est essentiellement destiné à promouvoir, à faciliter ou à régir ces échanges et a des effets directs et immédiats sur ceux-ci » (*pt 61*).

Elle poursuit son analyse en examinant les finalités du traité de Marrakech qu'elle résume de la manière suivante :

« le traité de Marrakech a essentiellement pour finalité d'améliorer la condition des personnes bénéficiaires en facilitant, par divers moyens, au nombre desquels une circulation facilitée des exemplaires en format accessible, l'accès de ces personnes aux œuvres publiées » (pt 70).

S'agissant du contenu du traité, elle considère, enfin :

« non seulement que les échanges transfrontaliers promus par le traité de Marrakech sortent du cadre usuel des échanges commerciaux internationaux, mais également que les échanges internationaux d'exemplaires en format accessible qui seraient menés à des fins commerciales par des opérateurs ordinaires, ou simplement en dehors du cadre des exceptions ou des limitations en faveur des personnes bénéficiaires, ne sont pas inclus dans le régime spécifique institué par ce traité » (pt 97).

23. La Cour de justice examine ensuite une seconde base juridique - l'article 3 § 2 TFUE - qu'elle considère comme étant de nature à asseoir une compétence externe exclusive de l'UE (pts 102 à 130). Elle rappelle qu'en application de cette disposition, l'Union dispose d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée. Elle fait état également de sa jurisprudence selon laquelle il existe un risque de porter atteinte à des règles communes de l'Union par des engagements internationaux pris par les États membres ou d'altérer la portée de ces règles, propre à justifier une compétence externe exclusive de celle-ci, lorsque ces engagements relèvent du domaine d'application desdites règles. Passant à l'examen du traité de Marrakech, elle conclut que « l'ensemble des obligations prévues par le traité de Marrakech relèvent d'un domaine déjà couvert en grande partie par des règles communes de l'Union et que la conclusion de ce traité est susceptible d'affecter ces règles ou d'en altérer la portée » (pt 129).

24. L'avis 2/15, qui est d'une importance considérable dans la perspective plus large des accords de libre-échange que l'UE et les États membres pourraient être amenés à négocier ou renégocier consacre quelques développements au droit de la propriété intellectuelle. La question posée était en substance de savoir si les engagements relatifs à la propriété intellectuelle contenus dans le traité de libre-échange en l'UE et Singapour relèvent de la compétence exclusive de l'UE ou si cette compétence doit être partagée avec les États membres (pts 111 à 130). Sans grande surprise, la Cour de justice considère que les dispositions en cause ont pour objet essentiel de faciliter et de régir les échanges commerciaux entre l'Union et la République de Singapour, et qu'elles sont de nature à avoir des effets directs et immédiats sur ceux-ci de sorte qu'elles relèvent de la compétence exclusive de l'Union (TFUE, art. 3, § 1, sous e)).

25. Pour asseoir cette solution, la Cour de justice considère que :

« les dispositions relatives aux droits d'auteur et aux droits voisins, aux marques, aux indications géographiques, aux dessins ou modèles, aux brevets, aux données d'essai et aux variétés végétales, constituées d'un rappel des obligations internationales multilatérales existantes, d'une part, et d'engagements bilatéraux, d'autre part, a pour objet essentiel, conformément à ce qu'énonce l'article 11.1, paragraphe 1, sous b), de cet accord, d'assurer aux entrepreneurs de l'Union et singapouriens « un niveau approprié » de protection de leurs droits de propriété intellectuelle » (pt 121).

Elle précise encore que :

« les dispositions susvisées du chapitre 11 de l'accord envisagé permettent aux entrepreneurs de l'Union et singapouriens de bénéficier, sur le territoire de l'autre partie, de standards de protection des droits de propriété intellectuelle présentant une certaine

homogénéité et contribuent ainsi à leur participation sur un pied d'égalité au libre-échange de marchandises et de services entre l'Union et la République de Singapour » (pt 122) et que ledit chapitre ne « s'inscrit nullement dans le cadre de l'harmonisation des législations des États membres de l'Union, mais a pour objet de régir la libéralisation des échanges entre l'Union et la République de Singapour » (pt 126).

Enfin elle conclut que :

« au regard de la place essentielle (...) qu'occupe la protection des droits de propriété intellectuelle dans les échanges de marchandises et de services en général et dans la lutte contre le commerce illicite en particulier, les dispositions du chapitre 11 de l'accord envisagé sont de nature à avoir des effets directs et immédiats sur les échanges commerciaux entre l'Union et la République de Singapour » (pt 127).

26. Que penser de ces deux avis 3/15 et 2/15, s'agissant spécifiquement du discours retenu par la Cour de justice sur la circulation ?

Il y aurait d'un côté le traité de Marrakech 1° qui ne porte « pas spécifiquement sur les échanges internationaux », 2° qui sort « du cadre usuel des échanges commerciaux internationaux », même si, dans un même temps, 3° il se donne notamment pour objectif de permettre « une circulation facilitée des exemplaires » protégés par un droit de propriété intellectuelle.

Il y aurait de l'autre le traité de libre-échange avec Singapour qui, même s'il contient 1° un « ensemble de dispositions » destiné à assurer « un niveau approprié de protection de leurs droits de propriété intellectuelle », 2° des « standards de protection des droits de propriété intellectuelle », 3° ne s'inscrit nullement « dans le cadre de l'harmonisation des législations » mais a pour objet 4° « de régir la libéralisation des échanges », étant même précisé que 5° dès lors que le droit de propriété intellectuelle occupe une place déterminante dans les échanges internationaux, les dispositions qui lui sont consacrées dans un traité de type libre-échange « sont de nature à avoir des effets directs et immédiats sur les échanges commerciaux ».

27. Tout cela ne tient pas.

La Cour de justice a beau jeu d'affirmer dans l'avis 3/15 que « les échanges internationaux », y compris ceux « qui seraient menés à des fins commerciales » ne sont pas inclus dans le régime spécifique institué par ce traité, elle peine à convaincre. En effet, le traité de Marrakech consacre notamment un article 5 à « l'échange transfrontière d'exemplaires en format accessible », un article 6 à « l'importation d'exemplaires en format accessible » et un article 9 à « la coopération visant à faciliter les échanges transfrontières ». Même si l'objet du traité de Marrakech est hautement spécialisé, il est difficile de dire qu'il ne contient pas de dispositions totalement innovantes sur la circulation transfrontière entre les Etats parties des supports d'œuvres protégées par un droit d'auteur à destination d'un public ciblé (aveugles, déficients visuels et personnes ayant d'autres difficultés de lecture).

Quant à l'avis 2/15, la Cour de justice se contredit purement et simplement. D'un côté, il est expliqué que le traité de libre-échange avec Singapour « n'harmonise pas les droits de propriété intellectuelle » et de l'autre il est dit qu'il définit un « niveau approprié » ou un « standard homogène » de protection de la propriété intellectuelle dans cet espace de libre-échange UE-Singapour. Il suffit au demeurant de prendre connaissance du chapitre 10 de l'accord pour observer que bon nombre de dispositions ont une dimension substantielle, c'est-à-dire portent sur la matière même de la propriété intellectuelle. Pour ne prendre qu'un exemple : des durées de protection des droits de propriété intellectuelle sont définies dans l'accord de libre-échange qui vont au-delà des dispositions minimales prévues par les traités fondateurs (Paris et Berne, préc.) en la matière. Il y a donc bien une volonté pour les auteurs de l'accord de libre-échange de régir la matière du droit de la propriété intellectuelle comme le

fait, dans un domaine précis en l'occurrence, le traité de Marrakech. Dire que ces dispositions ont des effets « directs et immédiats sur les échanges commerciaux » n'enlève rien à leur nature et leur objet.

En définitive, la Cour de justice s'aventure sur un terrain argumentatif autour de la circulation qui est insuffisamment élaboré et construit. S'il fallait réanalyser l'ensemble des actions européennes en matière de politiques commerciales et de propriété intellectuelle, il serait alors facile de montrer que la circulation, loin d'être un point de clivage entre les deux domaines d'action, les fédère tous les deux. S'agissant des politiques commerciales, il va de soi que c'est l'ensemble des règles interétatiques sur le libre-échange qui est mobilisé. En ce qui concerne la propriété intellectuelle, les compétences externes de l'UE pour conclure des accords internationaux du type du traité de Marrakech sont dérivées des compétences internes de l'UE pour rapprocher les législations des Etats membres en la matière (art. 114 TFUE). Or, comme chacun sait, cette politique de rapprochement est justifiée par la réalisation d'un marché intérieur, c'est-à-dire la mise en œuvre des grandes libertés de circulation. On voit donc que loin de cliver les actions en présence, la circulation est commune à l'ensemble de ces dispositifs « politiques commerciales » et « propriété intellectuelle ».

B. Analyse économique des avis 2/15 et 3/15

28. Dans le même sens, il semble difficile de trouver dans l'analyse économique des arguments justifiant le clivage opéré par la Cour de Justice entre les deux champs des politiques commerciales et de la propriété intellectuelle. Si les travaux économiques traitant de ces deux champs reposent sur des arguments bien distincts, ainsi qu'on l'a rappelé dans la première partie, il semble pour autant impossible de justifier le clivage établi par la Cour de Justice entre les deux champs sur la base d'un argument uniquement économique.

Les deux familles d'analyses économiques correspondant respectivement aux domaines des politiques commerciales et de la propriété intellectuelle partagent en effet une hypothèse commune et fondamentale en science économique, qui est celle d'un lien étroit entre échange et création de richesse. A ce titre, et tout en n'utilisant pas – ou pas de façon centrale – la notion de circulation, ou en n'en adoptant pas la même définition, elles partagent pour autant une vision commune des effets des phénomènes – échange, diffusion – se rapprochant au plus près, dans leur domaine, du phénomène de circulation. Dans les deux cas (politiques commerciales, propriété intellectuelle), la « circulation » est en effet vue comme favorable à la création de richesse dans l'économie – au moins dans certaines limites pour la propriété intellectuelle. On a donc là une vision partagée – et positive – d'une circulation instrumentale, au service de la création de richesse pour la société, et devant à ce titre être facilitée et encouragée. Cette vision partagée vient donc obérer le clivage opéré par la Cour de Justice entre politiques commerciales et propriété intellectuelle.

29. L'analyse économique suggère plusieurs arguments en ce sens.

D'une part, selon les analyses du commerce international, le libre-échange, ou la libre circulation des biens, permet la création de richesse et l'enrichissement de tous. On a vu ainsi que, selon les analyses ricardiennes et néo-ricardiennes, la spécialisation des pays en fonction de leurs avantages comparatifs permet de produire plus à l'échelle globale, et se trouve par suite à l'origine d'un enrichissement collectif, en comparaison de la situation où l'échange international n'est pas possible et où chaque nation doit produire l'ensemble des produits qu'elle souhaite consommer. A l'échelle globale, la libre circulation des biens et services permet donc de consommer plus des biens et services qu'on a pu produire en quantités plus importantes. Il convient de noter ici que, dans ces analyses, c'est bien le principe de la libre

circulation en tant que tel qui importe, et non pas la nature ou les caractéristiques des marchandises échangées. Il ne s'agit en particulier pas de définir un type de circulation particulier en lien avec un type de marchandises, à l'inverse du raisonnement opéré par la Cour de Justice. Au contraire, l'analyse économique de l'échange international – ou de la circulation des marchandises – est développée d'une façon théorique et à un niveau de généralité tel qu'il permet son application à la circulation de biens de nature extrêmement différente.

D'autre part, l'économie néo-institutionnaliste a souligné le caractère consubstantiel du droit de propriété au bon fonctionnement du marché et de l'échange ou de la transaction de marché, et donc à la création de richesse dans l'économie. Pour cette branche de l'économie, les échanges de marché ne s'effectuent pas dans un vide institutionnel, ainsi que les économistes néoclassiques l'ont longtemps considéré, mais grâce à des institutions qui rendent possibles les échanges. Parmi ces institutions, définies comme des « règles du jeu » par North¹¹, le droit de propriété occupe une place centrale. En effet, depuis les travaux de Coase, on sait que l'échange de marché peut être coûteux en raison de l'existence des coûts de transaction associés¹². Le niveau de ces derniers tient notamment à la difficulté pour les parties à l'échange de s'informer, entre autres exemples, sur l'identité et la qualité des partenaires de l'échange, aux coûts de négociation des termes et conditions de la transaction, ou encore à la nécessité de mettre en place certaines garanties garantissant l'effectivité de l'échange *ex post*. Dans ce cadre, l'économie néo-institutionnaliste souligne l'importance de droits de propriété clairement définis et constituant un moyen de réduire les coûts de transaction liés à l'échange de marché. *A contrario*, des droits de propriété définis de manière incomplète ou imparfaite sont désincitatifs à l'échange, puisque les coûts qu'ils impliquent peuvent dissuader les agents d'échanger. Dans ce dernier cas, des transactions qui seraient mutuellement profitables sur le marché en l'absence de coûts de transaction risquent donc de ne pas se réaliser, au détriment du bien-être social. Il en résulte alors une moindre création de richesse dans l'économie. Rapporté au cadre d'analyse néo-institutionnaliste, le droit de la propriété intellectuelle s'interprète directement comme un instrument de facilitation des échanges. Ainsi, exactement comme les politiques commerciales favorables au libre-échange, mais par le biais d'autres mécanismes, il favorise la circulation et la création de richesse.

30. A ce stade du raisonnement, un point important mérite d'être souligné. Si elles ne partagent guère d'intersections ou de questionnements thématiques communs, les théories du commerce international et les travaux néo-institutionnalistes ne sont pas non plus incompatibles. Au contraire, il est possible de concevoir la propriété intellectuelle comme un instrument facilitateur – avec d'autres – de l'échange international et de la circulation internationale des marchandises. On peut donc dire, en définitive, que l'analyse économique ne semble opérer aucune distinction théorique entre d'éventuels types de circulations différents qui seraient mobilisés selon qu'elle fasse référence aux politiques commerciales ou au champ de la propriété intellectuelle.

II. Le dépassement des approches en sciences économiques et juridiques

31. Dépasser les approches traditionnelles est une œuvre de grande ampleur, aussi bien en sciences économiques (A) qu'en sciences juridiques (B).

¹¹ D. North DC, *Institutions, institutional change, and economic performance*. Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

¹² R. Coase, « The nature of the firm », *Economica*, 1937.

A. Perspectives en sciences économiques

32. Comment expliquer ce traitement indifférencié des « circulations » par l'analyse économique, contrastant avec le traitement que lui réserve l'analyse juridique de la Cour de Justice ? Et quelles perspectives ce constat des différences disciplinaires offre-t-il aux économistes ? Nous proposons ici quelques pistes de réflexion rapides, qui mériteraient évidemment de plus amples développements.

33. D'une part, une explication semble tout d'abord tenir à l'absence de réflexion économique approfondie sur le concept de circulation en tant que tel aujourd'hui. Ainsi, une rapide recherche bibliographique sur les occurrences du terme « circulation » dans les publications de sciences économiques y révèle sa faible utilisation par rapport aux autres sciences humaines et sociales. En se limitant à une recherche exclusive dans les revues et ouvrages en langue française recensés sur la base CAIRN – recherche évidemment très restrictive compte tenu du caractère fortement internationalisé des publications des chercheurs francophones en sciences économiques – on trouve ainsi à peine plus de 5500 occurrences du terme « circulation » (sans nettoyage par la pertinence) pour les 90 revues listées dans le champ des sciences économiques et de gestion. Ce chiffre doit être comparé au chiffre des 45000 occurrences constatées pour l'ensemble des 471 revues de sciences humaines et sociales référencées dans la même base (chiffres de janvier 2018). Pour autant que cette moyenne ait du sens, on obtient ainsi une moyenne d'à peine 60 occurrences par titre dans les domaines des sciences économiques et de gestion, contre une moyenne de 97,74 pour l'ensemble des titres de la base. Une brève vérification dans quelques manuels d'économie internationale fréquemment utilisés dans les enseignements d'économie internationale en France (auteurs français ou traductions de l'anglais) révèle de la même façon l'absence du terme « circulation » dans leurs glossaires. Par rapport à la faveur dont semble jouir le terme de « circulation » dans le reste des sciences humaines et sociales, le terme semble donc assez largement sous-utilisé par les économistes. Certes, la recherche révèle également sa fréquence relative supérieure dans le champ de l'économie de la propriété intellectuelle, en référence à la circulation de l'information, de la connaissance, des idées, ou encore des savoirs, ainsi que dans les travaux des historiens de l'économie – qui semblent alors plutôt emprunter le terme à l'histoire qu'à la littérature économique¹³. Pour autant, la science économique semble bien peu utiliser le terme de « circulation », en comparaison à d'autres disciplines de sciences humaines et sociales.

34. D'autre part, l'analyse économique semble également, de manière générale, se caractériser par l'absence de définition rigoureuse du terme « circulation ». Si l'idée de circulation a pu être centrale dans l'économie politique des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, avec les penseurs mercantilistes et libéraux, elle semble en large part négligée par les travaux plus récents et, *a fortiori*, contemporains. Lorsqu'il est utilisé – et cela de façon relativement peu fréquente, on l'a vu – le terme ne fait la plupart du temps pas l'objet d'une définition explicite. Il semble donc ne pas faire question, et constituer aux yeux de ses utilisateurs économistes un terme neutre, presque un « mot-valise », aucunement porteur de concepts et raisonnements économiques spécifiques. De fait, on le trouve ainsi indifféremment utilisé dans des contextes économiques très divers : non seulement en lien avec la circulation des marchandises, des biens et services, des facteurs de production, capital et travailleurs, mais aussi dans des domaines sans lien avec les politiques commerciales ou la propriété intellectuelle, tels que l'économie monétaire, à travers l'idée de circulation de la monnaie ou, ponctuellement, en lien avec les problématiques d'économie des transports, d'économie géographique ou, en macroéconomie, par l'intermédiaire de la notion de flux (réels, monétaires, financiers).

¹³ Ces remarques nécessiteraient néanmoins d'être étayées par un travail bibliographique et statistique plus rigoureux que nous n'effectuons pas ici.

35. A cette faiblesse du questionnement de l'analyse économique quant à la définition du terme de « circulation » et à l'utilisation commune – voire triviale – du terme qu'elle adopte, fait ainsi logiquement écho l'absence de constructions conceptuelles associées en économie à l'idée de circulation : malgré le caractère central du phénomène de circulation pour la science économique, les économistes et les économistes, la circulation ne constitue pas un concept économique. Comment expliquer alors cette absence d'élaboration conceptuelle ? Un bref détour par l'histoire de la pensée économique nous rappelle que le paradigme de l'échange, et en particulier de l'échange marchand, prédomine dans l'analyse économique du dernier siècle. Il est ainsi loisible de penser que, dans la science économique, le concept d'échange subsume l'idée de circulation. La variété des analyses économiques portant sur l'échange vient corroborer cette intuition. Il n'est qu'à rappeler, parmi de nombreux autres exemples, la distinction aristotélicienne entre les valeurs d'échange et d'usage, les travaux de Smith, Say, Mill, Marx, Jevons, Walras, Edgeworth, ou encore des économistes autrichiens définissant l'économie par la « catallaxie » ou la science des échanges. Il est probable, dès lors, que le succès du concept d'échange de marché ait freiné la réflexion sur l'idée de circulation.

36. L'imprécision de la définition du terme « circulation » et son caractère malléable paraissent ainsi pouvoir expliquer que chacun (économistes, Cour de Justice...) choisisse de définir le terme au gré de ses besoins heuristiques et de ses objectifs. La pauvreté conceptuelle de l'idée de « circulation » dans l'analyse économique et sa substitution par d'autres termes et concepts davantage opérationnalisés par la science économique peuvent ainsi expliquer que le droit et les juristes, regardant du côté des analyses économiques afin de développer leurs propres analyses de la circulation, ont pu retenir différentes définitions de cette idée de circulation, ouvrant la voie à un certain nombre de confusions dans le discours.

B. Perspectives en sciences juridiques

37. Le discours passablement confus de la Cour de justice sur la circulation (les échanges) et la division que la notion serait de nature à fonder entre les constructions « politiques commerciales » et « propriété intellectuelle » méritent un examen critique de grande ampleur de la part des juristes.

Cet examen critique doit certainement se nourrir d'approches pluridisciplinaires où la question du sens des libertés économiques de circulation doit être débattue¹⁴. S'agissant spécialement des juristes et de leurs rapports aux économistes, ils ne peuvent continuer à faire de l'économie tout seuls ou sans le savoir, c'est-à-dire sans s'ouvrir un minimum aux questionnements qui traversent ce champ considérable de l'activité humaine. Et c'est à ce titre que (modestement) nous avons ouvert ce dialogue dans cette contribution à propos du discours de la Cour de justice sur la circulation dans ces deux avis.

Mais cet examen a également une dimension proprement juridique.

Dans le domaine du droit de l'UE, c'est l'ensemble des dispositifs existants sur la libre circulation des personnes, marchandises, services, capitaux qui doit être discuté¹⁵.

¹⁴ Ce thème fera l'objet d'un colloque pluridisciplinaire, international et comparé et d'une session doctorale à Nice (Projet IFITIS - IUF - 2016 - 2021), les 23 et 24 mai 2019 : <http://www.universitates.eu/jsberge/?p=21027> . De nombreux travaux pluridisciplinaires ont été consacrés à ce sujet. Voir récemment, G. Barrera, P. Ducoulombier et E. Maulin, *Le commerce et la paix*, PUS, 2017.

¹⁵ Pour approche en droit et science politique, voir H. Mercenier, E. Ni Chaoimh, L. Damay et G. Delledonne, *La libre circulation sous pression*, Bruylant, 2018.

Mais c'est de manière beaucoup plus générale encore qu'il faut introduire une approche critique de l'appréhension par le droit des phénomènes de circulation¹⁶.

38. Il est à cet égard possible de plaider pour une approche à la fois *a priori* et modale du droit. Cette double perspective est inégalement servie par la théorie juridique. Si Santi Romano¹⁷ a livré à la communauté scientifique l'expérience – réussie – d'une approche « antécédente », en faisant entrer dans le droit le fait de l'ordre social généralement tenu comme étranger, avec les applications innombrables que l'on connaît dans notre société contemporaine (les ordres religieux, sportifs, mafieux, régionaux, etc.), on sait que d'autres auteurs, au premier chef desquels le philosophe Edmund Husserl, que l'on désigne volontiers comme le père de la phénoménologie, ont rendu la démarche d'approche extraordinairement difficile. Trop abstrait, trop éloigné des réalités juridiques appliquées, ce dernier courant de pensée a donné des résultats qui sont généralement considérés comme décevants pour ne pas dire inexistantes.

Le travail fourni par un élève d'Husserl, Adolph Reinach¹⁸, est cependant de nature à changer quelque peu la donne, pour peu que l'on accepte de le dépouiller de sa dimension dogmatique. Prenant appui sur la grille de lecture proposée par cet auteur, on peut s'enquérir d'une approche modale où le juriste va se saisir des phénomènes de circulation dans le but d'en livrer une analyse explicative. Quels sont les modes possibles de cette circulation et comment le droit peut-il chercher à les appréhender ? Cette approche implique, en amont, une forme de recherche *a priori* sur le droit. Le point de départ de l'analyse n'est pas nécessairement la règle de droit, puisque – c'est notre hypothèse – celle-ci n'envisage que très imparfaitement la circulation. Le point de départ réside donc dans la formulation générale et abstraite des modes de circulation susceptibles d'intéresser les juristes.

Ce type de recherche appelle incontestablement une démarche phénoménologique, étant précisé qu'à la différence des travaux d'Adolf Reinach, la méthode ici préconisée ne cherche pas à avoir une dimension ontologique. Il n'est pas question pour nous, en effet, de rechercher l'essence objective de la règle de droit. L'ambition est beaucoup plus modeste. Elle s'efforce de dégager les principes pratiques susceptibles de nous aider à mieux comprendre les objets « en circulation » que le droit entend ou n'entend pas saisir. Dans le giron du phénomène « circulation », un travail précurseur, orienté autour de la circulation des titres de crédit, illustre bien cette double approche¹⁹. L'auteur explique, en effet, que les indices qui permettent de prêter aux titres de crédit une aptitude à circuler jouent un rôle déterminant dans le traitement juridique de ces titres. Même si Carnelutti n'utilise pas ce vocabulaire et même s'il n'envisage pas notre hypothèse de circulation totale au-delà de tout contrôle, son approche du droit des titres de crédit repose sur l'*a priori* et les modalités de leur circulation.

39. Une approche *a priori* et modale ouvre de belles perspectives de recherche notamment sur le terrain de la circulation.

Très souvent le juriste s'imprègne d'un discours sur la circulation, dont il a le plus souvent hérité d'autres disciplines (spécialement de l'économie), qu'il discute peu, voire pas du tout avec les outils du droit qui sont les siens. Cette attitude est notamment répandue dans les disciplines du droit international et européen.

¹⁶ C'est l'objet du programme "IFITIS" signalé précédemment.

¹⁷ *L'ordinamento giuridico*, 1945, trad. P. Gothot, L. François, 1975 – rééd. Dalloz 2002, préface P. Mayer : Dalloz, coll. Tiré à part, 2015, commentaire J.-S. Bergé.

¹⁸ *Les fondements a priori du droit civil*, (travail original publié en allemand en 1913), trad. R. DE Calan, éd. Vrin, 2004.

¹⁹ F. Carnelutti, *Teoria giuridica della circolazione*, éd. Cedam, 1933, spéc. p. 72 et s.

C'est ce que nous pouvons observer avec le cas des avis 3/15 et 2/15. Le discours général sur la circulation qu'emprunte la Cour de justice dans ces deux avis masque difficilement une absence de réelle réflexion sur cette notion de circulation. En matière de propriété intellectuelle, la circulation a deux faces. Elle peut concerner, au premier chef, les titulaires de droits de propriété intellectuelle qui aspirent à bénéficier de l'application de règles juridiques qui leur confèrent, sur différents territoires, un niveau élevé de protection de leurs droits. C'est clairement l'objectif de l'accord de libre-échange UE - Singapour dans ses développements propres à la propriété intellectuelle. Mais la circulation peut également avoir une tout autre dimension. Elle permet de préserver les intérêts du public en leur permettant d'accéder aux objets d'art, de culture, de commerce et de science qui circulent librement. C'est ce que cherche ici à faire le traité de Marrakech pour une application tout à fait spécialisée. La Cour de justice, au lieu de se saisir de ces deux finalités opposées de la circulation, s'en tient à un discours peu convaincant qui consiste à placer la circulation du seul côté des accords de libre-échange et à l'écarter du domaine de la propriété intellectuelle. La raison première de cette aporie dans le raisonnement de la Cour de justice tient très certainement à la faiblesse des réflexions menées autour des circulations. Cette faiblesse réside dans l'incapacité de faire dialoguer les disciplines sur un même objet. Les juristes empruntent un terme de vocabulaire aux économistes et s'interdisent de le discuter, pensant, sans doute, qu'il fait naturellement sens. Et les économistes font de même. Au final, personne ne sait très bien de quoi il parle, mais il en parle !

40. Cette tendance au cloisonnement des savoirs est de grande ampleur et ne se limite pas à cet exemple. On prendra deux autres illustrations, l'une ancienne et l'autre, plus récente. Le premier exemple auquel on songe est la référence très courue chez les spécialistes de droit du commerce international aux fameux « besoins du commerce international ». Cette référence guide bon nombre d'analyses juridiques sans que ne soit jamais véritablement discutée la teneur de ses besoins, les manières nécessairement graduées de les traduire en droit, l'adéquation ou non-adéquation auxdits besoins des constructions juridiques existantes ou à inventer, *etc.* Le deuxième exemple est plus récent et concerne le droit européen. L'idée est souvent avancée qu'un « droit à la reconnaissance » des situations étrangères doit être consacré pour permettre aux libertés européennes de circulation de s'exercer. Sans être fausse, cette idée est très largement exagérée pour ne pas dire fantasmée : le droit d'aller et venir entre les territoires nationaux n'est pas véritablement consacré par la CEDH et il demeure fortement contraint dans ses conditions de mise en œuvre dans le contexte de l'UE.

41. Il ne s'agit pas pour le juriste de se mettre au service d'une autre discipline ou, au contraire, de s'en démarquer à tout prix. Il s'agit pour lui de participer aux dialogues entre les disciplines. Dans ce dialogue, le juriste doit pouvoir décrire, grâce à son approche *a priori* et modale des phénomènes, à quel objet le droit se rapporte. C'est le regard croisé des disciplines sur cet objet qui permet au juriste d'éprouver et ré-éprouver ses constructions à l'aune d'une connaissance en perpétuel renouvellement.

Dans le cas des phénomènes de « circulation », ce dialogue entre les disciplines est grandement facilité par le fait qu'aucune des disciplines avec lesquelles nous avons pu échanger jusqu'à ce jour ne dispose d'un « avantage compétitif » sur les autres. Présentée sous cette forme, la circulation est un véritable « phénomène » qui entretient une distance avec l'ensemble des savoirs existants. Son analyse n'en est que plus prometteuse.