

Rapport n° 17-34  
Avril 2021

## Rapport final de recherche

### L'ECHELLE DE COMMUNALITE

### PROPOSITIONS DE REFORME POUR INTEGRER LES BIENS COMMUNS EN DROIT

Sous la direction de : Judith ROCHFELD, Professeure de droit privé, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), Marie CORNU, Directrice de recherches CNRS, Institut des sciences sociales du politique et Gilles J. MARTIN, Professeur émérite de l'Université Côte d'Azur, GRDEG, CNRS

Ont participé à la recherche et contribué à la rédaction de ce rapport de recherche : Chiara ANGIOLINI, Research Fellow in Private Law, University of Trento ; Fabiana BETTINI, Maître de conférences, University of Oxford and Brasenose College ; Marie-Pierre CAMPROUX DUFFRENE, Professeure de droit privé, Université de Strasbourg, laboratoire SAGE, UMR 7363 ; Aurore CHAIGNEAU, Professeure de droit privé, Université Paris Nanterre ; Marie-Alice CHARDEAUX, Maître de conférences en droit privé, Université Paris-Est Créteil (UPEC), Laboratoire de droit privé ; William DROSS, Professeur de droit privé, Université de Lyon (Jean Moulin) ; Severine DUSOLLIER, Professeure des universités, École de droit de Sciences Po ; Aude-Solveig EPSTEIN, Maître de conférences en droit privé, Université Paris Nanterre, Centre de droit civil et de contentieux économique des affaires ; Daniela FESTA, Visiting Researcher Department of Sociology, Columbia University ; Florent MASSON, Professeur de droit privé, Université Polytechnique Hauts-de-France, laboratoire CRISS ; Veronique JAWORSKI, Maître de conférences, HDR, de droit privé et sciences criminelles, Université de Strasbourg, laboratoire SAGE, UMR 7363 ; Rocío DEL PILAR TRUJILLO SOSA, Doctorante en droit public de l'Université Paris II Panthéon-Assas, LL.M. Yale Law School ; Thomas PERROUD, Professeur de droit public, Université Paris II Panthéon-Assas ; Victor POUX, Docteur en droit de l'Université Lyon (Jean Moulin) ; Clément TOPUZ, Juriste en droit public, diplômé de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales ; Noé WAGENER, professeur de droit public, Université Paris-Est Créteil (UPEC)

Le présent document constitue le résumé du rapport scientifique d'une mission réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n° 217.11.21.25). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle est subordonnée à l'accord de la Mission.

## Composition de l'équipe de recherche

Chiara ANGIOLINI, Research Fellow in Private Law, University of Trento

Fabiana BETTINI, Maître de conférences, University of Oxford and Brasenose College

Marie-Pierre CAMPROUX DUFFRENE, Professeure de droit privé, Université de Strasbourg, laboratoire SAGE, UMR 7363

Aurore CHAIGNEAU, Professeure de droit privé, Université Paris Nanterre

Marie-Alice CHARDEAUX, Maître de conférences en droit privé, Université Paris-Est Créteil (UPEC), Laboratoire de droit privé

William DROSS, Professeur de droit privé, Université de Lyon (Jean Moulin)

Séverine DUSOLLIER, Professeure des universités, École de droit de Sciences Po

Aude-Solveig EPSTEIN, Maître de conférences en droit privé, Université Paris Nanterre, Centre de droit civil et de contentieux économique des affaires

Daniela FESTA, Visiting Researcher Department of Sociology, Columbia University

Florent MASSON, Professeur de droit privé, Université Polytechnique Hauts-de-France, laboratoire CRISS.

Veronique JAWORSKI, Maître de conférences, HDR, de droit privé et sciences criminelles, Université de Strasbourg, laboratoire SAGE, UMR 7363

Rocio DEL PILAR TRUJILLO SOSA, Doctorante en droit public de l'Université Paris II Panthéon-Assas, LL.M. Yale Law School

Thomas PERROUD, Professeur de droit public, Université Paris II Panthéon-Assas

Victor POUX, Docteur en droit de l'Université de Lyon (Jean Moulin)

Clément TOPUZ, Juriste en droit public, diplômé de l'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales

Noé WAGENER, Professeur de droit public, Université Paris-Est Créteil (UPEC)

Direction: Judith ROCHFELD, Professeure de droit privé, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), Marie CORNU, Directrice de recherches CNRS, Institut des sciences sociales du politique et Gilles J. MARTIN, Professeur émérite de l'Université Côte d'Azur, GRDEG, CNRS

## SOMMAIRE

<b>Introduction générale .....</b>	<b>18</b>
<b>I – Les facteurs de renouveau .....</b>	<b>19</b>
<b>II – Choix des objets d'étude et justifications des méthodes.....</b>	<b>24</b>
<b>Partie 1 – Le cadre conceptuel de l'analyse et des propositions de réformes .....</b>	<b>27</b>
<b>Titre 1 – Propriété et communalité .....</b>	<b>28</b>
<b>Section 1. Le paradigme de la propriété exclusive : l'occultation de la diversité et de la communalité .....</b>	<b>29</b>
§ 1. L'incertaine ligne de partage entre propriété publique et propriété privée.....	30
§ 2. Les fausses oppositions entre propriété matérielle et immatérielle .....	32
§ 3. L'occultation de l'articulation entre appropriable et inappropriable .....	33
<b>Section 2. Le retournement du paradigme de la propriété exclusive : les modes d'articulation de la propriété et de la communalité .....</b>	<b>34</b>
§ 1. Remodeler la figure de la propriété.....	35
1. <i>Les saisines multiples, partage des utilités.....</i>	<i>35</i>
2. <i>La réinterprétation de la fonction sociale.....</i>	<i>37</i>
3. <i>La spécialisation des propriétés .....</i>	<i>39</i>
4. <i>La propriété dans un conflit de droits fondamentaux .....</i>	<i>39</i>
5. <i>La propriété comme faisceau de droits.....</i>	<i>40</i>
6. <i>La réduction de l'assiette de la propriété .....</i>	<i>42</i>
7. <i>Investir la part de « commun » dans les biens .....</i>	<i>43</i>
§ 2. Les apports des théories des communs.....	44
1. <i>L'approche naturaliste des communs .....</i>	<i>45</i>
2. <i>L'approche organisationnelle ou institutionnelle des communs.....</i>	<i>46</i>
3. <i>L'approche politique et critique du commun.....</i>	<i>47</i>
4. <i>L'approche téléologique et fonctionnelle des communs.....</i>	<i>48</i>
<b>Titre 2 – Les figures propriétaires porteuses de communalité.....</b>	<b>51</b>
<b>Section 1. Propriété intellectuelle et communalité .....</b>	<b>52</b>
§1. La dimension collective des objets de la propriété intellectuelle.....	52
1. <i>La nature non rivale et non exclusive des objets de la propriété intellectuelle.....</i>	<i>52</i>



2. <i>L'intérêt commun en propriété intellectuelle</i> .....	53
§2. Usages communs et propriété intellectuelle .....	54
1. <i>Le commun résultant de l'absence de protection</i> .....	54
2. <i>Accès intellectuel aux œuvres et inventions</i> .....	54
3. <i>Les exceptions et limitations des droits intellectuels comme usages communs</i> .....	56
4. <i>Durée des droits intellectuels et le domaine public comme chose commune</i> .....	57
§3. Des droits intellectuels exercés en commun.....	58

## **Section 2. Propriété publique et communalité ..... 60**

§1. La communalité originelle : le domaine du public et son État gardien .....	60
§2. Les caractères actuels de la propriété publique .....	61
1. <i>La promotion de la propriété publique</i> .....	61
2. <i>La captation de l'affectation</i> .....	63
§3. La valorisation contre la protection du domaine public.....	64
1. <i>L'exigence de protection</i> .....	64
2. <i>L'encadrement de l'utilisation</i> .....	65
3. <i>La valorisation contre le domaine</i> .....	66
§4. Une gestion « sans gouvernance » du domaine public ? .....	67
§5. Vers une communalisation de la propriété publique.....	68
1. <i>Le public dans la doctrine états-unienne et italienne</i> .....	68
2. <i>Les modèles de participation publique</i> .....	71

## **Titre 3 – L'échelle de communalité comme outil d'analyse..... 73**

### **Section 1. Le recours aux doctrines contemporaines sur les communs..... 74**

### **Section 2. Les critères de communalité..... 76**

§1. Les critères d'intérêt commun et d'inclusivité.....	77
§2. Les instances de la communalité .....	79
§3. Les techniques juridiques de la communalité .....	81

### **Section 3. La mesure de la communalité..... 84**

§1. L'agencement linéaire.....	84
§2. L'agencement complexe .....	85
1. <i>La diversité des droits et intérêts sur la chose</i> .....	85
2. <i>Le rôle de l'État</i> .....	86
3. <i>L'intégration des communautés décisionnaires et de contrôle : les cercles d'intérêts</i> .....	87

4. <i>Le caractère volontaire ou contraint</i> .....	88
--	----

## **Partie 2 – Propositions de réformes pour intégrer les biens communs en droit..... 91**

### **Titre 1 – Les qualifications de la communalité ..... 92**

#### **Section 1. Le patrimoine commun..... 93**

##### §1. Proposition d'une qualification et d'un régime général primaire de patrimoine commun..... 93

###### 1. *Présentation « classique » de la notion de patrimoine commun*..... 93

###### 1.1. La notion de patrimoine..... 94

###### 1.2. L'histoire de la notion de patrimoine commun..... 94

###### 1.3. La relation entre patrimoine commun et choses communes..... 98

###### 1.4. Les éléments d'identification du patrimoine commun à l'échelle nationale..... 98

###### 1.5. La force juridique du patrimoine commun..... 100

###### 2. *Propositions de réformes pour un régime primaire de patrimoine commun*..... 102

###### 2.1. Nommer la qualification transversale de « patrimoine commun »..... 102

###### 2.1.1. « Patrimoine commun de la nation » ou « patrimoine commun » ? ..... 103

###### 2.1.2. Les conséquences de la création d'une catégorie nouvelle de patrimoine commun arrimée à la notion de patrimoine commun de la nation..... 104

###### 2.2. Consacrer une qualification transversale de patrimoine commun..... 104

###### 2.2.1. La consécration d'une notion transversale de patrimoine commun ..... 104

###### 2.2.2. Le choix de se placer à un niveau constitutionnel pour la consécration d'une notion de transversale de patrimoine commun..... 106

###### 2.3. Les droits et principes proposés pour le régime primaire du patrimoine commun..... 108

###### 2.3.1. Le droit à la conservation..... 109

###### 2.3.2. Le droit à l'information et à la participation ..... 112

###### 2.3.3. Le principe de non-régression..... 114

##### §2. Les biens culturels comme patrimoine commun..... 118

###### 1. *Présentation « classique » de la catégorie juridique de bien culturel et lien avec la notion de patrimoine commun*..... 118

###### 2. *Présentation par régimes des divers biens culturels (monuments historiques, archives publiques et privées, musées) et lien avec la notion de patrimoine commun*..... 121

###### 2.1. Les monuments historiques classés..... 121

###### 2.2. Les Musées de France : collections conservées et présentées au public..... 122

###### 2.3. Les archives privées et publiques..... 123

###### 3. *Les sources d'inspiration de l'approfondissement de la communalité des biens culturels*..... 124

###### 3.1. Les autres branches du droit comme sources d'approfondissement ..... 126

3.2. Les droits culturels comme source d’approfondissement.....	127
3.3. Le droit comparé comme source d’approfondissement.....	127_Toc66654762
4. <i>Directions d’évolutions et propositions de réformes.....</i>	<i>129</i>
4.1. Directions d’évolutions .....	131
4.1.1. Penser juridiquement la figure du public .....	131
4.1.2. Penser la propriété publique en lien plus étroit avec le service public.....	132
4.1.3. Instituer au plan international des modes de propriété ou de garde partagées.....	132
4.2. Propositions de réformes : le régime spécial des biens culturels, patrimoine commun culturel.....	132
4.2.1. Poser une définition du patrimoine culturel mettant l’accent sur l’intérêt commun et la responsabilité des acteurs.....	132
4.2.2. Énoncer à l’article L.2 du Code du patrimoine et au titre des dispositions communes un ensemble de principes spécifiant ceux transversaux énoncés pour le patrimoine commun.....	132
§3. L’eau comme patrimoine commun.....	140
1. <i>Présentation « classique » de l’eau : l’eau, la Grande Étrangère.....</i>	<i>140</i>
2. <i>Lien de l’eau et de la communalité .....</i>	<i>141</i>
3. <i>Description synthétique du régime juridique de l’eau .....</i>	<i>141</i>
3.1. Le pluralisme des modes d’appropriation.....	141
3.1.1. Les eaux stagnantes et souterraines (propriété privée).....	142
3.1.2. Les sources (propriété sous réserve des droits acquis).....	142
3.1.3. Les cours d’eau non domaniaux (droits d’usage régulés).....	142
3.1.4. Les cours d’eau domaniaux .....	143
3.1.5. Tableaux de synthèse .....	144
3.2. Le pluralisme de la gouvernance et des obligations.....	146
3.2.1. La planification .....	146
3.2.2. Le contrôle des prélèvements.....	148
3.2.3. Les « zones de répartition des eaux » .....	149
3.2.4. La vérification de la compatibilité avec les plans .....	149
3.2.5. Le contrôle de l’intégrité de la ressource .....	150
4. <i>Directions d’évolutions et propositions de réformes.....</i>	<i>151</i>
4.1. Directions d’évolutions.....	151
4.1.1. De la chose commune au patrimoine commun .....	151
4.1.2. Patrimoine commun et droits d’usage .....	152
4.2. Propositions de réformes.....	153
4.2.1. Le rejet de la possibilité d’un droit « absolu » sur les eaux.....	153
4.2.2. La reconnaissance d’un principe général d’usage raisonnable de l’eau.....	154

§4. L'environnement comme patrimoine commun (protection pénale) .....	156
1. <i>Les différentes qualifications de la communalité en droit pénal de l'environnement et l'intérêt de la protection pénale du patrimoine des êtres vivants</i> .....	157
1.1. Les différentes qualifications de la communalité et le choix du « patrimoine commun des êtres vivants » pour fonder le droit pénal de l'environnement.....	158
1.1.1. Les limites de la notion de chose commune.....	158
1.1.2. Le choix de la notion de « patrimoine commun des êtres vivants ».....	159
1.2. L'intérêt de la protection pénale du patrimoine commun des êtres vivants.....	165
1.2.1. L'intérêt de la protection pénale .....	165
1.2.2. Le champ de la protection pénale.....	166
2. <i>Les insuffisances du régime juridique actuel de protection pénale du patrimoine commun des êtres vivants</i> .....	167
2.1. Les insuffisances du régime juridique en droit international.....	167
2.2. Les insuffisances du régime juridique en droit pénal interne.....	169
2.3. Les insuffisances spécifiques du régime juridique de responsabilité pénale des entreprises transnationales.....	170
2.3.1. Les insuffisances propres aux États.....	171
2.3.2. Les insuffisances propres à la responsabilité pénale des entreprises transnationales.....	173
3. <i>Propositions de réforme pour un renforcement de la protection pénale du patrimoine commun des êtres vivants : volet substantiel</i> .....	174
3.1. Propositions de consécration juridique de nouvelles infractions pénales dont l'objet est le patrimoine commun des êtres vivants et la valeur protégée, la sûreté de la planète (Proposition n° 2).....	175
3.1.1. La consécration du crime autonome d'écocide pour les atteintes intentionnelles et les plus graves (« exceptionnelles ») .....	176
3.1.2. La consécration d'une incrimination de mise en danger de l'environnement .....	177
3.2. Propositions de renforcement des sanctions pénales.....	178
3.3. Propositions d'élargissement du cercle des pénalement responsables (proposition n° 3).....	179
4. <i>Propositions de réforme pour un renforcement de la protection pénale du patrimoine commun des êtres vivants : volet procédural</i> .....	181
4.1. La création d'une structure juridictionnelle internationale spécialisée en droit pénal de l'environnement et l'articulation des compétences juridictionnelles.....	181
4.2. Les réponses spécifiques à la répression des entreprises transnationales.....	182
4.3. Les représentations judiciaires du patrimoine commun des êtres vivants devant le juge pénal : la reconnaissance de l'« intérêt commun universel » (proposition n° 5).....	183
4.3.1. Le patrimoine commun des êtres vivants représenté par le vecteur de l'action publique : la défense de l'intérêt général.....	184
4.3.2. Le patrimoine commun des êtres vivants représenté par le vecteur de l'action civile : la défense des intérêts individuels et collectifs .....	185
<b>Section 2. La chose commune .....</b>	<b>190</b>

§1. Présentation générale des choses communes.....	190
1. <i>La notion de choses communes</i> .....	190
1.1. La définition des choses communes.....	190
1.2. La délimitation du domaine des choses communes.....	192
2. <i>La portée théorique de la qualification de choses communes</i> .....	194
2.1. Chose commune et propriété.....	194
2.2. Chose commune et théorie des communs.....	195
§2. Directions d'évolutions et propositions de réformes.....	196
1. <i>Directions d'évolutions</i> .....	<b>196</b>
1.1. L'élaboration d'un régime des choses communes.....	196
1.2. La délimitation du domaine d'application du régime des choses communes.....	197
2. <i>Propositions de réformes</i> .....	197
2.1. Garantir l'inappropriabilité de la chose commune.....	197
2.2. Garantir l'usage commun.....	198
2.3. Protéger la chose commune.....	201
<b>Section 2.1. La biodiversité comme chose commune.....</b>	<b>204</b>
§1. La qualification de la biodiversité comme chose commune.....	204
1. <i>La définition de la biodiversité</i> .....	204
2. <i>La chose commune</i> .....	205
3. <i>La chose commune-biodiversité</i> .....	206
§2. Le régime juridique de la chose commune-biodiversité.....	207
1. <i>Une chose inappropriable et d'usage commun</i> .....	207
2. <i>Une obligation de conservation, contrepartie de ce droit d'usage commun</i> .....	209
3. <i>Des limites à l'usage, à l'accès ou aux prélèvements</i> .....	210
4. <i>Une articulation des pouvoirs entre propriétaire du sol et usagers de la biodiversité</i> .....	211
5. <i>Une action en responsabilité fondée sur le trouble anormal à la biodiversité, chose commune</i> .....	212
§3. De la chose commune aux communs : une tentative de classification des communs naturels.....	215
1. <i>Les communs naturels</i> .....	215
1.1. Les communs naturels universels.....	217
1.2. Les communs naturels spatialisés.....	218
2. <i>Les « communeurs » des communs naturels</i> .....	220
2.1. La communauté du vivant ou biotique, communauté composée d'humains et de non humains.....	220
2.2. De l'action en réparation du préjudice écologique à une action en défense d'un intérêt en commun.....	222

## **Section 2.2. Le domaine commun informationnel comme chose commune.....223**

§1. Présentation « classique » du domaine commun informationnel.....	223
§2. Communalité du domaine commun informationnel.....	225
1. <i>Communalité et approche naturalise des communs</i> .....	227
2. <i>Communalité et approche politique des communs</i> .....	228
3. <i>Communalité et approche institutionnelle des communs</i> .....	229
4. <i>Communalité et approche téléologique des communs</i> .....	230
§3. Régime juridique actuel du domaine commun informationnel.....	230
1. <i>Les enclosures anciennes</i> .....	231
1.1. L'accès à l'œuvre refusé par le propriétaire du support.....	231
1.2. La restauration du droit d'auteur.....	232
1.3. La restauration d'autres droits intellectuels.....	232
1.4. La restauration d'une exclusivité par le biais de la responsabilité civile.....	233
2. <i>Les enclosures nouvelles</i> .....	234
2.1. Les mesures techniques de protection.....	234
2.2. La superposition entre le domaine commun informationnel et le domaine public du droit administratif.....	235
2.2.1. Les collections des musées, des bibliothèques ou autres institutions patrimoniales	235
2.2.2. Les domaines nationaux.....	236
3. <i>Le copyfraud</i> .....	236
4. <i>Propositions de réformes</i> .....	238
4.1. Définir le domaine commun informationnel.....	240
4.2. Construire un régime positif du domaine commun informationnel fondé sur celui de la chose commune.....	241
4.2.1. La qualification du domaine commun informationnel en chose commune.....	241
4.2.2. Les effets juridiques de la qualification de chose commune.....	242

## **Section 3. Les biens publics.....247**

§1. Approche transversale des biens publics : propositions de réforme pour le renforcement du rôle de la communauté délibérative.....	247
1. <i>Le constat d'une gestion propriétaire des biens publics</i> .....	248
2. <i>Un retour possible au droit de garde pour les biens du domaine public</i> .....	248
2.1. Une révolution juridique : la garde.....	248
2.2. Le caractère principal du régime : une gestion démocratique du domaine public.....	249
3. <i>Promouvoir une domanialité renforcée pour les biens à l'usage direct du public</i> .....	251



4.	<i>Maintenir l'affectation collective au-delà de la titularité du bien</i> .....	252
4.1.	Une dissociation de la propriété et de l'affectation.....	252
4.2.	Au-delà du public et du privé : une troisième voie pour les privatisations.....	253
§2.	Approche spéciale des espaces publics : propositions de réformes pour le renforcement de la démocratie dans la gouvernance domaniale et du respect des droits fondamentaux.....	259
1.	<i>Présentation « classique » de la notion d'espace public</i> .....	259
2.	<i>Exemple de la gestion domaniale et des conflits d'usages dans le projet de réaménagement de la gare du Nord à Paris</i> .....	262
3.	<i>Réintroduire de la démocratie dans la gouvernance domaniale</i> .....	266
4.	<i>L'utilisation de la doctrine de l'effet horizontal des droits fondamentaux pour le règlement des conflits relatifs aux espaces publics privés</i> .....	270
<b>Section 4. Les techniques d'affectation volontaire .....</b>		<b>275</b>
§1.	Présentation générale des techniques d'affectation volontaire .....	275
1.	<i>L'affectation volontaire en général</i> .....	275
1.1.	Définition de l'affectation volontaire.....	275
1.2.	Manifestations de l'affectation volontaire.....	276
2.	<i>L'affectation volontaire au service d'un intérêt commun</i> .....	276
3.	<i>La portée théorique des techniques d'affectation volontaire à un intérêt commun</i> .....	277
3.1.	Affectation volontaire et théorie de la propriété.....	277
3.2.	Affectation volontaire et théorie des communs.....	278
4.	<i>Les outils de l'affectation volontaire à un intérêt commun</i> .....	279
4.1.	Droits réels et droits personnels.....	279
4.2.	Loi et contrat.....	279
§2.	Propositions de réformes communes aux techniques d'affectation volontaire .....	280
1.	<i>Garantir la pérennité de l'affectation volontaire</i> .....	280
2.	<i>Améliorer l'effectivité de l'affectation volontaire</i> .....	281
3.	<i>Supprimer les obstacles liés au caractère onéreux de l'affectation volontaire</i> .....	282
<b>Section 4.1. La fiducie .....</b>		<b>285</b>
§1.	Présentation « classique » de la fiducie .....	285
§2.	Les potentialités de la fiducie à servir un intérêt commun.....	286
1.	<i>Les utilisations de la fiducie dans un intérêt commun</i> .....	286
2.	<i>Les potentialités de la fiducie à fonder un commun</i> .....	288

§3. Description synthétique du régime juridique actuel attaché à la fiducie et argumentaire au soutien des propositions de réformes.....	289
1. <i>La place de la propriété</i> .....	289
2. <i>L'usage et l'accès d'un cercle de bénéficiaires</i> .....	290
2.1. Un partage de prérogatives réelles entre fiduciaires ou bénéficiaire.....	291
2.2. Un fiduciaire plein propriétaire tenu par les termes d'un contrat.....	292
3. <i>La gouvernance par une communauté de bénéficiaires</i> .....	293
4. <i>Les obligations des gestionnaires et bénéficiaires</i> .....	294

**Section 4.2. L'utilisation de la fiducie pour la protection de l'environnement : une illustration de l'utilisation de la fiducie dans un intérêt commun ?.....295**

§1. La fiducie et l'environnement .....	295
1. <i>La dépollution</i> .....	295
2. <i>La compensation environnementale</i> .....	296
§2. Les liens de la fiducie environnementale et de la communalité.....	296
1. <i>Le rapport entre propriété initiale et communauté</i> .....	296
2. <i>L'accès au bien par une communauté</i> .....	297
3. <i>La durée</i> .....	297
§3. Les difficultés spécifiques relatives à la compensation .....	297
1. <i>La durée de la mesure de compensation</i> .....	297
2. <i>L'activité de compensation dans la pratique</i> .....	298
3. <i>Le régime juridique du sol après la mesure de compensation</i> .....	298
4. <i>La fiducie et le domaine public</i> .....	298
5. <i>Communauté, fiducie et Community Land Trust</i> .....	299
6. <i>Contrat de fiducie et obligation légale de compensation</i> .....	299

**Section 4.3. L'obligation réelle environnementale .....300**

§1. Présentation « classique » de l'obligation réelle environnementale .....	300
1. <i>Une consécration récente</i> .....	300
2. <i>Une nature juridique débattue</i> .....	301
§2. Liens de l'obligation réelle environnementale et de la communalité .....	303
§3. Description synthétique du régime juridique de l'obligation réelle environnementale.....	306
1. <i>Le contrat, support de l'obligation réelle environnementale</i> .....	306
2. <i>Les parties au contrat</i> .....	307

3.	<i>Le contenu du contrat</i> .....	309
4.	<i>Les effets du contrat à l'égard des tiers</i> .....	312
5.	<i>Le régime fiscal de l'obligation réelle environnementale</i> .....	314
§4.	Propositions de réformes .....	314
<b>Section 4.4. Les œuvres sous licences <i>Copyleft</i></b> .....		<b>316</b>
§1.	<i>Copyleft</i> , licences libres et œuvres libres : un nouveau modèle en droit d'auteur.....	316
§2.	Liens des licences <i>copyleft</i> et de la communalité.....	318
1.	<i>Un commun consenti et institué</i> .....	319
2.	<i>Les communautés du libre</i> .....	319
3.	<i>Les usages communs non exclusifs</i> .....	320
§3.	Régime juridique de la communalité des licences <i>copyleft</i> .....	321
1.	<i>Des contrats reposant sur le droit de propriété</i> .....	321
2.	<i>L'extension de la communalité au-delà des parties au contrat</i> .....	322
2.1.	Le contrat, régulation privée d'une œuvre libre.....	324
2.2.	Le contrat comme un produit.....	325
2.3.	Des droits d'utilisation <i>in rem</i> .....	326
2.4.	Les limites de la communalité.....	327
§4.	Propositions de réformes .....	328
<b>Titre 2 – Les prérogatives de communalité</b> .....		<b>330</b>
<b>Section 1. Les intérêts à reconnaître</b> .....		<b>331</b>
§1.	L'identification des divers intérêts de la « communalité ».....	331
1.	<i>Les intérêts classiques : des intérêts ne reflétant pas les intérêts d'une communauté</i> .....	331
1.1.	L'intérêt individuel.....	331
1.2.	L'intérêt d'un groupe.....	332
1.3.	L'intérêt général.....	332
2.	<i>La montée en puissance d'intérêts transindividuels : les intérêts collectifs et l'intérêt commun environnemental</i> .....	333
§2.	L'approfondissement des critères et catégories de l'intérêt commun.....	334
1.	<i>Les critères de l'intérêt commun</i> .....	335
1.1.	Le caractère indivisible de l'intérêt commun.....	335
1.2.	Le caractère transindividuel de l'intérêt commun.....	336

2.	<i>Les catégories de l'intérêt commun : les intérêts collectif, diffus, hybride et du commun</i> .....	337
2.1.	L'intérêt collectif.....	337
2.2.	L'intérêt diffus .....	338
2.3.	L'intérêt hybride (individuel et commun) .....	338
2.4.	L'intérêt du « commun » .....	339
2.5.	L'intérêt commun en lien étroit avec des droits fondamentaux.....	340
<b>Section 2. Les prérogatives de gouvernance à reconnaître .....</b>		<b>341</b>
<b>Section 2.1. Le droit à l'information.....</b>		<b>342</b>
§1.	Vers un droit d'accès du public aux données d'intérêt commun .....	342
1.	<i>Le statut actuel de l'information</i> .....	342
1.1.	Le rôle fondamental de l'information dans l'organisation collective.....	343
1.1.1.	.. L'essor de la réservation privative de l'information et la croyance dans son caractère généralement appropriable.....	343
1.1.2.	Le besoin paradoxal d'une consécration légale du caractère inappropriable de certaines informations.....	345
1.2.	L'émergence limitée d'un régime d'accès aux données d'intérêt général.....	346
1.2.1.	..... Des données d'intérêt général définies de manière restrictive	347
1.2.2.	L'adoption d'une loi-cadre sur les données d'intérêt général, une voie trop rapidement écartée.....	348
1.3.	Du droit d'accès aux données d'intérêt général au droit d'accès aux données d'intérêt commun.....	349
1.3.1.	..... Du modèle du droit d'accès aux documents administratifs au modèle du droit à l'information relative à l'environnement.....	349
1.3.2.	Vers une généralisation de l'intérêt commun comme critère de l'ouverture des données.....	351
1.3.3.	Vers un élargissement des détenteurs de données concernés par le droit d'accès à l'information .....	352
1.4.	L'interprétation restrictive des motifs de refus de l'accès aux données d'intérêt commun.....	353
§2.	L'exemple de l'information relative à l'environnement .....	354
1.	<i>Présentation générale du droit à l'information relative à l'environnement</i> .....	354
1.1.	Sources du droit à l'information environnementale.....	355
1.2.	Un droit parfois conçu comme une déclinaison du droit d'accès aux documents administratifs.....	355
1.3.	L'autonomisation du droit à l'information relative à l'environnement.....	356

1.4.	Un droit traditionnellement conçu comme n'imposant d'obligations qu'aux autorités publiques.....	357
1.5.	Un droit source d'obligations des entreprises privées.....	358
2.	<i>Description synthétique du régime juridique actuel du droit à l'information relative à l'environnement</i>	363
2.1.	Un régime d'accessibilité variable en fonction du statut du détenteur des données....	363
2.2.	Un régime d'accessibilité variable en fonction de l'objet de l'information.....	364
2.3.	Un régime globalement plus favorable à l'accès que le régime d'accès aux documents administratifs.....	364
2.3.1.	L'inopposabilité de certains secrets à des demandes d'informations sur les émissions de substances dans l'environnement.....	365
2.3.2.	Des exceptions particulières à la communicabilité de l'information.....	366
2.4.	Un régime d'accessibilité variable en fonction de la finalité de l'information.....	367
3.	<i>Liens du droit à l'information environnementale avec les communs</i> .....	370
3.1.	Le contexte de l'approche du droit à l'information environnementale par les communs.....	370
3.2.	Le(s) conception(s) des communs mobilisées pour saisir le droit à l'information environnementale.....	371
3.2.1.	Approche essentialiste des communs .....	371
3.2.2.	Approche politique des communs.....	371
3.2.3.	Approche organisationnelle des communs .....	372
3.2.4.	Approche téléologique des communs.....	375
4.	<i>Propositions de réformes</i> .....	375
4.1.	Imposer la communication des informations environnementales détenues matériellement pour le compte d'autorités publiques par d'autres organismes, mêmes privés.....	375
4.2.	Exclure l'existence de droits de propriété intellectuelle de la liste des motifs de refus de communication d'informations relatives à des émissions de substances dans l'environnement.....	376
4.3.	Préciser, par voie de circulaire ministérielle, les circonstances dans lesquelles la demande d'information pourrait être refusée.....	378
4.3.1.	Des directives d'interprétation de certains motifs de refus .....	379
4.4.	Reconnaître l'existence du droit à l'information environnementale détenue par les personnes morales de droit privé.....	386
4.4.1.	Les justifications de la réforme .....	387
4.4.2.	Les obstacles prétendus.....	392
4.5.	Mieux encadrer les revendications de confidentialité.....	394
4.6.	Adapter les institutions en charge du droit à l'information environnementale.....	396
<b>Section 2.2. Les droits à la participation et à la co-décision .....</b>		<b>399</b>
§1.	L'échelle de la participation : première approche .....	400

§2. Le principe de participation et la problématique des « communs » ostromiens .....	401
§3. Les critères de l'efficacité des institutions de gouvernance.....	402
1. <i>Présentation des design principes d'Elinor Ostrom</i> .....	398
2. <i>L'application des critères à une institution publique de gouvernance : l'exemple de l'eau</i> .....	399
§4. L'échelle de communalité appliquée à la gouvernance : participation, gestion directe, auto-gouvernance.....	405
§5. Comment « monter en communalité » dans la gouvernance ? .....	406
<b>Section 2.3. Le droit d'accès à la justice et les actions en défense des intérêts communs .....</b>	<b>408</b>
§1. État du droit positif en matière d'actions en défense d'intérêt commun.....	409
§2. Distinction entre l'action en défense d'un intérêt collectif et l'action diffuse.....	410
1. <i>L'action en défense d'un intérêt collectif</i> .....	410
2. <i>L'action diffuse</i> .....	411
§3. Typologie des formes de l'action diffuse .....	411
1. <i>L'action diffuse : action populaire</i> .....	411
2. <i>L'action diffuse : action en défense d'un intérêt diffus</i> .....	412
§4. Propositions de réformes relatives aux parties à l'action diffuse .....	413
1. <i>Les titulaires de l'action diffuse</i> .....	413
2. <i>Les bénéficiaires de l'action diffuse</i> .....	414
3. <i>L'intérêt d'un fonds dédié à la protection des ou d'un intérêt(s) commun(s)</i> .....	415
4. <i>Les défenseurs à l'action diffuse</i> .....	415
5. <i>Préconisations relatives certaines spécificités procédurales quelle que soit la forme de l'action diffuse</i> .....	416
§5. Propositions de réformes relatives aux mesures à disposition du juge .....	417
1. <i>Les mesures de cessation ou de prévention des atteintes à l'intérêt commun</i> .....	417
2. <i>Les mesures de réparation des atteintes à l'intérêt commun</i> .....	417
3. <i>L'articulation entre action en réparation d'un préjudice individuel et action diffuse en réparation d'un préjudice commun</i> .....	418
4. <i>Les mesures punitives pour atteintes à l'intérêt commun</i> .....	419
<b>Annexes.....</b>	<b>420</b>
<b>Annexe 1 – Propositions de réformes.....</b>	<b>421</b>



Annexe 2 – Les leçons du droit comparé.....435

## INTRODUCTION GENERALE

Le travail de recherche, dont le rapport présenté ici est le fruit, a eu pour objet, non pas de reprendre la description ou l'identification des diverses notions peuplant la galaxie des communs – biens communs, patrimoines communs, choses communes ou encore communs et commun (pluriel et singulier) –, mais davantage d'évaluer et de renforcer, *via* des propositions d'interprétations nouvelles ou de réformes de textes existants, ou encore d'introduction de dispositions inédites, le degré de « communalité » de certains agencements juridiques autour de biens ou de choses, que ces derniers relèvent des sphères environnementale, culturelle ou d'autres univers ; qu'ils soient matériels ou immatériels ; appropriés ou non. Ces agencements se rejoignent en ce qu'ils sont fortement marqués par une affectation : ils ne renvoient pas seulement à l'intérêt individuel de tel ou tel titulaire de droit mais partagent la caractéristique de concerner tout ou partie d'une collectivité. Or, on observe que cette dimension est imparfaitement reconnue et protégée sur le plan juridique.

## I – LES FACTEURS DE RENOUVEAU

Mais pourquoi s'arrimer aujourd'hui à ces descriptions et objectifs et éprouver le besoin de proposer, en droit, des voies de réformes ? Plusieurs facteurs ont poussé en ce sens et viennent au soutien de la tentative.

*Le contexte des désastres environnementaux* - Au titre du premier, on compte l'évolution connue à partir des années 1960 de la dégradation des écosystèmes et de ses conséquences : raréfaction de l'eau ou de l'ozone ; disparition massive de diverses espèces animales ou végétales : mutations du système climatique ; artificialisation des sols ; propagation de nouveaux virus ; déstabilisation des circuits alimentaires, hydriques, de la paix, etc. Plus généralement, les formidables capacités de destruction acquises par les sociétés modernes, du fait d'une consommation démultipliée (en minerais ou énergies fossiles par exemple), de pollutions non maîtrisées (couche d'ozone et climat) ou d'un gaspillage inconsidéré (tel celui de l'eau), ont fait émerger les questions, inédites jusqu'alors, d'un juste partage des usages de certaines « ressources » (ainsi que des « bénéfiques » qu'elles engendrent ou « services » qu'elles peuvent rendre) et de leur gestion rationnelle ; de leur préservation pour les générations présentes, mais également futures<sup>1</sup>. En conséquence, elles en ont appelé à l'invention de modes de protection des écosystèmes, selon un nouveau projet de société mondiale défendu dès 1972 (lors de la conférence de l'ONU à Stockholm prônant l'écodéveloppement), puis réitéré en 1992 lors du Sommet de la Terre de Rio (réclamant un développement soutenable sur le fondement du Rapport Brundtland de 1987). Ces innovations se sont principalement manifestées dans des textes internationaux sous la forme d'appels à une mise en « commun » des ressources et à la reconnaissance d'une communauté « de risques » (selon les termes du sociologue Ulrich Beck), communauté mondiale censément préoccupée d'un même intérêt commun de préservation : on a alors évoqué des « patrimoines communs de l'humanité » (puis de l'Union européenne et de la nation) ; des « préoccupations communes » (pour le climat et biodiversité) ; des biens publics mondiaux, etc. On connaît néanmoins le manque d'efficacité qu'ont eu ces appellations. Comme le remarque Mireille Delmas-Marty, « il ne suffit pas d'inventer de nouveaux concepts comme ceux élaborés au siècle dernier : le “patrimoine commun de l'humanité”, apparu dans les années soixante [...] ; ou les “biens publics mondiaux”, ou “biens communs mondiaux” emprunté aux économistes dans les années quatre-vingt [...] pour désigner des biens à la fois non exclusifs (pouvant être utilisés par tous) et non rivaux (leur usage ne compromet pas l'utilisation par autrui). On sait que ces innovations terminologiques n'ont pas réussi à modifier l'équilibre des pouvoirs. Le droit international est resté le quasi-monopole des États qui, défendant leurs intérêts nationaux<sup>2</sup> », n'ont guère admis une mise en réserve de ces « patrimoines » quand il s'est agi de la poursuite d'un développement économique. Il faut également souligner que ces perspectives étaient concurrencées par d'autres modes de pensées et régulation, davantage assis sur l'internalisation des externalités négatives par le marché et la quantification tarifaire des atteintes : les quotas d'émission de gaz à effet de serre par exemple, comme les obligations de compensations aujourd'hui, invitent des pollueurs identifiés, *via* des mécanismes de tarif et de cessions de droit privé, à canaliser leur droit de polluer ou de détruire dans des limites réglementées.

Pour autant, la préoccupation environnementale n'a pas laissé les droits nationaux inchangés. D'abord instillé *via* des politiques publiques de planification et de réglementation, le mouvement a ensuite eu des répercussions sur les droits des propriétaires (et plus largement sur l'appréhension des choses et des biens puisqu'il va actuellement jusqu'à mettre en question la *summa divisio* des choses et des personnes

---

<sup>1</sup> Les termes entre guillemets sont imparfaits et non consensuels, en ce qu'ils peuvent renvoyer à un sens économique et anthropocentré, mais ils ont cours et on tentera de les manier avec parcimonie et dans une compréhension la plus neutre possible.

<sup>2</sup> M. DELMAS-MARTY, « Avant-propos : la COP 21, un pari sur l'avenir », in M. TORRE-SCHAUB, *Bilan et perspective de l'Accord de Paris (COP 21) : regards croisés*, IRJS-éditions, 2017, p. 1.

sous l'influence d'appels à la personnification des entités naturelles dans diverses régions du monde<sup>3</sup>). Même si toutes les composantes des écosystèmes ne sont pas appropriées privativement, certaines le sont (les terres agricoles, les forêts, les eaux par exemple). Or, les évolutions ont emporté des conséquences sur les pouvoirs de ceux qui les détiennent et les travaillent ; ils ont eu à subir des directives d'usage ainsi que des limitations à leur capacité de destruction<sup>4</sup>. En définitive, tout propriétaire ou usager d'une chose saisie comme « environnementale » n'est plus censé aujourd'hui l'utiliser et en disposer exactement comme il l'entend et ne peut, notamment, la détruire. L'accélération alarmante de la perte de la biodiversité et de la dégradation du système climatique ne fait qu'accentuer ces préoccupations de nos jours<sup>5</sup>.

*En quête d'un équilibre pour l'accès aux ressources intangibles* - En deuxième lieu et par la suite, il a été nécessaire de faire face, à l'égard des ressources intangibles (œuvres, inventions, etc.)<sup>6</sup> et dans un contexte d'accroissement de leur nombre et de leur importance sociale et économique, à une tension renouvelée de l'équilibre institué entre leur « propriété » ou « réservation » et les divers usages et intérêts auxquels elles se prêtent.

Il faut au préalable rappeler que la « propriété » des ressources intangibles n'est jamais allée sans discussion. D'aucuns ont ainsi pu faire valoir que si l'absolutisme de la propriété s'imposait comme une réalité sur les choses matérielles, tant « une même chose [...] ne peut être *in solidum* et simultanément la propriété de deux propriétaires distincts »<sup>7</sup>, l'idée ne s'installait pas avec autant d'évidence, dans la réalité toujours, pour les choses immatérielles : loin du modèle des « choses-support » du droit, pouvant se placer en la puissance réelle d'un individu, les choses immatérielles seraient davantage des objets « inclusifs », permettant des maîtrises et usages simultanés<sup>8</sup>. Il a donc fallu organiser l'exclusivité et l'absolutisme autour de ces ressources et décréter des modes spécifiques de réservation, au premier rang desquels les droits de propriété intellectuelle<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> Sur ce mouvement et ses avancées, v. par ex., M.-A. HERMITTE, « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature », in B. EDELMAN et M.-A. HERMITTE (dir.), *L'Homme, la nature et le droit*, Paris, Christian Bourgois, 1988, pp. 238-372 ; P. BRUNET, « Vouloir pour la nature. La représentation juridique des entités naturelles », *Journal of Interdisciplinary History of Ideas*, 2019, Volume 8 Issue 15, pp. 2-39 ; J. ROCHFELD, *Justice pour le climat. Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, O. Jacob, 2019, Partie 3.

<sup>4</sup> Sur ces évolutions, v. not. G. J. MARTIN, « Propriété privée et droit de l'environnement », *Année de l'env.*, PUF, 1981, t. 1, p. 261 ; F. COLLART DUTILLEUL et R. ROMI (dir.), *Propriété et protection de l'environnement*, Rapport remis au ministre de l'Environnement, La Doc. française, 1995 ; M. FALQUE et M. MASSENET (dir.), *Droits de propriété et environnement*, Dalloz, 1997 ; F.-G. TREBULLE, « Le régime des biens environnementaux : propriété publique et restrictions administratives au droit de propriété », *X<sup>e</sup> journées franco-chinoises sur le droit de l'environnement*, 2006, disponible à [www.legiscompare.com](http://www.legiscompare.com) ; « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », in *Mélanges P. Malinvaud*, LexisNexis-Litec, 2007, p. 619 ; M. REMOND-GUILLOUD, *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, PUF, 1989 ; M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Approche civiliste de la protection de la biodiversité au regard du droit de propriété sur le sol », in *Des petits oiseaux aux grands principes*, Mélanges J. Untermaier, Mare et Martin 2018, p. 93.

<sup>5</sup> Sur ces dégradations accélérées, cf. par ex. GIEC, Rapport spécial sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels et les trajectoires associées d'émissions mondiales de gaz à effet de serre, dans le contexte du renforcement de la parade mondiale au changement climatique, du développement durable et de la lutte contre la pauvreté, 2019 ; IPBES, Rapport de l'évaluation mondiale de la biodiversité et des services écosystémiques, mai 2019 : [https://ipbes.net/sites/default/files/2020-02/ipbes\\_global\\_assessment\\_report\\_summary\\_for\\_policymakers\\_fr.pdf](https://ipbes.net/sites/default/files/2020-02/ipbes_global_assessment_report_summary_for_policymakers_fr.pdf).

<sup>6</sup> On préférera ce terme à celui d'« immatérielles » tant ce dernier occulte précisément la matière pouvant composer ces intangibles (les ondes par ex.) ou nécessaire à leur production (internet fonctionne grâce à beaucoup de matériaux : câbles, ordinateur, etc.).

<sup>7</sup> M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 403, catégorisant là une conception « hobbesienne » de la propriété.

<sup>8</sup> S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété*, préf. Th. REVET, IRJS-éditions, 2012, pp. 98-99 ; S. DUSOLLIER, 'Inclusivity in intellectual property', in G. DINWOODIE (ed.), *Intellectual Property and General Legal Principles – Is IP a Lex Specialis?*, Edward Elgar, 2015, p. 101-118, et *infra* Propriété intellectuelle et communalité.

<sup>9</sup> V. pour la distinction de trois modèles irréductibles de propriété, à savoir la « maîtrise souveraine », « l'appartenance patrimoniale » et la « réservation de jouissance », cf. M. XIFARAS, *La propriété...*, *op. cit.*, p. 194 et s., p. 201 et s., p. 298 et s.

Mais c'est précisément ce délicat équilibre, sur lequel la construction de certains de ces droits s'est effectuée, qui se trouve aujourd'hui discuté et, de façon croissante, contesté par certains<sup>10</sup> (non que cette contestation n'ait jamais existé auparavant<sup>11</sup>). D'aucuns relèvent ainsi la déstabilisation, provoquée par l'extension considérable du champ de la propriété intellectuelle à de nouvelles ressources<sup>12</sup> et de la privatisation qu'elle génère : aux variétés végétales, avec l'adoption du certificat d'obtention végétale dès les années 1970 ; à l'organisation de l'information avec la protection des bases de données<sup>13</sup> ; aux logiciels, objets d'un droit d'auteur dès les années 1980 aux États-Unis et en Europe ; et plus récemment avec l'extension du brevet au vivant, qu'il soit humain, végétal ou animal<sup>14</sup>, remettant en question la « frontière » de la nature et de la culture. Par l'assouplissement des conditions des protections accordées également, que ce soit celle d'originalité pour les œuvres ou de brevetabilité pour les inventions. Par l'allongement des durées de protection aussi, que ce soit en droit d'auteur ou en droits voisins en matière de musique par l'effet de deux directives d'harmonisation européenne<sup>15</sup>. Par l'extension des droits à la protection des investissements enfin, *via* la reconnaissance de droits voisins que ce soit au bénéfice des producteurs de bases de données ou des éditeurs de presse.

Face à ce renforcement des droits des auteurs et inventeurs, induisant par voie de conséquence un rétrécissement du domaine public<sup>16</sup>, les « droits » de la collectivité se sont fait entendre de plus en plus vivement. Des besoins élémentaires de préservation de la santé ou d'accès à l'information, à la connaissance ou à la culture notamment, se heurtant à la privatisation réalisée, ont cherché et parfois trouvé de nouvelles voies d'affirmation (débat que la crise sanitaire de 2020 n'a fait que raviver à l'égard des vaccins ou thérapies). Des limitations des droits de propriété intellectuelle, timides et strictement encadrées, ont été taillées dans l'absolutisme, que ce soit pour reconnaître les pratiques essentielles des paysans en droit des brevets et en droit des obtentions végétales, ou pour faire échec à une proposition de directive européenne sur la brevetabilité des logiciels (voir la discussion actuelle sur l'organisation de l'accès aux médicaments ou aux vaccins dans les pays pauvres). La culture de liberté portée par l'internet a également nourri une contestation de l'emprise du droit d'auteur sur la diffusion ou la transformation d'œuvres, donnant même naissance à des partis politiques « pirates » dans certains États. La participation accrue des particuliers « amateurs » à la création, par l'intermédiaire des techniques offertes par le numérique, a aussi créé de nouvelles revendications, pas toujours satisfaites celles-là, à l'utilisation d'une œuvre par tous, que ce soit pour s'informer ou encore pour créer à son tour (à partir de fragments d'un son, d'une image, d'une histoire, etc.)<sup>17</sup>. Le phénomène s'est trouvé au cœur de ce que l'on a appelé le web 2.0, c'est-à-dire de cette deuxième phase d'internet favorisant les « contenus générés par les

---

<sup>10</sup> J. BOYLE, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, n° 1-2, 2003, pp. 33-74 ; L. LESSIG, *L'avenir des idées. Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, trad. J.-B. SOUFRON et A. BONY, PUL, 2005. Sur l'ensemble de la question et les équilibres, cf. *infra* S. DUSOLIER, Propriété intellectuelle et communalité.

<sup>11</sup> V. L. PFISTER, « Histoire du droit d'auteur », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1110, 2010, qui rappelle les querelles des XVI<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles ; A. LATOURNERIE, « Droits d'auteur, droits du public : une approche historique », *L'économie politique*, avr. 2004, p. 21-33, qui décrit par exemple la première discussion sur la légitimité du brevet, au XIX<sup>e</sup> siècle, et l'opposition d'une conception qui le saisissait comme un obstacle au progrès technique du fait de la privatisation induite.

<sup>12</sup> Sur cette extension, v. M. VIVANT, « La fantastique explosion des propriétés intellectuelles : Une rationalité sous le *big bang* ? » *Mélanges Nabhan, Hors-série des Cahiers de la Propriété intellectuelle*, 2004, p. 393.

<sup>13</sup> Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 : JOCE n° L 77, 27 mars ; Loi n° 98-536 du 1<sup>er</sup> juillet 1998 portant transposition dans le Code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

<sup>14</sup> Cour suprême des États-Unis, 16 juin 1980, *Diamond v. Chakrabarty*, 447U.S.303 (1980) ; Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

<sup>15</sup> Loi n° 97-283 du 27 mars 1997 transposant la directive 93/98/CEE du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins ; Directive 2006/116 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins ; Directive 2011/77 modifiant la directive 2006/116 relative à la durée de protection du droit d'auteur et des droits voisins.

<sup>16</sup> Ch. CARON, « L'irrésistible décadence du domaine public de la propriété intellectuelle », *Études J. Dupichot*, Bruylant, 2004, p. 61.

<sup>17</sup> S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, th. Montpellier I, dir. M. VIVANT, 2004, spéc. n° 27 et s.

utilisateurs »<sup>18</sup> *via* des techniques inédites d'interactivité permettant au « public », devenu « utilisateur » ou « consommateur », d'intervenir sur des contenus existants pour les transformer<sup>19</sup>, ce à des fins le plus souvent non lucratives.

À leur comble, les tensions se sont alors exprimées entre, d'un côté, les extensions des protections privatives de composantes de plus en plus valorisées économiquement et, d'un autre, l'intensification des volontés d'usages, parfois créatrices de limitations aux droits. Si l'on ajoute que les velléités d'interdire les utilisations illicites d'œuvres protégées ont entraîné une succession de lois qui n'ont pas montré, loin s'en faut, une efficacité notable<sup>20</sup>, la pression sur la protection n'a cessé de s'accroître.

***L'avènement de l'économie du partage*** - Enfin et au titre d'une troisième réalité, on constate que de nouveaux schémas d'accès aux utilités de certains biens se sont installés et diversifiés (non que des ouvertures de l'accès aux utilités soient inconnues auparavant, ainsi qu'en témoignent les divers prêts et baux notamment). L'« économie du partage » et des fonctionnalités fait son chemin, soutenue par les possibilités de communication universelle et en temps réel ouvertes par le réseau numérique et supposant que l'on rompe franchement avec la figure d'un accès exclusif aux utilités de ses biens. Cette ouverture de l'accès s'effectue pour des raisons économiques – la crise qui touche nos sociétés occidentales –, environnementales – éviter la surconsommation de biens en utilisant davantage ceux qui existent – ou, désormais, sur le fondement de valeurs sociales prônant la recherche non plus d'une appropriation, mais d'une utilisation limitée à la fonction d'un bien (certains analysent cependant le mouvement beaucoup plus négativement, comme la marchandisation de l'ensemble des utilités des biens de chacun)<sup>21</sup>. Dans ces « nouveaux » schémas de pensée et d'accès aux utilités, la propriété s'opposerait à la mobilité, à la légèreté, spécialement prisées dans des sociétés de la rapidité<sup>22</sup>. Dans le contexte de la réflexion proposée sur une « échelle de communalité », ce ne sont cependant pas l'ensemble de ces manifestations, de ces orientations vers l'accès qui ont retenu notre intérêt, mais uniquement celles au sein desquelles un propriétaire décide volontairement de donner accès à des utilités de son bien, voire de les affecter à un intérêt commun, d'usage ou de préservation.

C'est ainsi l'ensemble de ces mouvements, et par conséquent les renouvellements des cadres de pensées qu'ils ont entraînés, qui ont donné lieu à des appels renouvelés aux « communs », biens communs, choses communes ou patrimoines communs<sup>23</sup> ainsi qu'à leur mobilisation balbutiante dans de nouvelles argumentations juridiques<sup>24</sup>. Le mouvement implique néanmoins, pour peu qu'émerge un consensus social sur les directions tracées — protection des écosystèmes, rééquilibrage de la réservation et de certains accès à des propriétés intellectuelles, considération des volontés de propriétaires d'affecter des utilités de leurs biens à des intérêts communs — de construire et/ou renforcer des qualifications qui

---

<sup>18</sup> OCDE, *Internet participatif : contenu créé par l'utilisateur*, 28 juin 2007, DSTI/ICCP/IE(2006)7/final, spéc. p. 8 et s. ; Commission eur., *Livre vert : Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, COM(2008)466 final, § 3.4 ; A. CHEVREFILS-DESBIOLLES, *L'amateur dans le domaine des arts plastiques. Nouvelles pratiques à l'heure du web 2.0*, Rapport au ministre de la Culture, mars 2012.

<sup>19</sup> L. LESSIG, *Remix. Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, Bloomsbury, 2008 ; Y. BENKLER, « Coase's Penguin, or Linux and the Nature of the Firm », *Yale Law Journal*, vol. 112, n° 3, 2002, pp 369-446, inversant la théorie économique « classique » fondée sur la force du marché, pour mettre en avant le constat d'une production fondée sur la collaboration et la coordination, facilitée par les technologies numériques ; CSPLA, par V.-L. BENABOU et F. LANGROGNET, Rapport sur les œuvres transformatives, 2014, spéc. pp. 3-5 et p. 7 et s.

<sup>20</sup> M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, 2019 n° 42, p. 59, pour qui il est quasiment devenu « impossible d'interdire ».

<sup>21</sup> V. PIPAME (Pôle Interministériel de Prospective et d'Anticipation des Mutations économique), *Enjeux et perspectives de la consommation collaborative*, juillet 2015, selon laquelle 83% des Français déclaraient en 2013 que « l'important, c'est de pouvoir utiliser un produit plutôt que de le posséder ».

<sup>22</sup> H. ROSA, *Accélération. Une critique sociale du temps*, La Découverte, 2010.

<sup>23</sup> B. PARANCE et J. de SAINT-VICTOR, *Repenser les biens communs*, Éditions du CNRS, 2014, dont J. ROCHFELD, « Quels modèles juridiques pour accueillir les communs ? », pp. 103-128.

<sup>24</sup> V. récemment, Cons. const., Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, mobilisant la notion de « patrimoine commun des êtres humains » présente dans le Préambule de la Charte de l'environnement.



ouvrent ou garantissent véritablement l'usage d'une chose à l'ensemble des membres d'un groupe (local, national, européen ou mondial, voire à une communauté plus restreinte comme celle de malades, du « public » ou de peuples autochtones), ou encore assurent la préservation de cette chose, et plus largement le respect d'une destination commune qui s'y trouve socialement attachée. Cette aspiration entre alors en concurrence avec l'exaltation de l'absolutisme et de l'exclusivisme de la propriété privée dans sa conception contemporaine dominante, ainsi qu'avec l'orientation actuelle de la propriété publique : considérer que les finalités communes dont une chose serait socialement porteuse transcenderaient ou s'allieraient avec celles, individuelles, que le propriétaire peut avoir sur son bien (privé ou public) bouscule le schéma d'une pleine maîtrise sur ses biens. Il faut néanmoins souligner, après d'autres qui l'exprimaient fort bien, « notamment à l'encontre des esprits les plus sceptiques », que l'appel au commun « n'est pas un retour au collectivisme » et que « (l)a propriété reste la clé de voûte du pacte social libéral », tout en avançant que « ses défenseurs doivent comprendre que leur conception est le fruit d'un processus historique et non, comme le suppose une pensée économiste néoclassique, un “droit naturel“ immuable »<sup>25</sup>, qu'il existe une « autre manière de posséder »<sup>26</sup>. Or les enjeux contemporains poussent à notre sens à reprendre les schémas éprouvés.

---

<sup>25</sup> B. PARANCE et J. de SAINT-VICTOR, « Introduction » in *Repenser les biens communs*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>26</sup> P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternativa di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milan, Giuffrè, 1977.

## II –CHOIX DES OBJETS D’ETUDE ET JUSTIFICATIONS DES METHODES

*Choix des objets d’étude* - Les biens ou ressources étudiées dans le cadre de cette étude ont évidemment à voir avec des réflexions spécifiques sur des nécessités de préservation et d’usage plus ouvert : écosystèmes (le statut de l’eau, la biodiversité, le patrimoine des êtres vivants), culture (patrimoine, création), savoir et information. Les choix des terrains se sont par conséquent portés sur les principaux fronts sur lesquels pourrait être envisagée une évolution du droit apte à encadrer davantage l’intérêt commun qui les caractérise. Ils ont été choisis dans divers champs tant du côté du droit public que du droit privé. À leur propos se joue, d’une façon spectaculaire, l’affrontement entre logique privative et logique plus collective (question de l’accès, de l’usage, de la préservation actuelle et future). A leur propos, on l’observe également, il existe peu de mécanismes assurant d’un point de vue juridique les finalités de préservation et d’usage. L’intérêt de la doctrine juridique pour ces catégories est somme toute assez récent et la réflexion autour de biens qui seraient reconnus comme « communs » (v. *infra*) en tant que catégorie juridique reste à construire. L’idée directrice a été par conséquent non seulement d’engager une réflexion sur la nécessité de faire évoluer la condition juridique de chacun de ces biens et ressources, mais aussi de poursuivre une réflexion plus large sur la façon dont le droit peut se saisir de ce sujet dont les enjeux contemporains sont cruciaux.

*Notion de communalité et recours à la notion d’échelle de communalité* - Où l’on en arrive à l’idée de « communalité ». Mais que faut-il entendre par là ? Dans une toute première approche, qui sera bien entendu approfondie dans les lignes qui suivent, le terme renvoie à l’idée que des choses ou des biens sont marqués d’une dimension commune et qu’ils pourraient non seulement s’ouvrir à un usage partagé ou commun, sous des modalités multiples<sup>27</sup>, mais également être protégés et conservés pour le présent et le futur, dans l’intérêt de tous, ou d’une communauté large (nationale, européenne ou mondiale) ou encore d’une communauté plus circonscrite (habitants d’une commune ou d’un quartier, communauté de création, communauté d’usagers, etc.).

Dans le cadre de cette recherche, nous avons ainsi considéré que la « communalité » d’une chose s’appréciait au regard du degré d’ouverture du pouvoir de décider des usages de cette chose ; du pouvoir de bénéficier de ses utilités ; et du pouvoir de contrôler ces usages et utilités. Moins il est possible – juridiquement parlant – d’exclure des individus de l’exercice de ces trois pouvoirs, plus cette chose pourra être dite communalisée. La notion de communalité renvoie alors non seulement à l’idée d’un intérêt commun, mais aussi à la notion d’inclusivité (v. *infra*).

Partant de là, la notion d’échelle de communalité, qui signale l’idée d’une gradation dans les mises en forme juridiques et le périmètre de cette destination commune, a été élaborée. Cet outil a paru être intéressant en ce qu’il a permis de comprendre quelle est, d’un point de vue juridique, la part de communalité dans les agencements des différents intérêts autour des biens et ressources (intérêts privés et intérêt(s) commun(s)) et de quelle façon le droit en assure les contours : avec quelles mises en formes juridiques, quelles garanties, quelles faiblesses aussi.

L’étude entend utiliser cet outil de l’échelle de communalité à des fins de description et d’analyse de la condition juridique actuelle des différents objets étudiés, perspective qui a permis d’identifier une gamme de régimes de communalité du plus faible au plus fort et de comprendre où sont les déficits de communalité. Cela ne signifie d’aucune façon qu’il y ait un unique modèle prédéterminé et idéal de « privatif » ou de « commun ». La justification du niveau de communalité au regard de chaque type de ressource et du régime de propriété auquel elle est soumise sont évidemment mis en question dans l’étude. Ainsi, on ne raisonne pas de la même façon à l’égard d’un espace public ou d’une propriété privée, même si la mise au contact des différents exemples étudiés et la comparaison des principes et méthodes sollicitées ici et là est aussi une source possible d’inspiration. Les solutions trouvées dans un

---

<sup>27</sup> V. *infra* Partie 2 – Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit.

domaine particulier ont, pour certaines, été transposées à d'autres domaines, et dans certains cas ont donné lieu à des figures transversalisées.

**Objectifs de la recherche** - Une fois admis ce cadre de réflexion partagé autour de la communalité, chaque contributeur a mobilisé cet outil de façon spécifique, étant entendu que deux types d'apports ont été réalisés. Une première série a concerné les biens et ressources sur lesquels il a été jugé utile de développer une réflexion sur les déficits de communalité et les moyens de les combler. Sur le fondement de cette idée, la recherche s'est alors donné un double objectif. En premier lieu, identifier, voire révéler les techniques juridiques déjà présentes en droit positif grâce auxquelles cette communalité s'exprime (par exemple au travers de notions telles que la chose commune ou le domaine public). Le constat a alors été que celle-ci se manifestait bien, mais de manière très désorganisée et variable selon les biens et choses étudiés. En conséquence et en second lieu, l'une des tâches a été de proposer une mise en cohérence de la matière afin, d'une part, de protéger et renforcer l'armature juridique de cette communalité et, d'autre part, de réfléchir à de nouvelles techniques qui pourraient s'avérer utiles. Une seconde série d'apports a consisté à travailler un certain nombre des techniques classiques du droit qui, alors même qu'elles n'ont pas été conçues spécialement à cette fin, permettent d'outiller cet intérêt commun (les techniques d'affectation volontaire en particulier, comme la fiducie).

**Principales figures dégagées** - L'outil de l'échelle de communalité a par conséquent été utilisé au service d'une réflexion prospective, permettant de dégager une graduation en fonction des différents paramètres (cf. *infra*) et de proposer des pistes d'évolution propres à reconnaître et protéger plus efficacement l'intérêt commun. Chaque développement et étude a été structuré sur une trame identique, allant du constat de l'existant en droit positif à des propositions d'évolutions qui ont fait l'objet d'une discussion collective. Se sont, au fil des échanges, dégagées des figures transversales, illustrées à chaque fois par des applications d'ores et déjà existantes ou à faire évoluer. La figure du patrimoine commun s'est tout d'abord imposée pour constituer un premier socle de communalité, notamment parce que le droit français proclame un certain nombre de biens ou de ressources comme faisant partie du « patrimoine de la nation » ou « des êtres humains », bien qu'il n'en tire pas spécialement de conséquences juridiques. La notion de chose commune a ensuite été considérée comme une catégorie à saisir, dans le champ plus restreint des objets non appropriés. Par ailleurs, les biens publics ainsi que les techniques d'affectation volontaire ont été étudiées comme composant des régimes existants pouvant être orientés vers la défense d'intérêts communs. Dans le prolongement de ces réflexions, toujours d'un point de vue transversal, ont aussi été discutées les questions des prérogatives à reconnaître aux membres des communautés intéressées et du type de recours judiciaires possibles (action en cessation ; dommages etc.), ainsi que celles de gouvernement ou de « gouvernance » des ressources concernées.

**Arguments de droit comparé** - L'étude contient par ailleurs un nombre important d'éléments puisés dans le droit comparé (v. Annexes). D'une part, on trouve, dans la plupart des développements des références à d'autres systèmes. Par exemple, la réflexion sur la notion de patrimoine commun a puisé au « principe d'usage raisonnable de la ressource » de la doctrine utilisée par certains États aux États-Unis » ou à la jurisprudence du Conseil d'Etat belge, activant tout particulièrement la notion pour lui donner des conséquences juridiques ; celle sur l'obligation réelle environnementale s'est appuyée sur la figure des *Conservation Easements* des pays de common law ; l'étude du régime de l'eau a considéré l'exemple des *water rights*, pour franchir le pas de la proposition de reconnaissance de droits réels spéciaux sur l'eau, etc. D'autre part, le choix a été fait de traiter isolément, dans des études dédiées, certaines institutions emblématiques (v. les annexes, Leçons de droit comparé), comme les figures intéressantes des droits portugais et brésilien de reconnaissance d'intérêts transindividuels ; du *Public Trust* états-uniens comme guide d'un régime de la chose commune ; des limitations apportées aux privatisations des espaces publics dans les pays anglo-américains et en Allemagne (*via* la doctrine de l'effet horizontal des droits fondamentaux). Le droit italien a occupé une place relativement importante. C'est en effet dans la doctrine italienne que s'est développée une véritable réflexion sur l'opportunité d'introduire une

catégorie juridique de *beni communi* entre les notions de bien privé et de bien public. Un rapport traite ainsi de « La reconnaissance de l'intérêt commun en rapport avec les droits fondamentaux au sein des Beni comuni en Italie ».

*Une proposition de réformes* - L'ensemble de la réflexion a débouché sur des propositions de réformes, qu'elles portent sur une réinterprétation ou une reformulation de textes existants ou aillent davantage vers l'adoption de dispositions inédites. Elles font l'objet de la seconde partie du rapport et s'articulent autour de l'objectif premier de mieux intégrer les biens communs en droit (**Partie 2 : Propositions de réformes pour intégrer les biens communs en droit**) (v. également les annexes). Mais au préalable, il est nécessaire dans une première partie d'expliquer plus avant comment et pourquoi il a été fait recours à la notion d'« échelle de communalité » et de fixer le cadre conceptuel de l'analyse et des propositions de réformes (**Partie 1 : Le cadre conceptuel de l'analyse et des propositions de réformes**).

## PARTIE 1 – LE CADRE CONCEPTUEL DE L'ANALYSE ET DES PROPOSITIONS DE REFORMES

L'analyse du rapport qu'entretient la communalité avec la propriété (**Titre 1**) constitue un préalable pour comprendre le sens de la réflexion et des propositions. Ce rapport sera illustré par l'agencement de deux « figures propriétaires » importantes, la propriété intellectuelle et la propriété publique, d'ores et déjà porteuses de communalité (**Titre 2**). Ce n'est qu'à l'issue de ces analyses que l'on éclairera plus avant le choix de recourir à une notion d'« échelle de communalité » ainsi que ses critères (**Titre 3**).

## TITRE 1 – PROPRIETE ET COMMUNALITE

Les théories de la propriété sont en partie assises sur le paradigme de la propriété exclusive. Celui-ci est néanmoins impuissant à rendre compte de la diversité des modèles propriétaires, qui s'exprime pourtant d'ores et déjà dans le droit positif, notamment quand il est question de faire une place à une dimension commune d'usage ou de préservation (**Section 1**). Cette incapacité à décrire une réalité complexe invite à un dépassement de la présentation dominante de la propriété, en partant non des prérogatives que détient le propriétaire sur son bien, mais de l'espace de communalité qui s'organise autour d'une chose ou d'un bien et inclut d'autres personnes, soit l'autre versant de la propriété (**Section 2**).



## Section 1. Le paradigme de la propriété exclusive : l'occultation de la diversité et de la communalité

Les constats posés au départ de cette entreprise ont été ceux, d'une part, de l'absorption du rapport des hommes aux choses par la propriété – soit l'extension de son domaine – ainsi que, d'autre part, de l'installation durable d'un paradigme exclusiviste à la période moderne<sup>28</sup> : en rupture avec l'Ancien droit, le Code civil imposa la propriété privée exclusive et individuelle, exclusivité qui allait par la suite, tout au long des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, être élevée au rang de caractéristique essentielle de la propriété<sup>29</sup>. Ainsi que l'affirmait Pothier par exemple, « propre et commun sont les contradictoires »<sup>30</sup>. Selon cette conception, les biens sont détenus par un propriétaire unique, ayant sur eux une maîtrise directe, pleine et exclusive, en même temps que perpétuelle. La boucle se referma, comme s'il n'était plus possible de penser ensemble le commun et la propriété.

En dépit de tentatives doctrinales alternatives<sup>31</sup>, au fil desquelles des auteurs ont dénoncé, les uns, l'absence de pertinence ou, les autres, la simplification à l'extrême d'une réalité plus complexe, ce paradigme de l'exclusivisme est resté très ancré, fermement défendu par une doctrine dominante. Certes, la propriété publique de l'État et des autres personnes publiques a pu offrir un réceptacle pour transcender la propriété ainsi conçue et faire une place à des utilités collectives, voire à une affectation à l'usage de tous au sein de la figure du domaine public<sup>32</sup>. Mais, désormais, cette propriété a en grande partie rallié le rapport propriétaire exclusif ou se trouve pensée en parallèle de la propriété privée. En définitive, l'article 544 du Code civil fournirait aujourd'hui la matrice de laquelle dériverait, dans un lien de droit commun à droit spécial, toute autre propriété, qu'elle soit publique ou privée, qu'elle porte sur un objet matériel ou immatériel<sup>33</sup>. Or cette perspective non seulement ignore la grande diversité des modèles propriétaires et des agencements dans la propriété<sup>34</sup>, mais exalte une dimension exclusiviste pourtant concurrencée par une dimension commune à l'égard de certains biens ou choses.

Ignorer la diversité des modèles propriétaires revient ainsi à ne plus saisir au plus juste les lignes de frontières entre propriété publique et privée (§ 1), entre propriété matérielle et immatérielle (§ 2), et à faire peu de cas de la charge de communalité de certaines propriétés, quand cela n'implique pas tout simplement d'occulter la sphère de l'inappropriable, hors et au sein de la propriété, et partant un territoire de communalité (§ 3).

---

<sup>28</sup> Sur l'évolution, v. not. F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, th. Lyon, 1981, dir. J. Rubellin-Devichi ; F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 2008, spéc. n° 166 et s., p. 261 et s. ; F. TERRE, « L'évolution du droit de propriété depuis le code civil », *Droits*, 1985, p. 33 ; J. CARBONNIER, « Le droit de propriété depuis 1914 » et « Les dimensions personnelles et familiales de la propriété », in *Flexible droit*, 10<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 352 et p. 371.

Sur la propriété comme « dogme » ou « paradigme », cf. M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004, spéc. p. 8-12 ; W. DROSS, *Droit des biens*, 4<sup>e</sup> éd., Domat, LGDJ-Lextenso éditions, 2019, n° 3 et s.

<sup>29</sup> Voir de substance de la propriété, v. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960, spéc. p. 34 et s. et p. 116 et s. ; R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Livre du bicentenaire du code civil*, Paris, Dalloz, 2005, § 9 ; F. ZENATI-CASTAING, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006, p. 445 et s.

<sup>30</sup> R. J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété. Œuvres de Pothier*, t. X, publié par M. Siffrein, Paris, 1821, p. 10.

<sup>31</sup> Ce fut en particulier l'objet de certains travaux de Saleilles, Gurwitch et Duguit, v., sur ces écoles du droit social, N. WAGENER, V° Droit social, in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, Quadrige, 2017.

<sup>32</sup> Cf. *infra*, Titre 2.

<sup>33</sup> En ce sens, J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et Th. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mél. A. Colomer*, Litec, 1993, p. 281.

<sup>34</sup> Sur cette idée d'une diversification des modèles propriétaires, v. M. CORNU et H.-J. LUCAS (dir.), *Les modèles propriétaires au XXI<sup>e</sup> siècle : actes du colloque international en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas*, Université Poitiers, LGDJ, Paris, 2012.

## § 1. L'incertaine ligne de partage entre propriété publique et propriété privée

L'une des conséquences de l'alignement sur un modèle propriétaire unique tient en l'occultation de la distinction de la propriété publique et de la propriété privée. Bien que la ligne de distinction entre les deux soit quelque peu schématique — en ce qu'elle ne rend pas compte non plus de la variété des modèles, du point de vue du droit privé comme du point de vue du droit public —, il faut pourtant réaffirmer les différences irréductibles entre ces deux formes de propriétés, quand bien même la propriété publique a constamment tendu récemment à se rapprocher de la propriété privée<sup>35</sup>. La théorie contemporaine de la propriété publique a effectivement eu pour résultat de l'inscrire dans le sillage de l'article 544 du Code civil, texte qui ouvrirait en conséquence à une variante privée et à une variante publique<sup>36</sup>. L'adoption du Code général de la propriété des personnes publiques, issue de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006, a renforcé cette tendance : en plus de réunir tous les régimes de propriétés publiques antérieurement éparpillés et de clarifier les conditions d'entrée et de sortie des droits et des biens du patrimoine public, ce code a voulu moderniser la gestion des propriétés publiques la faisant basculer dans une propriété économique assise sur l'accroissement de la « conscience de la valeur économique du patrimoine et la volonté d'en rationaliser et d'en rentabiliser la gestion »<sup>37</sup>.

Or les deux figures propriétaires, privée et publique, continuent de se distinguer sur au moins trois plans<sup>38</sup>.

Tout d'abord, elles se démarquent quant à leur titularité : les personnes publiques n'ont pas véritablement un droit de propriété absolu se coulant dans les formes dessinées par l'article 544 du Code civil. Elles n'ont, en principe, qu'une maîtrise relative de leurs biens dès lors qu'elles sont tenues par une certaine affectation collective<sup>39</sup>. Selon Christian Lavalie par exemple, l'appropriation publique « parce qu'elle est le fait de propriétaires publics, représentants de citoyens et non d'actionnaires ou sociétaires, présente une spécificité qui la différencie de l'appropriation privée »<sup>40</sup>. Particulièrement, le régime de la domanialité publique doit composer avec « le droit des usagers du domaine ou du service affectataire ». Ainsi que le souligne Norbert Foulquier à ce propos, le domaine public se définit en principe et d'une part « par une affectation à l'utilité publique qui peut être locale ou nationale et, d'autre part, [par] son inaliénabilité (avec son imprescriptibilité) [qui] structure l'essentiel de son régime : deux caractéristiques qui limitent le droit de propriété des personnes publiques sur les éléments de leur domaine public, au bénéfice de la population »<sup>41</sup>.

Ensuite, ces propriétés se distinguent quant à la maîtrise qu'elles impliquent et au rapport à la commercialité, plus largement à la faculté du propriétaire d'aliéner son bien (on pourrait d'ailleurs faire émerger une échelle de commercialité en parallèle de celle de communalité). Ainsi, la protection de l'affectation publique, au moins pour les biens du domaine public, passe par la proclamation de leur inaliénabilité et de leur imprescriptibilité. Quant à eux, les biens privés se trouvent soumis à des formes d'indisponibilités moins lourdes, même lorsque leur dimension d'intérêt commun est reconnue dans le droit positif (par exemple pour les biens relevant du patrimoine culturel) : il n'y a pas, à la différence des propriétés publiques évoquées, d'interdiction d'aliéner qui puisse contraindre le propriétaire privé. Il est toutefois vrai que les choses se font moins tranchées lorsqu'on regarde de plus près l'exercice des droits dans la propriété publique : il appartient en réalité au propriétaire public de décider de l'affectation,

<sup>35</sup> P. YOLKA, *La propriété publique : éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, LDGJ, 1997□; H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, préf. D. Truchet, LGDJ, 2001. Pour plus de précisions, v. *infra* Titre 2 – Section 2 - Propriété publique et communalité.

<sup>36</sup> En ce sens, C. LAVIALLE, « Regard sur l'appropriation publique », in D. TOMASIN (dir.), *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, Presses de l'Université de Toulouse, 2006.

<sup>37</sup> Y. GAUDEMET, « □L'avenir des propriétés publiques□ » in *Mél. F. Terré*, Dalloz-puf-JurisClasseur, 1999, p. 567.

<sup>38</sup> Pour une discussion plus fournie, cf. *infra* Propriété publique et communalité. (Titre 2, Section 2)

<sup>39</sup> C. LAVIALLE, art. préc., n° 31.

<sup>40</sup> C. LAVIALLE, art. préc., n° 30.

<sup>41</sup> N. FOULQUIER, V° Domaine public, in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*

décision de surcroît réversible ; de la sorte, il peut revenir sur l'inaliénabilité et l'on peut considérer que, ce faisant, il ne fait qu'user, à l'instar d'un propriétaire privé, d'un attribut de son droit de propriété devant lequel peuvent céder les droits des usagers (ce que ne manque pas de faire remarquer, au titre des fragilités de la construction contemporaine, Norbert Foulquier également)<sup>42</sup>. Il n'en demeure pas moins que la personne publique n'est pas entièrement souveraine dans la maîtrise des biens affectés et que, même si l'idée s'est affaiblie dans certaines conceptions contemporaines de la propriété publique, « l'État exerce sa propriété pour le compte du public » et qu'il compose en conséquence un « propriétaire fiduciaire »<sup>43</sup>.

Enfin, ces propriétés s'opposent quant à leur finalité : assise sur l'intérêt individuel du propriétaire d'un côté, elles sont censées servir une affectation au public ou au service public, de l'autre, au moins pour les biens qui intègrent le domaine public de nouveau. Mais il est vrai que les finalités sociales attachées à certains biens peuvent induire des variations de régime dans les deux sphères : on ne posera pas les mêmes exigences à l'égard d'un propriétaire, public ou privé, dans le domaine de la gestion de l'eau, des biens de santé, de la protection du patrimoine culturel, de la collecte et de la conservation des archives, de l'environnement ou du statut des données.

Le tout fait cependant que ces propriétés n'ont pas la même structuration du point de vue des rapports entre la sphère privative et la sphère commune, la question de la communalité ne pouvant s'y exprimer dans les mêmes termes.

Il faut cependant ajouter que chacune de ces sphères connaît des diversités de régimes qui conduisent à rejeter l'opposition binaire : il n'y a pas un propriétaire privé *versus* un propriétaire public.

Cette diversité tient en premier lieu à la qualité des propriétaires.

Sur le versant du droit privé, la propriété ne s'exercera pas de manière identique selon qu'elle est détenue par des personnes physiques ou morales de droit privé. Partant, la question de la communalité, et les modalités du contrôle de son respect, ne devraient pas s'y poser dans les mêmes termes non plus. Les personnes morales sont en effet tenues par leurs statuts et leurs instances délibératives ; elles sont supposées exercer un contrôle collégial sur la prise de décision. Lorsque, par exemple, un fonds régional d'art contemporain, constitué sous la forme associative avec des biens relevant du régime de la propriété privée, déclare ceux-ci inaliénables, cela ne signifie pas que ces biens relèvent d'un statut d'indisponibilité, mais que l'association s'engage à ne pas les vendre ; elle répondra alors de cette obligation devant ses membres. La titularité sur la tête d'une personne morale s'exerce en conséquence « naturellement » autour d'un intérêt social ou statutaire, qui peut être commun et est soumis à contrôle dans son respect.

Sur le versant du droit public, les variations entre les propriétaires que sont l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics, introduisent également des éléments de complexité relatifs à la diversité des rapports de pouvoir et des modalités de contrôle. À nouveau, ils débordent le vis-à-vis entre propriétaire et éventuels usagers. Par exemple, en dépit du principe de libre administration, l'État exerce un contrôle scientifique et technique sur les collectivités territoriales relativement aux modalités de protection du patrimoine culturel, ce tout au long de la chaîne patrimoniale c'est-à-dire de la collecte et de l'identification à la mise à disposition pour le public, en passant par les actes de conservation et de restauration, d'enrichissement ou de dispersion de ce patrimoine. On peut aussi évoquer la théorie des mutations domaniales selon laquelle « lorsqu'un motif d'intérêt général justifie de modifier l'affectation de dépendances du domaine public appartenant à une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public, l'État peut, pour la durée correspondant à la nouvelle affectation, procéder à cette modification en l'absence d'accord de cette personne publique [...] »<sup>44</sup>. À cet égard d'ailleurs, le Conseil d'État a considéré que « la théorie des mutations

---

<sup>42</sup> Sur le caractère volontariste de l'affectation, N. FOULQUIER, V° Domaine public, in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit.

<sup>43</sup> Selon la formule de M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 2<sup>ème</sup> éd., 1893, Larose et Forcel, Paris, p. 646.

<sup>44</sup> Article 2123-4, CGPPP.

domaniales ne méconnaissait pas le principe de la libre administration des collectivités territoriales, consacrant ainsi la primauté accordée à l'intérêt général sur les intérêts publics particuliers »<sup>45</sup>.

## § 2. Les fausses oppositions entre propriété matérielle et immatérielle

La ligne de frontière entre propriété matérielle et propriété immatérielle n'est pas non plus toujours analysée au plus juste au prisme du paradigme exclusiviste. Le débat s'est essentiellement focalisé dans la doctrine sur l'aptitude de l'article 544 du Code civil à saisir la propriété immatérielle<sup>46</sup>. Elle serait une espèce du genre défini dans le Code civil, une sorte de propriété spéciale, ce qui avait d'ailleurs déjà été affirmé<sup>47</sup>.

Pourtant et en premier lieu, aborder le champ des propriétés immatérielles sous le prisme de la propriété exclusive, même comme une déclinaison de cette dernière, conduit en réalité à en gommer et nier les singularités. En effet, ces propriétés ne se réduisent pas à un rapport exclusif entre le titulaire et sa chose. D'une part, elles portent sur des objets qui, par nature, ont vocation à la diffusion et où l'usage que l'un en fait ne diminue pas ni n'empêche celui des autres (non-rivalité et non-excluabilité dans le langage économique). Ce sont des caractéristiques très importantes pour penser la communalité, qui commandent nombre de solutions juridiques et façonne de manière particulière la propriété intellectuelle<sup>48</sup>.

D'autre part, loin de veiller au rapport « égoïste » entre le propriétaire et sa chose, au *dominium* ainsi qu'il est qualifié par la doctrine anglo-saxonne classique<sup>49</sup>, les droits de propriété intellectuelle organisent plutôt la circulation et l'exploitation de la chose immatérielle entre son créateur, le titulaire du droit, les exploitants et la société tout entière, destinataire ultime de la création et de l'innovation. Pour la plupart, ces régimes se sont construits en intégrant une vocation économique et sociale à la diffusion (des œuvres, des inventions, etc.) envers un marché d'exploitants et au bénéfice d'une communauté bénéficiaire, que ce soit le public, des institutions en charge de la diffusion vers le public, certaines catégories d'utilisateurs, la valeur de connaissance dans son ensemble, etc. La formule employée à leur égard au moment des premières lois révolutionnaires évoquait ainsi tour à tour la propriété de l'auteur et la propriété du public, censée prendre place à l'expiration du monopole de l'auteur<sup>50</sup>. L'agencement des droits qui les composent a ainsi intégré *ab initio* non seulement le titulaire du droit de propriété, mais encore les droits ou intérêts des usagers, qu'ils soient exploitants, utilisateurs qui transforment ou améliorent la création pour créer de nouveaux objets immatériels, ou encore utilisateurs finaux la consommant.

Or la puissance du prisme de l'article 544 du Code civil, conçu pour la propriété matérielle, a eu pour conséquence que le progrès de la matière a été principalement pensé comme un renforcement du droit exclusif de l'auteur ou des ayants droit, de leur contrôle sur l'objet immatériel, et que la lecture en termes d'équilibre des bénéficiaires a été laissée de côté. La tendance est perceptible dans la doctrine spécialisée et apparaît très nettement au fil de l'adoption d'un certain nombre de textes de l'Union européenne :

<sup>45</sup> M. GUYOMAR (Rapporteur public), Conclusions, CE, 15 sept. 2010, n° 330734, *M. Thelineau* ; v. également en ce sens, CE, 23 juin 2004, n° 253419, *Commune de Provile*.

<sup>46</sup> J.-M. MOUSSERON, Th. REVET et J. RAYNARD, « De la propriété comme modèle », *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 281 ; L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, PUF, Thémis, 2013, p. 13 ; A. LUCAS, « Droit des biens et biens spéciaux, l'exemple de la propriété intellectuelle », in *Les modèles propriétaires – Actes du colloque international organisé par le CECOJI, LGDJ*, 2012, p. 15-24. Pour une analyse des différentes qualifications et controverses sur la nature propriétaire du droit d'auteur, v. A. STROWEL, *Droit d'auteur et Copyright – Divergences et Convergences*, Bruylant, 1993, p. 135 et suiv.

<sup>47</sup> V. en ce sens *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3<sup>èmes</sup> Journées Savatier, PUF, 1991.

<sup>48</sup> Cf. *infra* Propriété intellectuelle et communalité (Titre 2, Section 1).

<sup>49</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries on the law of England*, 1765, Liv.2, Ch.1.

<sup>50</sup> L'idée a ressurgi à la faveur d'une QPC dans laquelle les requérants, contestant la création d'un droit à l'image sur les domaines nationaux et tentant de faire reconnaître l'existence d'un domaine public au sens du droit d'auteur, ont plaidé à cet égard l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR), Conseil const., Décision n° 2017-687 QPC du 2 février 2018, *Association Wikimedia France et autre [Droit à l'image des domaines nationaux]*, sur laquelle M. CORNU, « L'image des biens publics, le pas de deux du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *D. IP/IT*, septembre 2018, n° 9, p. 490-496.

dans les réformes, et dans la jurisprudence, les droits du public ont du mal à se frayer une place, ou seulement sous la forme d'exceptions ou d'aménagements particuliers ne devant pas déroger au principe d'exclusivité<sup>51</sup>. Cette extension de la propriété intellectuelle et ce renforcement des droits ont entraîné des réactions tant de la doctrine que du public, dénonçant une « enclosure » des communs<sup>52</sup> ou augurant une « crise de l'idéologie propriétaire »<sup>53</sup>.

Ensuite, le prisme de l'article 544 a gommé la distinction des ressources rivales et non rivales. L'une des conséquences fut par exemple d'ouvrir à des assimilations entre copie et vol ; or la soustraction se nuance lorsque l'on copie un élément qui reste également aux mains de son détenteur.

En second lieu et par ailleurs, ce prisme dominant a permis de glisser vers un traitement indistinct de toutes les propriétés immatérielles. Pourtant, elles entretiennent des différences entre elles, qui se manifestent notamment dans l'agencement des droits et intérêts à l'usage de la chose. Le droit des brevets, probablement le plus proche du modèle de l'article 544 du Code civil, n'a ainsi pas été élaboré dans le même moule que le droit de l'auteur, ce malgré des tentatives unificatrices de la doctrine<sup>54</sup>. Même le droit des marques, dont le champ de protection repose sur un axe de spécialité des usages réservés qui l'éloigne fortement de la propriété « classique », emprunte de plus en plus à la rhétorique de réservation absolue de tout usage du signe<sup>55</sup>.

En définitive, si l'on réintroduisait toutes ces nuances, on aboutirait à l'idée que, davantage qu'une distinction des caractères matériel ou immatériel, c'est bien d'un équilibre différent de la part privative et commune dont il doit être question en matière de propriétés immatérielles<sup>56</sup>.

### § 3. L'occultation de l'articulation entre appropriable et inappropriable

Enfin l'instauration du paradigme de la propriété, qui plus est exclusiviste, a marginalisé la perception de l'inappropriable, c'est-à-dire d'une sphère se situant hors d'emprise de la propriété et, ce, à deux points de vue.

Le premier a tenu en la quasi-disparition, dans le discours juridique et la réalité, d'une sphère de choses inappropriées et non appropriables. Le droit les embrasse pourtant dans la catégorie des choses communes, figure juridique de l'article 714 du Code civil. L'étude en sera bien entendu menée dans son rapport à la communalité et entraînera vers des propositions de renforcement de son régime<sup>57</sup>. Mais, en l'état, cette figure de l'inappropriable n'est pas exploitée ni considérée comme opératoire, en dépit de plusieurs projets ou propositions de loi suggérant d'instituer une véritable figure juridique de ce type et de la rendre effective pour assurer « l'usage commun de tous » (notamment pour le domaine public de la propriété intellectuelle)<sup>58</sup>.

Mais la question de l'inappropriable ne se réduit pas à cette catégorie de choses inappropriables. Elle pourrait soulever un intérêt à un second point de vue, c'est-à-dire au sein de la propriété elle-même. On pourrait en effet considérer qu'il y a, y compris dans les objets appropriés, une part variable d'inappropriable où précisément la communalité aurait vocation à se nicher et à entraîner diverses conséquences en termes d'accès ou d'usage au bénéfice de tiers non-propriétaires ou d'affectation à un

---

<sup>51</sup> V., par exemple, la réaffirmation par le Cour de justice de l'Union européenne du principe d'exclusivité du droit d'auteur, entraînant le rejet d'un mécanisme y dérogeant en faveur de la réexploitation d'œuvres hors commerce, CJUE, 16 novembre 2016, *Soulier & Doko*, C-301/15, ECLI:EU:C:2016:878.

<sup>52</sup> J. BOYLE, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, n° 1-2, 2003, pp. 33-74.

<sup>53</sup> B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Les liens qui libèrent, Paris, 2015.

<sup>54</sup> En ce sens, J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et Th. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 281 ; dans le même sens, N. BINCTIN, *Le capital intellectuel*, LexisNexis, Paris, 2007.

<sup>55</sup> A. KUR & M. SENFILEBEN, *European Trademark Law – A Commentary*, Oxford University Press, 2016, § 1.03.

<sup>56</sup> V., pour plus de précisions, *infra* Titre 2 - Propriété intellectuelle et communalité.

<sup>57</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 2 - Propositions de réformes relatives à la chose commune.

<sup>58</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 2.2 - Le domaine commun informationnel comme chose commune. (à vérifier)

intérêt commun de conservation. Partant, les biens reconnus porteurs d'un intérêt commun seraient appropriables selon certaines gradations. On reconnaîtrait alors le plus haut degré d'exclusivité quand cette part n'existe pas, jusqu'au plus haut degré d'inclusivité quand elle occupe tout l'espace, à savoir dans la figure de la chose commune de l'article 714 du Code civil<sup>59</sup>.

Mais, avançant en ce sens, on est amenés à préciser les articulations possibles entre propriété et communalité.

---

<sup>59</sup> V. *infra* Partie 1, Titre 2, Section 1 – Propriété intellectuelle et communalité.

## Section 2. Le retournement du paradigme de la propriété exclusive : les modes d'articulation de la propriété et de la communalité

Reconnaître la complexité des agencements animant la propriété ainsi que la part de communalité qui peut avoir vocation à s'y déployer invite à penser différemment la propriété et à admettre (ou plus exactement à prendre conscience) que, dans beaucoup d'hypothèses, à savoir quand elle porte sur certaines choses ou s'intègre dans certains types d'organisation sociale, la propriété puisse s'imprégner plus ou moins fortement d'une dimension commune dépassant le seul intérêt du propriétaire. Contrairement à ce que laisserait penser la célèbre phrase de Pothier ci-avant évoquée, la notion de communalité ne serait pas toujours antinomique de celle de propriété. Toute la difficulté consiste alors à articuler les droits et/ou les intérêts<sup>60</sup> qui en dérivent et reviennent à une communauté, soit que celle-ci réunisse des personnes identifiées, voire organisées au sein d'une personne morale (communauté positive), soit qu'elle embrasse des personnes non déterminées *ab initio* (communauté diffuse)<sup>61</sup>, et à prendre la mesure de la place laissée à l'intérêt commun au côté de celui du propriétaire sans remettre en question la fonction émancipatrice de la propriété (§ 1). Dans cet exercice, il peut être utile de faire appel aux théories développées par les doctrines contemporaines s'inscrivant dans la thématique des communs (§ 2).

### § 1. Remodeler la figure de la propriété

Bien évidemment, plusieurs voies ont déjà été explorées pour réintégrer, dans la propriété ou hors de celle-ci, une communalité. Avec un regard vers le passé, on peut évoquer les saisines multiples et la propriété divisée, la fonction sociale de la propriété ou encore la spécialisation de certaines propriétés. De façon plus contemporaine, l'appréhension de la propriété dans des conflits de droits fondamentaux, la réduction de son assiette ou encore l'approche réaliste et relationnelle états-unienne en faisceau de droits. Chacune de ces directions présente des intérêts, mais, toutes ancrées dans la propriété, elles laissent souvent dans l'ombre la part du commun, à savoir l'identification des affectations et de leurs bénéficiaires ainsi que l'éventuelle organisation de ces derniers. C'est pourquoi elles devront s'allier à la formalisation d'une approche par la communalité, vers laquelle on avancera par la suite<sup>62</sup>.

#### 1. Les saisines multiples, partage des utilités

Le précédent historique de l'Ancien droit se fait évidemment très présent lorsque l'on réfléchit à l'agencement de prérogatives et à la reconnaissance de superpositions d'utilités sur un même bien, selon les usages exercés, au sein de propriétés « simultanées » ou plus exactement « divisée »<sup>63</sup>. Il s'y est en effet développé plusieurs articulations entre les ayants droit<sup>64</sup>, la complexité des modèles possibles étant tout à fait palpable : la « propriété simultanée », expression de la jurisprudence du XIX<sup>e</sup> siècle, renvoyait davantage à des prérogatives détenues à égalité, alors que la propriété divisée de l'Ancien droit correspondait à un modèle hiérarchisé. Malgré ces nuances, il n'en demeure pas moins que ce modèle reposait, pour le bénéfice d'une utilité d'un bien, sur une « saisine » définie comme une « maîtrise

---

<sup>60</sup> V. *infra* pour la variété des qualifications.

<sup>61</sup> Sur ces différents types de communautés, v. J. ROCHFELD, V<sup>o</sup> Communauté négative, positive, diffuse, in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*

<sup>62</sup> Cf. *infra* §2.

<sup>63</sup> A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, spéc. n<sup>o</sup> 28, p. 37 et s. et p. 42-43.

<sup>64</sup> Cf. pour une synthèse, M. LESNET-FERRE, « La terre et l'appropriation collective : approche historique », in *Les modèles propriétaires*, *op. cit.*, p. 133 et s.

privative, légitime et durable »<sup>65</sup>. L'on admettait ainsi, sur un même bien, la superposition de pouvoirs simultanés portant sur chacune des utilités que celui-ci pouvait offrir. Cette coexistence de multiples saisines a d'abord intéressé la terre, puis fut admise sur des biens mobiliers, sous la forme d'un domaine utile et d'un domaine direct (en réalité de cascades de domaines, le détenteur du domaine utile pouvant à son tour le concéder)<sup>66</sup>. L'une des diverses conséquences était « d'identifier la propriété à la jouissance du bien et d'admettre qu'il y a ou peut y avoir autant de propriétés qu'il y a d'utilités du bien. »<sup>67</sup> Une autre tenait en la nécessité d'organiser cette coexistence et, pour ce faire, de régir les rapports personnels entre les divers propriétaires ou titulaires de prérogatives ; d'imbriquer les multiples liens d'obligations que les différents titulaires devaient entretenir sur une même matière.

Ce précédent historique recèle également une autre figure, qui ne doit pas être confondue avec la propriété divisée, à savoir les communaux<sup>68</sup>. Du IX<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle au moins, les communaux représentaient cette partie du territoire d'un village qui, n'étant pas l'objet d'une propriété privée, était réputée commune à tous les habitants. Il s'agissait en général de landes, friches, bois, étangs ou marais<sup>69</sup>. Les communaux servaient, par exemple, à l'entretien des bestiaux des villageois ou à la fourniture de petit bois de chauffage. Ils incarnaient une forme de propriété collective des habitants de la commune fondée sur le droit d'usage et de jouissance d'une partie du territoire utilisé en commun notamment pour la culture, la chasse ou la cueillette. Ces terres étaient ainsi exploitées par des habitants issus d'un même terroir et marqués par une forte solidarité, le plus souvent familiale, qui a composé le fondement des collectivités villageoises du XII<sup>e</sup> au XIV<sup>e</sup> siècle.

Évidemment, il n'est nullement question aujourd'hui de transposer ces figures historiques, ce pour au moins deux raisons.

D'une part, si la première figure donne des outils pour penser le partage des utilités, elle ne renvoie pas spécialement à des intérêts communs.

D'autre part la seconde figure, quant à elle, puise à deux ancrages qui ne sont plus ceux actuels. Tout d'abord, ces agencements se faisaient l'expression d'une « destination » objective des choses : c'est parce qu'on leur attribuait des destinations collectives, objectivement déterminées c'est-à-dire en dehors de la volonté de leur propriétaire, qu'une communauté se voyait reconnaître une vocation à l'usage, à la conservation voire à la transmission de certaines ressources. Le mouvement s'inscrivait ainsi dans un « statut des choses », une destination inscrite dans certaines choses, opposé au « pouvoir des hommes ». Le constat n'est pas anodin tant ce balancement puise à des racines historiques profondes : l'opposition aurait en effet été forgée à partir du XII<sup>e</sup> siècle en droit médiéval, au millénaire ayant suivi la chute de l'Empire romain, sur le fondement d'une idée de destination d'un bien alors conçue comme « naturelle ». Paolo Grossi, le grand historien du droit italien, parlait à cet égard de « réicentrisme » juridique<sup>70</sup> pour signifier que le système de droit puisait directement à l'analyse de l'utilité des choses, et non à la « volonté individuelle » d'un éventuel propriétaire<sup>71</sup>. Ensuite, les intérêts communs dont il était question renvoyaient à des asservissements et entraves aux libertés individuelles et, pour les communaux

---

<sup>65</sup> A.-M. PATAULT, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens. Histoire de l'immeuble corporel », in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3<sup>es</sup> Journées Savatier 1990, PUF, 1991, p. 5.

<sup>66</sup> L. PFISTER, V<sup>o</sup> Propriété divisée, in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.* ; J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 72-74.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> J. de SAINT-VICTOR, V<sup>o</sup> Communaux, in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 250-254. Cette subdivision a également fait intervenir M.-A. CHARDEAUX.

<sup>69</sup> L'article 542 du Code civil définit les biens communaux comme « ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis ». Contre la lettre du texte, on considère aujourd'hui que ces biens appartiennent, non aux habitants de la commune, mais au domaine privé de communes ou de sections de communes (v. consacrant, cependant, dans ce dernier cas leur imprescriptibilité : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 nov. 2019 : n<sup>o</sup> 18-16.012).

<sup>70</sup> P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milan, Giuffrè, 1992.

<sup>71</sup> V. égal. la synthèse de J. de SAINT-VICTOR, V<sup>o</sup> Communaux, in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, pour qui « le «réicentrisme» fut la réponse la plus évidente à un [tel] défi de préservation » des communautés, en instituant des solidarités entre riches et pauvres, notamment par l'affectation de la terre.



spécialement, à des « communautés d'appartenance » imposées, manifestant des droits, mais surtout des devoirs à la charge de leurs membres<sup>72</sup>, que ce soit les communautés fondées sur le territoire (qui reliaient des voisins ou des paysans, comme les communautés villageoises ou rurales) ou sur le sang (les communautés familiales)<sup>73</sup>. Elles étaient aussi historiquement et économiquement datées : en tant que « pratiques de jouissance communautaire destinées à répondre aux difficultés du temps », elles s'intégraient à une économie de subsistance. La terre, tout particulièrement, était saisie comme « la seule ressource de subsistance (ce qui n'empêcha pas d'avancer que, comme telle, elle devait désormais dépendre non seulement de celui qui en avait le domaine direct, mais aussi de tous ceux qui la travaillaient et devaient, en retour, pouvoir en tirer quelques avantages utiles pour leur subsistance). L'idée sous-jacente dans le rapport entre les choses et les personnes reposait sur la nécessité de maintenir la survie de tout type de communautés, qu'elles soient familiales, villageoises, seigneuriales, corporatives, etc. »<sup>74</sup> En ce sens, Paolo Grossi a très joliment pu dire que « la propriété collective n'est pas seulement un instrument juridique ou économique ; c'est quelque chose en plus, car elle a besoin de puiser dans un monde de valeurs, de s'enraciner dans une certaine façon de percevoir, de concevoir, de vivre la vie associative »<sup>75</sup>. Et Jacques de Saint-Victor de revenir quant à lui à la synthèse de Ihering selon laquelle, lisant une « raison plus prosaïque à cette logique “communautaire” qui s'était développée dans l'Occident médiéval » et résumant que « (l)'art de s'aider est le patrimoine des pauvres », soulignait que, effectivement, le commun correspondait à une économie de pénurie et de pauvreté : « si les pratiques communautaires ont pu créer, sur la longue durée, des solidarités réelles et un esprit populaire spécifique d'appartenance (*Volksggeist*), elles répondaient bien, à l'origine, à une exigence purement économique : la nécessité de préserver la communauté (villageoise, familiale, corporative, etc.) qui avait besoin des plus aisés comme des plus modestes pour survivre »<sup>76</sup>.

## 2. La réinterprétation de la fonction sociale

Dans une deuxième direction, on pourrait alors réinvestir une autre articulation du propre et du commun au sein de la propriété, par l'assignation d'une fonction sociale au droit de propriété, fonction devant en orienter l'exercice. On doit évidemment à Josserand et Duguit d'avoir emprunté, dans des formes différentes, cette voie. Le premier notamment, dans la lignée d'un Auguste Comte de 1851 et après avoir procédé à une catégorisation des droits, proposait, faut-il le rappeler, de les contrôler selon des modes différenciés, donnant la priorité au contrôle de l'abus de droit, abus défini comme un « détournement du droit de sa fonction sociale » par manque de « motif légitime » de son exercice<sup>77</sup> (tandis que le second proposait de considérer la propriété non plus comme un droit, mais comme une fonction sociale endossée par le propriétaire ; non plus comme l'expression d'une liberté, mais d'une solidarité à articuler avec celles des autres ainsi qu'avec des contraintes<sup>78</sup>). Nombre de droits étrangers reconnaissent l'importance de la propriété tout en lui associant des devoirs et obligations. En Allemagne, notamment, l'article 14(2) de la Loi fondamentale énonce que « Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien commun »<sup>79</sup>. Sur ce fondement, le Tribunal constitutionnel fédéral attache à la propriété une fonction sociale dont elle contrôle le respect<sup>80</sup>. En Italie, l'article 42 de la Constitution de la

<sup>72</sup> J. de SAINT-VICTOR, art. préc.

<sup>73</sup> A.-M. PATAULT, *Introduction au droit des biens*, PUF, 1989, nos 158-160.

<sup>74</sup> J. de SAINT-VICTOR, art. préc.

<sup>75</sup> P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milan, Giuffrè, 1977, p. 27, cité également par J. de SAINT-VICTOR, art. préc.

<sup>76</sup> R. VON IHERING, *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (1877), Paris, 1888, tome IV, p. 236, cité J. de SAINT-VICTOR, art. préc.

<sup>77</sup> L. JOSSEMAND, *De l'abus de droit*, Paris, Rousseau, 1905, et *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, rééd. Dalloz, 2006, spéc. n° 231 et s., p. 311 et s. et n° 264 et s., p. 365 et s.

<sup>78</sup> L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1<sup>re</sup> éd., F. Alcan, 1920, p. 147, rééd. La Mémoire du droit, 2008, 6<sup>e</sup> conférence, p. 147 et s.

<sup>79</sup> Ou « au bien de la collectivité », cf. Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, 23 mai 1949.

<sup>80</sup> Cf. *Codetermination Case*, BverfGe 50 290 (1979).

République italienne du 27 décembre 1947 énonce que « la loi fixe les limites de la propriété afin d'en assurer la fonction sociale et de la rendre accessible à tous ». Par ailleurs, en France et aujourd'hui, des propositions vont dans le sens d'une sous-catégorisation des fonctions à reconnaître et notamment, au vu des enjeux cruciaux de préservation des écosystèmes, d'une « fonction écologique » de la propriété<sup>81</sup>.

La voie est pourtant étroite. Certes, le législateur a pu introduire, dans l'exercice de la propriété et par endroits, des contraintes justifiées par la considération minimale de l'intérêt général ou de l'intérêt d'autrui : obligations d'entretien et de conservation de certains biens ; servitudes et réglementations de l'usage ; obligations positives imposées pour la protection de l'environnement, etc. L'appel à la fonction de la propriété a ainsi permis de légitimer l'adoption de réglementations restrictives du droit du propriétaire, donc d'orienter le législateur et de teinter la loi. L'orientation est d'ailleurs en pleine conformité avec l'alinéa 2 de l'article 544 et d'une propriété s'exerçant dans les limites d'un « usage » non « prohibé par les lois et les règlements ». Dans le même ordre d'idées, la loi a récemment ouvert une voie pour des fonctionnalisations volontaires en matière environnementale : les propriétaires de biens immobiliers peuvent aujourd'hui décider, sur une base contractuelle, « de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques »<sup>82</sup>. Ainsi que d'aucuns le regrettent brillamment, à l'instar de Frédéric Zenati-Castaing constatant la montée d'impératifs de responsabilité dans la propriété et, partant, un mouvement de fonctionnalisation de cette dernière, il se serait produit une « fissuration de la propriété par l'introduction de la responsabilité », le patrimoine commun en composant la figure archétypale en tant que « péremption de la personnification du propriétaire et, en cela, (...) négation même de la théorie du patrimoine, qui est fondamentalement une théorie de la personnalité juridique »<sup>83</sup>.

Pour autant, d'une part, « jamais le juge [français n'a tiré] argument de la fonction de la propriété pour encadrer positivement ou contrôler l'exercice de ce droit et décider, par exemple, qu'un propriétaire forestier, un agriculteur ou un industriel commett[ai]ent un abus de droit en l'exerçant contrairement à sa fonction écologique »<sup>84</sup>. Dans le même ordre d'idées et sans qu'on le regrette, le juge n'a jamais été jusqu'à faire peser sur le propriétaire, en dehors d'une législation en ce sens, le poids d'une fonction de son droit qui aurait impliqué un contrôle ou une sanction du mésusage, du mauvais entretien, voire de la destruction quand bien même ils auraient pu se révéler socialement néfastes. En d'autres termes, si la fonction sociale, voire écologique, de la propriété a pu être expressément ou implicitement consacrée par la loi<sup>85</sup>, elle n'a jamais servi à trancher *directement* un conflit pouvant exister entre le propriétaire du bien et tels ou tels intérêts qui lui seraient extérieurs (et/ou concurrents). D'autre part et à nouveau, si la fonction sociale concerne la propriété, elle ne dit rien de la communalité, c'est-à-dire de ses bénéficiaires, de leurs prérogatives, voire de leur organisation.

---

<sup>81</sup> B. GRIMONPREZ, « La fonction environnementale de la propriété », *RTD civ.* 2015, p. 539. Déjà, J. MALAFOSSE, « La propriété gardienne de la nature », in *Études J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 335. Dans un autre sens, de la chose comme place à habiter, S. VANUXEM, *La propriété de la terre*, Wildproject, 2018.

<sup>82</sup> Article L 132-3, c. envir. V. Partie 2, Titre 1, Section 4 - Propositions de réformes relatives aux techniques d'affectation volontaire – L'obligation réelle environnementale.

<sup>83</sup> F. ZENATI-CASTAING, « Le crépuscule de la propriété moderne. Essai de synthèse des modèles propriétaires », in *Les modèles propriétaires*, *op. cit.*, pp. 225-238, spéc. p. 235.

<sup>84</sup> G. MARTIN, V<sup>o</sup> Biens environnement, in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.* ; v. A. PIROVANO, « Réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.* 1972, chron. p. 67 et s. On pourrait comparer cette direction avec l'arrêt *Munn v Illinois* de la Cour suprême des États-Unis de 1876, reprenant une solution dégagée au Royaume-Uni au XVIII<sup>e</sup> siècle, et acceptant une sorte de contrôle : « This brings us to inquire as to the principles upon which this power of regulation rests, in order that we may determine what is within and what without its operative effect. Looking, then, to the common law, from whence came the right which the Constitution protects, we find that when private property is 'affected with a public interest, it ceases to be *juris privati* only.' »

<sup>85</sup> *Ibid.*

### 3. La spécialisation des propriétés

Dans une autre direction encore, qui s'inscrit dans la lignée de Saleilles et de sa description de la propriété culturelle comme particulière<sup>86</sup>, on peut aborder la propriété par la chose sur laquelle elle porte et admettre autant d'articulations spécifiques qu'il y a de propriétés spéciales : tout en rejetant les « pures utopies du socialisme », l'auteur en appelait ainsi à développer l'idée d'une « propriété beaucoup moins uniforme », d'une « propriété assouplie » limitant les droits du propriétaire, en l'occurrence d'une œuvre d'art, au nom de la protection du produit du génie de l'artiste et des exigences de l'intérêt public (il visait particulièrement à faire admettre une interdiction de la destruction de l'objet de la propriété).

La réflexion n'est alors plus ni transversale, ni générale, mais saisit des objets spécifiques tels que l'eau, le sol, la flore, la faune, la biodiversité<sup>87</sup> ou les biens culturels, dont les œuvres. Elle prend appui sur la reconnaissance de l'idée que ceux-ci peuvent être appropriés (ou ne pas l'être), relever de la satisfaction des intérêts de leur propriétaire, tout en assurant également des « services » bénéficiant à l'ensemble de la collectivité (eau participant à l'alimentation d'un bassin hydrographique, monuments historiques dont la conservation intéresse la collectivité tout entière, etc.). Le régime qui les saisit se construit à partir de la question de savoir quelles « composantes » de la chose objet du droit, quelles « aménités » (les fonctions qu'elle remplit, les services qu'elle rend) doivent être (ou « méritent d'être ») soumises aux prérogatives du titulaire du droit de propriété et, inversement, lesquelles lui échappent. Les réponses sont de plusieurs ordres : l'articulation s'effectue soit en privilégiant l'un des intérêts (du propriétaire du sol par exemple, qui peut couper les racines des arbres appartenant à un autre), soit en imposant des servitudes légales ou des servitudes administratives pour rendre compatibles des concurrences ou répartition des utilités (par exemple pour protéger une aire de captage, ou encore pour permettre à une collectivité de continuer à user de l'eau qui jaillit sur un fonds privé et qui s'écoule en contrebas, si cette collectivité en a prescrit l'usage), soit en laissant le juge arbitrer les conflits d'usage (par des « règlements » qui devront prendre en considération les intérêts en conflit, pour les usages d'eaux par exemple<sup>88</sup>).

La voie est féconde et l'on retrouvera dans les propositions de réformes émises par le groupe de recherche des « choses particulières ». Assurément, certains objets, non par nature, mais du fait d'impératifs et d'affectations socialement déterminés, renvoient à des règles spéciales teintant leur régime de propriété. Le risque de s'en tenir à cette approche par les propriétés spéciales réside néanmoins dans la possible réduction du domaine de la communalité à ces seuls objets, en occultant l'existence d'un agencement général de la propriété et de la communalité. On empruntera donc souvent cette voie, sans s'empêcher de penser la structuration de la propriété, dans son ensemble, comme intégrant de la communalité.

### 4. La propriété dans un conflit de droits fondamentaux

De façon plus contemporaine, la « socialisation » du droit de propriété a également pris une nouvelle orientation depuis la fin du XX<sup>e</sup> siècle : le droit actuel, habité par le prisme des conflits interpersonnels de droits fondamentaux, saisit aujourd'hui le droit de propriété comme devant s'articuler avec d'autres droits fondamentaux, comme en attestent aussi bien les décisions du Conseil constitutionnel, de la Cour EDH ou des juges judiciaires et administratifs internes. La direction est d'autant plus prégnante que, dans la lignée de l'application des droits fondamentaux dans les relations entre personnes privées initiée

---

<sup>86</sup> R. SALEILLES, « La législation italienne relative à la conservation des monuments et objets d'art. Étude de droit comparé », *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1896, p. 1. V. égal., pour des réflexions à partir de la chose, S. VANUXEM, « Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieus », *RIEJ* 2010, n° 1 ; G. LERAY, *L'immeuble et la protection de la nature*, préface F.-G. TREBULLE, LGDJ, 2019.

<sup>87</sup> M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Approche civiliste de la protection de la biodiversité au regard du droit de propriété sur le sol », in *Des petits oiseaux aux grands principes, Mélanges en l'honneur de Jean Untermaier*, Mare et Martin, Paris, 2018, pp. 93-110.

<sup>88</sup> Cf. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 1, §3 - L'eau comme patrimoine commun.

en Allemagne<sup>89</sup>, on s'est acclimaté à appliquer ces articulations entre particuliers. Par exemple, un important arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 2015 mettait pour la première fois en balance le respect d'un droit de propriété intellectuelle, le droit d'auteur, avec l'exercice de la liberté d'expression. Il invitait alors les juges à un contrôle de légitimité et de proportionnalité de l'ingérence dans le droit de propriété et admettait, hors des exceptions et limitations au monopole de l'auteur normalement prévues par le régime légal de cette propriété, que ce droit puisse se voir limité par les nécessités de l'exercice de la liberté en question<sup>90</sup>, solution néanmoins remise en question par le droit européen qui ne conçoit quant à lui que les exceptions énumérées dans la législation applicable<sup>91</sup>.

Cette direction a ses détracteurs virulents, qu'ils manifestent une grande méfiance envers le contrôle de proportionnalité en général, ou plus spécialement envers celui pratiqué à l'égard du droit de propriété. Elle n'est pas admise de façon uniforme par la Cour de cassation, tant s'en faut<sup>92</sup>. Elle est néanmoins intéressante dans la perspective qui irrigue cette recherche car ce conflit de droits fondamentaux peut mettre en lumière des hypothèses où la revendication de l'exercice d'une liberté ou d'un droit, de la part d'un ou de tiers, passe par celle de l'accès à l'une des utilités d'un bien détenu par un propriétaire ou par des limitations aux usages que peut en avoir ce dernier. On verra d'ailleurs qu'elle a été poussée en Italie jusqu'à induire une définition des « *beni comuni* » saisie comme tout bien « qui exprime une utilité fonctionnelle pour l'exercice des droits fondamentaux et le libre épanouissement de la personne », qui a une fonction (ou est nécessaire) à l'exercice d'un droit fondamental<sup>93</sup>. On ne s'en tiendra néanmoins pas à ces seuls libertés ou droits fondamentaux au titre des prérogatives de communalité, et partant aux seuls conflits de droits fondamentaux : l'expression de la communalité peut prendre la forme d'intérêts ne se concrétisant pas dans un droit, notamment d'intérêts diffus<sup>94</sup>.

## 5. La propriété comme faisceau de droits

Dans une autre direction, on peut prêter oreille aux forts échos qui, venus des États-Unis, résonnent actuellement en Europe relativement à la théorie du faisceau de droits, métaphore maniée par la doctrine américaine réaliste du début du XX<sup>e</sup> siècle pour faire échec à la conception d'un droit de propriété conçu comme un contrôle absolu sur une chose<sup>95</sup> : la propriété serait une réunion de prérogatives organisant les

---

<sup>89</sup> V. M. COLOMBINE *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, préface F. SUDRE, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2014, p. 40 et s.

<sup>90</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2015, n° 13-27391, *Malika c/ Klasen*, D. 2015. 1672, note A. BENSAMOUN et P. SIRINELLI ; RTD com. 2015. 515, note F. POLLAUD-DULIAN ; JAC 2015, n° 26, p. 6, note E. TREPPOZ ; CCE 2015. Étude 17, note M. VIVANT ; *ibid.*, n° 55, note C. CARON ; *ibid.* 2017. Étude 7, note Zollinger ; *Propri. intell.* 2016, n° 58, p. 89, note M. VIVANT et C. GEIGER. Pour des critiques de cette direction, v. par ex. P.-Y., « GAUTIER, Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux », D. 2015. 2189 ; E. TREPPOZ, « Du bon usage du contrôle de proportionnalité », *Mél. Études à la mémoire de P. Neau-Leduc*, LGDJ, 2018.

<sup>91</sup> CJUE 29 juill. 2019, aff. C-476/17, *Pelham*, D. 2019. 1742, note G. QUERZOLA ; *Dalloz IP/IT* 2019. 465, obs. N. MAXIMIN ; *Légipresse* 2019. 452 ; CJUE 29 juill. 2019, aff. C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH*, D. 2019. 1606 ; *Dalloz IP/IT* 2019. 464, obs. N. MAXIMIN ; *Légipresse* 2019. 451 ; CJUE 29 juill. 2019, aff. C-516/17, *Spiegel Online*, D. 2019. 1605 ; *Légipresse* 2019. 451.

<sup>92</sup> V. not. Cass. civ 3<sup>e</sup>, 21 décembre 2017, n° 16-25.469, *Bull.* 2017, III, n° 145, rejetant la mise en balance avec le respect de l'article 8 de la CEDH : « l'occupation sans droit ni titre du bien d'autrui constitue un trouble manifestement illicite » ; mais l'admettant, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 22 octobre 2015, n° 14-11.776, D. 2015. 2181, 2016. 1028, chron. A.-L. MEANO, et 1279, obs. A. Leborgne, *AJDA* 2016. 132, RTD civ. 2016. 449, obs. N. Cayrol ; 17 décembre 2015, n° 14-22.095, D. 2016. 72, et 1028, chron. A.-L. MEANO, *AJDA* 2015. 246, *AJDI* 2016. 667, chron. F. ZITOUNI, *RDI* 2016. 100, obs. P. SOLER-COUTEAUX, *AJCT* 2016. 283, obs. E. PECHILLON, RTD civ. 2016. 398, obs. W. DROSS, et 449, obs. N. CAYROL ; Cour de cassation, Rapport pour l'année 2019, *La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 2020, Titre 2, chapitre 1.

<sup>93</sup> V. Annexe 2, Leçon de droit comparé n° 6 : La reconnaissance de l'intérêt commun en rapport avec les droits fondamentaux au sein des *beni comuni* en Italie.

<sup>94</sup> V. Partie 2, Titre 2, Section 1 - Les intérêts à reconnaître.

<sup>95</sup> F. ORSI, V<sup>o</sup> Commons et V<sup>o</sup> Faisceau de droits, in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit. ; S. DUSOLLIER, « Intellectual property and the bundle-of-rights metaphor », *Kritika – Essays in Intellectual Property*, Vol. 3, 2020, p.146-179 ; F. GIRARD, « La

relations entre personnes quant à une ressource, soit une collection de droits (les droits d'usage, de prélèvement, d'exclure, de gérer, d'aliéner, etc.). Cette conception tranche radicalement avec la figure du « maître unique et despote » (« *sole and despotic dominion* ») développée au XVIII<sup>e</sup> siècle par Blackstone<sup>96</sup> et qui constituait jusque-là le discours traditionnel britannique sur le droit de propriété (mais, il est vrai, concurrencé dans ce contexte par l'Equity et une autre conception de la propriété). Aux États-Unis également, cette figure archétypique du « *dominium* » réduisait la diversité des régimes propriétaires à un seul modèle, celui d'un droit unitaire et monolithique sur un bien, réservé à un propriétaire unique.

C'est John Commons le premier qui, dans *The distribution of wealth* publié en 1893, recourut à cette notion du faisceau de droits. Économiste des institutions et du droit, Commons affirma que « la propriété n'est pas un droit unique et absolu, mais un faisceau de droits. Les différents droits qui la composent peuvent être distribués entre les individus et la société, certains d'entre eux sont publics, d'autres privés, certains sont définis, une partie restant indéfinie »<sup>97</sup>. Commons insista par ailleurs sur la création par l'État des droits de propriété, entraînant l'admission de limites et de restrictions à cette dernière, dans le régime même de celle-ci<sup>98</sup>.

Par la suite, l'idée du faisceau et l'élaboration des diverses prérogatives le composant seront développées par l'école des juristes réalistes, notamment par Tony Honoré ou Felix Cohen<sup>99</sup>, dont les écrits empruntent à une dimension sociale assez proche de celle de Duguit<sup>100</sup>. Ils convoqueront également la taxonomie des prérogatives élaborée par un autre auteur, Wesley Hohfeld, ce qui leur permettra de raffiner les analyses et d'ajouter encore à la précision des branches (« *sticks* ») du faisceau de droits (terminologie que Hohfeld n'emploie cependant pas). Dans un article majeur, qui ne traite pas véritablement du droit de propriété (si ce n'est de manière illustrative), publié au début du XX<sup>e</sup> siècle en deux parties – *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* –, Hohfeld construit en effet une taxonomie des diverses prérogatives juridiques qu'il agence en les opposant et en les corrélant<sup>101</sup>. Par exemple un droit (*right*) a pour contraire un non-droit (*no-right*) et pour corrélatif, un devoir (*duty*) ; un privilège (*privilege*) est le contraire d'un devoir (*duty*), mais a pour corrélatif une absence de droit (*no-right*)<sup>102</sup>. Hohfeld a ainsi offert un outil analytique<sup>103</sup> qui a largement influencé la doctrine américaine de la propriété.

La figure du faisceau va, enfin, être largement adoptée par les économistes du droit<sup>104</sup>, ainsi que par les tenants de la théorie institutionnelle des communs<sup>105</sup>.

À l'heure actuelle, un fort courant de la doctrine américaine s'oppose à cette vision de la propriété comme un faisceau sans cesse recomposable. Il défend une conception bien plus proche de celle issue de la tradition civiliste d'un droit sur une chose, mettant souvent le droit d'exclure au cœur de son régime<sup>106</sup>.

---

propriété inclusive au service des biens environnementaux. Repenser la propriété à partir du bundle of rights », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies* (2016). *Commentaries on the law of England*, 1765, Liv.2, Ch.1.

<sup>96</sup> Pour une synthèse des approches historiques, v. G. S. ALEXANDER, *Commodity and Propriety: Competing Visions of Property in American Legal Thought 1776-1970*, (1997). Il est intéressant de lire en parallèle C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des personnes et des biens*, Paris, Durand, 1870, n° 543, p. 462, où l'auteur évoque le despotisme du propriétaire.

<sup>97</sup> J. COMMONS, *The Distribution of Wealth* (MacMillan and Co, 1893) p. 92 (notre traduction).

<sup>98</sup> *ibidem*, p.110.

<sup>99</sup> A. M. HONORE, "Ownership", in *Oxford Essays in Jurisprudence* (A. G. Guest ed., 1961); F. S. COHEN, "Dialogue on Private Property", 9 *Rutgers L. Rev.* 357, 371 (1954); M. R. COHEN, "Property and Sovereignty", 13 *Cornell L. Q.* 8 (1927).

<sup>100</sup> L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, 1912.

<sup>101</sup> W. N. HOHFELD, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", Partie I, 23 *Yale L.J.* 16 (1913); Partie II, 26 *Yale L.J.* 710 (1917).

<sup>102</sup> Les autres prérogatives de sa typologie sont le *power*, la *liability*, l'*immunity*, la *disability*.

<sup>103</sup> P. SCHLAG, "How to do things with Hohfeld", 78 *Law And Contemp. Probs.* 185 (2015), p. 190.

<sup>104</sup> E. R. CLAEYS, "Bundle-of-Sticks Notions in Legal and Economic Scholarship", 8 *Econ. J. Watch* 205, 206–11 (2011); T. W. MERRILL & H. E. SMITH, "What Happened to Property in Law and Economics?", 111 *Yale L.J.* 357, 368, 366–82 (2001).

<sup>105</sup> V. *infra* n° 25.

L'intérêt du faisceau de droits n'est pas pour autant diminué lorsque l'on entend s'intéresser à la communalité. La construction repose en effet sur une double dimension, distributive et relationnelle. Cette approche de la propriété est *distributive* d'une part, en ce qu'elle divise l'agrégat monolithique des attributs qui constituent le droit de propriété en autant de droits, prérogatives et privilèges distincts qui peuvent être réarrangés et redistribués en autant de régimes de propriétés ou de types de ressources qui en sont les objets. Le faisceau est donc malléable dans la mesure où les acteurs privés, le législateur et les tribunaux peuvent y ajouter ou en soustraire des prérogatives<sup>107</sup>. Ce ré-agencement peut poursuivre des objectifs d'intérêt public ou propriétaires, tout en restant dans le champ du droit de propriété, mais dans une perspective pluraliste de ce droit. Il lui permet de s'adapter aux diverses ressources auxquelles il s'applique<sup>108</sup>. Dans cette approche, en outre, le droit de propriété étant accordé par l'État, il n'est ni absolu ni de droit naturel.

D'autre part, le faisceau de droits est *relationnel* en ce qu'il décrit non pas une relation directe entre le propriétaire et la chose, mais un droit de propriété mettant en relation divers sujets juridiques et en appelant à une organisation juridique de relations entre personnes. C'est d'ailleurs cette composante qui s'oppose le plus radicalement à l'approche civiliste classique de la propriété en tant que droit réel sur une chose, absolu et exclusif. Dans ce schéma et sous l'influence des travaux d'Hohfeld évoqués, les droits du propriétaire s'accompagnent de devoirs, de non-droits, de privilèges, voire de droits d'autrui, toutes relations qui ont nourri l'approche relationnelle. Le propriétaire a des droits, mais se heurte aussi aux privilèges d'autrui, voire à un ensemble de privilèges d'autrui, traduction d'un intérêt commun.

On ajoutera que le passage par la doctrine états-unienne permet de considérer des prérogatives d'autres types que celles des seuls libertés, droits et intérêts, habituellement maniées (privilèges, devoir, etc.) et de possiblement diversifier celles qui pourraient être reconnues à des tiers non-propriétaires.

À nouveau néanmoins, cette direction ne peut résumer l'objet du travail entrepris dans la recherche et synthétisé dans ce rapport. D'une part, elle nécessite de mettre à l'épreuve la possibilité d'acclimater la construction du faisceau de droits dans le contexte juridique français. D'autre part, les branches du faisceau ne relèvent pas toutes de l'expression d'un intérêt commun (c'est cependant ce qu'ajoutera la théorie des communs qui l'a adoptée comme fondement). On réitérera en outre le constat qu'elle porte peu l'accent sur la communalité en tant que telle.

## 6. La réduction de l'assiette de la propriété

Enfin, une autre façon pour le droit actuel d'exprimer la considération de situations d'articulation de prérogatives propriétaires et d'intérêts communs socialement définis (préservation de l'environnement, accès la connaissance, etc.) consiste à introduire une réduction de l'assiette de la propriété, en laissant en dehors la part du commun. On peut ainsi déceler le choix d'une telle voie dans la législation relative aux vestiges archéologiques du sous-sol, qu'ils soient immobiliers – depuis 2001 – ou mobiliers – depuis 2016 – : en raison de « l'intérêt scientifique » que ceux-ci présentent, ils se trouvent soustraits à la règle traditionnelle de l'article 552 du Code civil selon laquelle le propriétaire du sol est propriétaire du sous-sol ; plus exactement, la propriété « ordinaire » est amputée de celle du sous-sol, la propriété des vestiges revenant à l'État en tant que propriété publique<sup>109</sup>. Dans un autre domaine, celui des « substances

---

<sup>106</sup> H. E. SMITH, "Property Is Not Just a Bundle of Rights", 8 *Econ. J. Watch* 279, 280-82 (2011); Thomas W. MERRILL, "Property and the Right to Exclude" 77 *Neb. L. Rev.* 730 (1998); J. E. PENNER, "The Bundle of Rights Picture of Property", 43 *UCLA L. Rev.* 711, 724 (1996); T. C. GREY, "The Disintegration of Property", 22 *NOMOS* 69 (1980).

<sup>107</sup> A. di ROBILANT, "Property: A Bundle of Sticks or a Tree?", 66 *Vanderbilt L. Rev.* 869 (2013), p. 871.

<sup>108</sup> G. S. ALEXANDER, "Pluralism and Property", 80 *Fordham L. Rev.* 1017 (2011); Hanoch DAGAN, *Property: Values and Institutions*, Oxford UP, 2011.

<sup>109</sup> Art. L.541-5, c. patr. ; V. NEGRI, *La patrimoine archéologique et son droit. Questions juridiques, éthiques et culturelles*, Bruylant, 2015.

minérales ou fossiles»<sup>110</sup>, une proposition de loi portant adaptation du Code minier au droit de l'environnement, avançait également que ces substances devaient appartenir à l'État en tant que « patrimoine de la nation ». Prolongeant cet esprit, d'autres proposent de convenir que, à l'égard de tout immeuble s'exprime désormais une fonction environnementale consacrée par le droit et que cette fonction conduit à distinguer le « domaine individuel » du « domaine commun » ou « universel »<sup>111</sup>. Plus largement, que le droit de propriété puisse n'avoir pour assiette que les composantes et les aménités du bien qui correspondent à la satisfaction des intérêts du seul propriétaire, le reste étant considéré comme « commun ».

Cette approche présente pourtant, en l'état de son utilisation en droit positif, plusieurs limites pour penser largement l'articulation de la propriété et de la communalité.

La première tient au fait qu'il est bien souvent délicat d'établir une ligne de démarcation claire entre réduction de l'assiette de la propriété et réduction des prérogatives du propriétaire. Par exemple, limiter la durée du droit d'auteur, est-ce limiter l'objet du droit d'auteur ou entamer les prérogatives de l'auteur ? Les deux analyses sont sans doute recevables.

La deuxième tient à la complexité et à la lourdeur des techniques impliquées pour véritablement isoler deux « domaines ». L'articulation en appelle en effet, en l'état du droit positif, soit à une reconfiguration de la propriété qui confine à une expropriation (ainsi qu'en ont attesté les contentieux nés de la réforme du patrimoine archéologique de 2001), soit à des servitudes administratives ou légales qui se heurtent à des résistances et ne peuvent être multipliées sans inconvénient. Dans tous les cas, ces partitions sont difficiles à mettre en œuvre et ne peuvent intervenir qu'au terme d'une procédure longue et onéreuse<sup>112</sup>.

Enfin, dans la perspective adoptée ici, la principale limite de cette approche tient au fait qu'on y raisonne en termes de réduction de l'assiette propriétaire, mais qu'il faut pousser l'analyse pour saisir la communalité, soit le régime des droits et/ou intérêts reconnus à d'autres que le propriétaire. Les droits du propriétaire diminués sont une chose, mais ils ne disent rien des autres droits ou intérêts sur cette dernière ni de l'agencement de la part du commun.

## 7. Investir la part de « commun » dans les biens

Les différentes figures évoquées plus haut ont, pour la plupart, été pensées à partir de la propriété et des droits dont disposent le ou les titulaires de droits. On raisonne alors en termes de limites et de restrictions ou encore d'articulation entre différentes prérogatives exercées sur le bien. Or nous travaillons, dans cette étude, sur des biens marqués par une dimension collective. Elle est tout aussi présente dans le champ de l'environnement que celui du patrimoine ou de la culture et de la diffusion des connaissances. C'est à partir de cette dimension collective qu'il nous semble devoir appréhender ce type de biens. Il s'agit par conséquent d'inverser la perspective, de ne pas raisonner à partir des droits de propriété et des mécanismes qui en réduiraient l'assiette, mais, de façon positive, de faire apparaître ce qui, dans la chose est commun ou renvoie à un intérêt commun, et, partant de comprendre en quoi et quels termes ce « commun » peut recevoir une traduction juridique. Cette approche ouvre une piste plus transversale et plus audacieuse, qui consisterait à rechercher si ne doit pas être exprimée l'idée – et dans

---

<sup>110</sup> Cf. AN, 25 janvier 2017, texte n° 890, Art. L. 100-3. – I. : « Les substances minérales ou fossiles dont les gîtes sont assujettis au régime légal des mines n'appartiennent pas au propriétaire du sol et constituent le patrimoine commun de la Nation. Elles sont administrées par l'État en application de l'article 552 du code civil, sous réserve des compétences dévolues aux collectivités mentionnées aux titres XII et XIII de la Constitution et des dispositions spécifiques qui leur sont applicables. »

<sup>111</sup> F.-G. TREBULLE, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : Le renouveau du domaine universel », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malimaud*, Paris, Litec, 2007, pp. 659-685 ; G. LERAY, *L'immeuble et la protection de la nature*, préface F.-G. TREBULLE, LGDJ, 2019. Pour le déplorer, F. ZENATI-CASTAING, « Le crépuscule... », art. préc., p. 236, identifiait également cet isolement « du domaine utile, avec servitudes », opposé à un domaine éminent absorbé par le « patrimoine ».

<sup>112</sup> Par exemple, le délai nécessaire à la mise en place d'une servitude administrative visant à instaurer une forêt de protection peut prendre 10 ans !, v. P. FALCONE et J. ROBLET, « Les forêts de protection : un statut ancien d'actualité », in B. REY (dir.), *Rendez-vous techniques*, ONF, n° 5, p. 27.

l'affirmative, de proposer par quels moyens elle devrait se concrétiser – que le droit de propriété ne peut avoir pour assiette que les composantes et les aménités du bien qui correspondent à la satisfaction des intérêts du seul propriétaire, le reste étant considéré comme « communs »<sup>113</sup> et à ce titre soumis à une gouvernance, tout à la fois extérieure et partagée<sup>114</sup>.

La question ici pourrait être d'investir plus sérieusement et positivement cet espace du commun, partant de l'idée qu'il est hors d'assiette propriétaire, y compris lorsque la chose est appropriée. On peut ici prendre l'exemple de la propriété intellectuelle et de la cohabitation entre domaine public et monopole de l'auteur. Le premier expire après une certaine durée, laissant prospérer une sphère de libre exploitation qui répugne, en principe, à l'appropriation. On peut encore évoquer la non-protection de certains éléments pourtant constitutifs d'une œuvre protégée, par exemple les idées.<sup>115</sup>

Prolongeant cet esprit, d'aucuns proposent de convenir qu'à l'égard de tout immeuble s'exprime désormais une fonction environnementale consacrée par le droit et que cette fonction conduit à distinguer le « domaine individuel » du « domaine commun » ou « universel »<sup>116</sup>.

Développant l'idée que la propriété comporte, même hors de ces sphères, en tout ou partie une part de communalité, l'approche permet de faire ressortir positivement cet espace le plus souvent rendu invisible dans le droit contemporain, en particulier lorsqu'on raisonne en termes de réduction de l'assiette propriétaire ou de restrictions apportées aux pouvoirs du titulaire du droit de propriété au nom d'un intérêt commun. Cela autorise à faire ressortir l'intérêt commun et à en garantir la préservation, d'où l'utilité de raisonner sur ce qui, dans le bien, doit être placé sous un régime de communalité.

C'est cette part du commun, au travers de la notion de communalité, qui sera donc étudiée plus avant, dans le but de la construire juridiquement et de concrétiser d'autres modes d'articulation entre le propre et le commun.

## § 2. Les apports des théories des communs

Dans cette démarche, les diverses théories développées sur les communs peuvent apporter des ressources utiles. Elles permettent précisément d'entrer dans la réflexion non par le biais de la propriété, mais par celui de la communalité. Ainsi, un ensemble d'écoles de pensée s'intéresse aujourd'hui au partage des utilités des choses et à l'organisation de communautés bénéficiaires, ainsi qu'aux conditions de la garantie de la pérennité des ressources, choses dont la caractéristique est de se voir revêtues d'un intérêt commun, que celui-ci soit identifié par l'ensemble de la société — définition de l'intérêt historique et des biens qui le reflètent dans la loi, de l'intérêt environnemental, etc. — ou porté et animé par une organisation collective plus restreinte — un groupe d'habitants par exemple. Loin d'une approche essentialiste traditionnelle, selon laquelle telle ou telle ressource – l'eau, l'air, etc. – serait regardée comme un « commun » par nature, ces écoles insistent sur l'idée que les communs seraient avant tout un construit social juridiquement encadré. Elles divergent néanmoins quant à la forme à donner aux manifestations de reconnaissance de l'intérêt commun et à la place à accorder au mode d'organisation des intérêts contradictoires. Il n'existe ainsi pas *une* théorie des communs, mais plusieurs « écoles » concevant diversement et avec des finalités distinctes l'expression d'un intérêt commun, la division des utilités d'un bien entre plusieurs personnes, ainsi que l'organisation de cette division. Or s'il n'a pas été

---

113 Cf. la thèse de G. LERAY, *L'immeuble et la protection de la nature*, préface F.-G. TREBULLE, LGDJ, 2019. L'auteur part de l'idée que l'immeuble primordial a une fonction environnementale consacrée par le droit et que cette fonction environnementale devrait conduire à distinguer le « domaine individuel » du « domaine commun ».

114 L'article 100-3, I, déjà évoqué, du projet de code minier actuellement en discussion pourra servir d'inspiration.

115 V. *infra*, C, Communalité et propriété des biens immatériels.

116 F.-G. TREBULLE, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : Le renouveau du domaine universel », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malinvaud*, Paris, Litec, 2007, pp. 659-685 ; G. LERAY, *L'immeuble et la protection de la nature*, préface F.-G. TREBULLE, LGDJ, 2019.



question pour le groupe de recherche de reprendre *in extenso* les propositions émises par l'un ou l'autre de ces courants pour en induire directement des qualifications et régimes juridiques, il a paru néanmoins utile de les comprendre à titre heuristique et d'isoler certains cadres d'analyse.

## 1. L'approche naturaliste des communs

On écartera d'emblée une première approche des « communs » que l'on peut qualifier de naturaliste ou essentialiste. Elle a été précédemment évoquée lorsqu'on a fait allusion au fait que, à partir du XII<sup>e</sup> siècle, fut forgée l'idée d'une destination des biens conçue comme « naturelle », idée qui allait s'intégrer aux structures profondes du droit occidental. Elle consistait à partir de qualités supposées *dans* la chose, du « statut des choses », pour en inférer un régime de partage des utilités. Des biens étaient ainsi saisis comme « naturellement » destinés ; comme porteurs d'une destination inscrite en eux et faisant limite au « pouvoir des hommes ». C'est cette opposition qui s'installera durablement, entre « statut des choses » et pouvoirs des hommes, le premier l'emportant sur le second, dans une supériorité qui n'a pas de quoi étonner tant la société était alors dominée par les pratiques de l'Église et tant nombre de choses y revêtaient une affectation au sacré<sup>117</sup>.

Par ailleurs, cette façon d'appréhender les choses fut traditionnellement celle par laquelle la théorie juridique classique a saisi les choses communes<sup>118</sup> : comme des choses qui, par nature, parce qu'il est impossible de les enserrer matériellement (du fait de leurs caractéristiques physiques), sont inappropriables. Dans une autre veine, il est vrai, on les a décrites comme en quantité illimitée, caractéristique rendant inutile leur propriété. Les raisons de l'inappropriabilité des choses communes ont donc été recherchées dans leurs caractères matériels : insaisissables ou abondantes, les choses communes seraient des choses qu'il n'est pas possible ou utile de s'approprier<sup>119</sup>.

Enfin, c'est également selon cette veine naturaliste que les économistes qualifient les biens publics : ils les décrivent comme tels sur le fondement de deux critères « matériels » tout à fait constatables, à savoir leur non-rivalité – l'usage que l'un en fait n'entrave pas celui des autres – et leur non-excluabilité – l'usage que l'un en fait ne diminue en rien celui des autres<sup>120</sup>.

Cette orientation bute pourtant sur un obstacle majeur aujourd'hui. Outre que nous sommes sortis du réicisme décrit, il est difficile d'isoler les caractéristiques intrinsèques d'une chose, d'un côté, des choix de politique du droit à l'égard de celle-ci, de l'autre, ainsi que du contexte qui peut lui attribuer des affectations. C'est que, plus généralement, ces approches mêlent le plan descriptif du discours et le plan

---

<sup>117</sup> C'est d'ailleurs cette affectation qui a ouvert la voie tant aux droits réels qu'à des fictions permettant d'instituer des personnes morales, c'est-à-dire des patrimoines et des prérogatives indépendants de leurs titulaires, v. É. CONTE, « La construction des choses en droit médiéval », in *Yan Thomas, entre droit et sciences sociales*, édition, 2013, p. 73-87.

<sup>118</sup> En conséquence, l'historique de cette conception sera détaillée à l'occasion de leur étude, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 2 – La chose commune.

<sup>119</sup> En ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, T. III, PUF, Thémis droit privé, 19<sup>ème</sup> éd. refondue, 2000, n° 45, p. 83 : « toutes les choses ne sont pas des biens. C'est qu'il faut une possibilité d'appropriation pour faire d'une chose un bien. Or, il est des choses qui, par leur nature, répugnent à toute appropriation. Ce sont les choses communes (*res communes*) auxquelles fait allusion l'a. 714 » ; X. LABBEE, « Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », *D.* 1999, n°40, Chron., p. 437, spéc. p. 438 : « l'article 714 lui-même fait échapper les choses communes à l'appropriation en raison de leur nature même » ; A. SERIAUX, « La notion de choses communes, nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », in *Droit et Environnement, Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995, p. 23, spéc. n° 5, p. 28 : « Les choses sont par leur nature communes » ; F. ZENATI, Th. REVET, *Les biens*, PUF, coll. droit fondamental, 3<sup>ème</sup> éd. refondue, 2008, n° 14, p. 51 : les choses communes « échappent par leur nature à toute appropriation » ; J.-C. GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, th. dactyl., Bordeaux I, 1988, p. 172 : « il faut donc rechercher les raisons de la non appropriabilité des choses communes dans leur nature même ». Pour une critique, M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, LGDJ, 2006, pp. 91 et s. ; J. ROCHFELD, V° Chose commune (approche juridique), in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, op. cit.

<sup>120</sup> O. WEINSTEIN, V° Bien public, in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit.

prescriptif, considérant que, à partir de caractères identifiés comme « intrinsèques », des choix de régime doivent s'en suivre<sup>121</sup>.

## 2. L'approche organisationnelle ou institutionnelle des communs

Dès lors, on se tournera rapidement vers l'approche organisationnelle et institutionnelle *des* communs, certainement la plus connue. Cette approche a principalement été formalisée par Elinor Ostrom et son École de Bloomington<sup>122</sup> puis, après elle et suivant des perspectives diverses, par d'autres auteurs. Leur questionnement initial, qui s'est par la suite nourri d'enquêtes et d'analyses de terrain (l'équipe a en effet examiné de nombreux cas de gestion collective de ressources avec une méthode empirique complexe), fut celui de l'identification du « régime de propriété le plus approprié pour assurer l'utilisation de la ressource tout en garantissant la préservation et le développement durable de la ressource concernée »<sup>123</sup>. Cette entreprise s'inscrivait principalement en réaction à l'hypothèse dominante de l'époque d'une « tragédie des communs » : formalisée dans l'article séminal du biologiste Garrett Hardin de 1968, elle postulait que, laissée en usage commun, une ressource serait nécessairement surexploitée et détruite du fait de l'inorganisation de cet usage et du resserrement de chacun sur son intérêt personnel, au détriment d'une pensée de long terme et de pérennité de la ressource<sup>124</sup>.

Or, au rebours de ce constat, Ostrom et son équipe démontreront l'efficacité de certains types d'organisation à assurer la pérennité de ressources utilisées et gérées en commun et feront plus précisément dériver l'identification de « communs » propres à contrer la « tragédie » de trois caractéristiques.

Tout d'abord, la structure de ces communs s'organiserait autour d'une ressource ou d'un ensemble de ressources dont on peut difficilement exclure autrui (*common-pool resources* pour les communs fonciers initialement analysés).

Elle se marquerait, ensuite, par une insertion dans un système de droits et d'obligations – droits d'accès, de prélèvement, de gouvernement, d'aliénation, etc. – distribués entre une pluralité d'acteurs, soit une communauté de taille moyenne (cent personnes au plus), assurant le respect des droits de chacun et la reproduction de la ressource. On reconnaît là la théorie réaliste états-unienne du faisceau de droits (ou *bundle of rights*), distributif et relationnel, fortement mobilisée dans cette construction.

Néanmoins, Ostrom en fait tout autre chose en introduisant une troisième caractéristique : un commun se marque d'une « gouvernance », d'un *commons-property regimes* (qu'elle analyse), soit d'une organisation collective. La typologie des droits qu'elle reprend et énumère n'est en effet plus réservée à la description des prérogatives du propriétaire, mais sert également à distribuer l'usage du commun entre ses différents bénéficiaires. De là l'élaboration d'un modèle de gouvernance analytique qu'elle reproduit à l'égard de chacun de ses objets d'étude. C'est donc un faisceau de droits qui reste distributif et relationnel, mais confine à un gouvernement, tout en ne s'embarassant plus des distinctions d'Hohfeld entre les diverses qualifications des prérogatives qu'il regroupe, d'ailleurs indifféremment saisies par Ostrom sous le vocable de « *rights* ». Mais inversement, sous ce vocable, Ostrom va décomposer l'agencement institutionnel en droits de deux catégories : d'un côté, des droits de niveau inférieur constitués par les droits d'usage (accès et prélèvement) ; d'un autre côté, ceux de niveau supérieur « dit de choix collectif » (*collective-choice rights*) c'est-à-dire les droits permettant de définir les règles qui seront appliquées. Parmi ces derniers, trois sont regardés comme principaux : le droit de gestion (*management*), soit le droit de définir les conditions d'utilisation de la ressource (de prélèvement notamment) ainsi que de les modifier si cela

---

<sup>121</sup> Y. THOMAS « L'institution juridique de la nature. Remarques sur la casuistique du droit naturel à Rome », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1988, n° 6.

<sup>122</sup> E. OSTROM, *Governing the commons. The evolution of institutions for collective action*, Cambridge University Press, 1990 ; B. CORIAT, « Common pool resource (approche économique) », in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*

<sup>123</sup> Ibid.

<sup>124</sup> G. HARDIN, "The Tragedy of the Commons", *Science*, 1968, Vol. 162, Issue 3859, pp. 1243-1248.

est nécessaire ; le droit d'exclure, au sens du droit de déterminer les bénéficiaires des droits d'usage et si ces droits sont transférables ou non ; le droit d'aliéner, défini comme « le droit de vendre ou de céder entièrement ou partiellement l'un ou les deux droits d'exclure et de gestion »<sup>125</sup>. Par ailleurs, quant à la structure de gouvernance, elle est précisée en tant que mode d'organisation régi par des principes de fonctionnement (huit *Design principles*) : les communs sont gérés par les membres de la communauté eux-mêmes selon des principes d'autogouvernement, de participation et de contrôle des usagers ; ces membres sont identifiés et en nombre arrêtés, ce qui marque l'existence d'une communauté ; les règles, écrites ou coutumières, que les membres émettent s'insèrent dans l'état du droit dans lequel ils s'inscrivent et par conséquent sans opposition à l'État ou au système juridique (grille qu'Ostrom affinera progressivement). En définitive, les communs sont un mode de gestion de ressources exploitées en commun, régi par des règles d'organisation et gouvernés par des principes de fonctionnement, à l'égard desquels l'attention n'a pas cessé, par la suite, de se porter pour déterminer les façons d'optimiser cette gestion<sup>126</sup> et d'organiser la protection et/ou démocratiser la gouvernance. La théorie, d'abord induite de l'observation de « communs fonciers » (de biens matériels rivaux, tels que des pêcheries, forêts, systèmes d'irrigation), sera par la suite étendue aux communs immatériels, ce que certains ont désigné sous les termes de « communs de la connaissance », présentant intrinsèquement les caractéristiques de non-rivalité et de non-excluabilité.

Les constats sont ainsi riches et les constructions poussées, on le voit. Il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas aisé de déterminer ce qu'il est utile de conserver de cette théorie pour construire des outils ou critères de communalité en droit, qui plus dans un droit qui ne relève pas de l'univers états-unien.

On peut tout de même retenir, d'abord, la mobilisation d'une théorie relationnelle de la propriété, ici celle du faisceau de droits (*bundle of rights*), et plus généralement d'une théorie ouvrant à une identification de droits ou intérêts qui s'expriment sur la chose en dehors des seules prérogatives du propriétaire : le droit du propriétaire, mais aussi des prérogatives (et non forcément des droits, nous y reviendrons) des usagers, ou du gestionnaire, d'accéder, d'utiliser, d'exploiter, de gérer la chose, etc. On saisit donc avec cette direction, non seulement le propriétaire, mais aussi plusieurs autres cercles d'intérêts, notamment ceux d'utilisateurs et de décideurs.

Ensuite, on peut s'arrêter sur l'insistance mise sur l'organisation nécessaire de la gestion de la ressource : c'est ce gouvernement qui explique que l'on puisse échapper à la « Tragédie des communs » formalisée, quand bien même une ouverture de l'usage serait admise. C'est ce qui justifiera que l'on propose soit un renforcement du régime de protection de ressources dont l'usage ou la préservation est décrété commun, ainsi que des règles d'organisation — pour le patrimoine commun et la chose commune —, soit que l'on reconnaisse et favorise celles, volontaires, dans lesquelles des propriétaires décident de s'insérer (pour les techniques d'affectation volontaire)<sup>127</sup>. Ce gouvernement ne sera pas, néanmoins, toujours aux mains des membres de la communauté et l'on trouvera des articulations plus mixtes entre règles étatiques et règles d'autogouvernement, voire des organisations ne dépendant que de règles de droit étatique.

Cela explique pourquoi le rapport de recherche porte plus largement **sur les « biens communs » et non les « communs » dès lors que nombre de figures qui s'y trouvent traitées ne se coulent pas exactement dans les caractéristiques des « communs »** ostromiens, mais s'associent plus largement à une affectation à un intérêt commun socialement identifié (historique, environnemental, etc. ; certaines organisations autour de bien s'y conforment cependant, par exemple des habitats participatifs ou certaines œuvres libres)<sup>128</sup>.

### 3. L'approche politique et critique du commun

---

<sup>125</sup> F. ORSI, V° Faisceau de droits, préc.

<sup>126</sup> E. OSTROM, *Governing the commons*, op. cit., p. 21: le but théorique de l'équipe d'Ostrom était aussi de contribuer à « the development of an empirically supported theory of self-organizing and self-governing forms of collective action ».

<sup>127</sup> *Infra* Partie 2 – Propositions de réformes relatives à l'introduction de biens communs en droit.

<sup>128</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 4 – Propositions de réformes relatives aux techniques d'affectation volontaire.

L'approche ostromienne n'est par ailleurs pas la seule. Une autre conception, plus politique, se fait également entendre. En son sein, c'est le processus de mise en commun et d'autogouvernement qui joue le rôle central, soit qu'on le décrive comme un *commoning*, un « processus de création du monde, une création collective d'un système social à travers l'expérience »<sup>129</sup>, soit qu'on en fasse une figure politique de critique radicale du système socio-économique dominant. Les travaux d'Antonio Negri et Michael Hardt<sup>130</sup> d'un côté, et de Pierre Dardot et Christian Laval<sup>131</sup> de l'autre, sont particulièrement représentatifs de cette entreprise. Notamment, la théorisation menée par les seconds élève *le* commun au statut de « principe politique », sous la définition d'« espace institutionnel délimité par des règles pratiques élaborées collectivement », et saisit *le* commun comme « le lien vivant entre une chose, un objet, un lieu, une réalité naturelle (un fleuve, une forêt) ou artificielle (un théâtre, un édifice public ou privé, un service, une entreprise) et l'activité du collectif qui le prend en charge, le préserve, l'entretient et en prend soin ». Le rôle de cette praxis se fait primordial tandis que le droit, à l'inverse, est vertement critiqué pour son implication dans la construction de l'État souverain, d'un côté, et de l'individu propriétaire exclusif, de l'autre<sup>132</sup>. Il n'en est pas moins mobilisé pour la construction de l'usage qui, dans cette pensée, endosse une place centrale en tant qu'alternative à la propriété : l'usage contre le droit de propriété, sur fond d'inappropriable ne donnant précisément lieu qu'« à » un droit d'usage<sup>133</sup>. En définitive, outre une « redéfinition du droit d'usage », cette ligne théorique insiste sur le rôle central d'« une praxis instituante établissant les règles de l'usage commun et de son prolongement dans un usage instituant procédant à la révision régulière de ces mêmes règles », ainsi que sur « la coobligation des "hommes du commun", imposant d'user de cet inappropriable de manière à le préserver et à le transmettre »<sup>134</sup>.

De nouveau, que retenir de cette perspective pour progresser dans la construction juridique de la communalité ? Tout d'abord, la poussée en faveur d'un retour de la figure de l'inappropriable. Elle sera en effet investie dans les propositions à suivre sous la qualification de « chose commune », dont le renforcement du régime sera prôné<sup>135</sup>, quand bien même on n'accordera pas le même domaine à la figure que dans la pensée de Dardot et Laval (c'est-à-dire pas un domaine général). Ensuite, le rôle aujourd'hui central de l'usage, en tant que figure parallèle, ici antagoniste, du droit de propriété. Il fera de même l'objet de multiples propositions de régime. Enfin, la place accordée, de nouveau, à une organisation des usages (ou affectations), ne serait-ce que pour la préservation des ressources concernées, et l'on ne fera que répéter que, dans les propositions émises et contrairement aux théories présentées ici, cette organisation ne sera pas toujours aux mains exclusives des membres de la communauté.

#### 4. L'approche téléologique et fonctionnelle des communs

Enfin, un dernier type d'approche, déjà évoquée précédemment et qui a d'ailleurs davantage mobilisé des juristes, prend plus directement appui sur la fonction des biens au service des personnes. On vise ici la définition et le régime développés par la Commission de réforme italienne de la propriété publique, dite

---

<sup>129</sup> S. HELFRICH et D. BOLLIER, « Commoning », in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, op. cit.

<sup>130</sup> A. NEGRI et M. HARDT, *Commonwealth*, Harvard University Press, 2009, p. VIII et p. 357, qui, au fil d'une élaboration théorique très complexe, considèrent le commun de deux points de vue : d'un côté, « by "the common" we mean, first of all, the common wealth of the material world – the air, the water, the fruits of the soil, and all nature's bounty » and « those results of social production, such as knowledge, languages, codes, information, affects and so forth » ; de l'autre, la création de nouvelles institutions sociales de rupture, « based on conflict, in the sense that they both extend the social rupture operated by revolt against the ruling powers and are open to internal discord. Institutions also consolidate collective habits, practices, and capacities that designate a form of life ».

<sup>131</sup> P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI<sup>e</sup> siècle*, La Découverte, 2014, spéc. p. 453 et s.

<sup>132</sup> V. égal. les critiques du même ordre chez A. NEGRI, *Il diritto del comune*, in S. CHIGNOLA (dir.) *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà, e nuovi poteri costituenti*, Ombre Corte, 2012, p. 34 et s.

<sup>133</sup> P. DARDOT et Ch. LAVAL, *Commun. Essai...*, op. cit., p. 477-481.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 283.

<sup>135</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 2 – La chose commune.

« *Commissione sui beni pubblici* » instituée en 2007 auprès du ministère de la Justice pour réformer le régime des biens publics et présidée par Stefano Rodotà<sup>136</sup>, mais qui s'est finalement donnée pour tâche de fonder une nouvelle catégorie juridique, celle des *beni comuni*. Aux côtés des biens publics et privés, elle a en effet défini ces biens communs comme tout bien nécessaire à la satisfaction des droits fondamentaux de la personne et à son libre développement et leur a associé un régime devant permettre cette réalisation<sup>137</sup>.

Plus précisément, quant à la définition des biens concernés, celle-ci renvoie à toute « chose qui exprime une utilité fonctionnelle à l'exercice des droits fondamentaux et au libre épanouissement de la personne ». Dans un deuxième temps et face aux critiques dénonçant le flou de cette catégorie, la définition s'est également accompagnée d'une liste non exhaustive de ces biens : « les fleuves, et leurs sources, les lacs et les autres eaux, les parcs comme définis par la loi, les forêts et les zones boisées, zone de haute montagne, les glaciers ; rivières, et les littoraux déclarés réserve naturelle ; la faune sauvage et la flore protégée, les biens archéologiques, culturels, environnementaux, et les zones paysagères protégées. ». Les biens communs sont donc qualifiés tels dès lors qu'ils sont indispensables à l'exercice de droits fondamentaux<sup>138</sup>.

Leur régime se teinte alors de cette articulation et se trouve pensé à partir de cette fonction<sup>139</sup> : la propriété, publique comme privée, se double d'une « titularité », au sens où les biens communs peuvent être privés ou publics, mais « dans tous les cas, on doit en garantir la fonction collective dans les limites et suivant les modalités fixées par la loi » ; ils deviennent alors indisponibles et inaliénables à raison de leur affectation ; ils doivent être protégés et sauvegardés par le système juridique pour le présent et pour les générations futures ; des actions en justice sont possibles pour assurer cette affectation.

Il y aurait évidemment beaucoup à dire relativement à ces propositions<sup>140</sup>. Par ailleurs, les travaux de cette Commission n'ont pas été consacrés par le législateur. Il n'en demeure pas moins qu'ils ont eu une influence considérable sur la doctrine et la jurisprudence italiennes. La Cour de cassation a notamment rendu en 2011 trois arrêts par lesquels elle définissait comme « commun » tout bien qui, « indépendamment de la titularité, est, en raison de ses caractéristiques intrinsèques, et particulièrement environnementales et paysagères, destiné à la réalisation de l'État social (...) [et] est lié, de manière instrumentale, à la réalisation des intérêts de tous les citoyens »<sup>141</sup>. Le critère de la « communalité » retenu par la Cour gisait en l'espèce dans le constat que les intérêts que le bien en question (des vallées de pêches de la lagune de Venise) permettait de satisfaire étaient protégés, en tant que droits fondamentaux, par les articles 2 et 9 de la Constitution italienne. La conséquence en a été que ces biens, composantes du domaine public, furent également reconnus comme « communs », entraînant la Cour vers le constat que « la titularité de l'État comme "*Stato-collettività*" (i.e. comme sujet qui représente les intérêts de tous) n'est pas une fin en soi, mais implique des charges

---

<sup>136</sup> V. S. RODOTA, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e sui beni comuni*, Il Mulino, 2013.

<sup>137</sup> V. le texte de la proposition de réforme, disponible à l'adresse suivante :

[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_12\\_1.wp?previousPage=mg\\_1\\_12\\_1&contentId=SPS47624](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_12_1&contentId=SPS47624). Pour une présentation plus détaillée en langue française, v. D. MONE, *Commission Rodotà (Italie)*, in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, op. cit.

<sup>138</sup> V., pour plus de précisions sur ce lien dans la perspective italienne, Annexe 2, Leçon de droit comparé n° 6 : La reconnaissance de l'intérêt commun en rapport avec les droits fondamentaux au sein des *beni comuni* en Italie.

<sup>139</sup> G. STOLFI, *Beni comuni in Parlamento. Per un percorso tra storia e diritto, verso approdi condivisi?*, in "Studi parlamentari e di politica costituzionale", n. 177/178, 2012, p. 54.

<sup>140</sup> Pour des détails et les critiques, v. Partie 2, Titre 2, Section 2.3, préc.

<sup>141</sup> Cour de Cassation italienne, Chambres réunies, 14 février 2011, n° 3665, *Giustizia Civile*, 2011, n° 2 ; 16 février 2011, n° 3811 ; 18 février 2011, n° 3938, tous trois disponibles à l'adresse suivante : [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it). Sur lesquels, v. entre autres, G. CARAPEZZA FIGLIA, « Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni Unite », *Rassegna di diritto civile*, 2012, n° 2 ; S. LIETO, « Beni comuni, diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica », *Politica del diritto*, 2011, n° 2 ; E. PELLECCIA, « Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune », *Il foro italiano*, 2012, n° 1. Ainsi que les critiques synthétisées *infra* Partie 2, Titre 2 – Propositions de réformes relatives aux prérogatives de communalité – Les intérêts à reconnaître – Leçon de droit comparé : La reconnaissance de l'intérêt commun en rapport avec les droits fondamentaux au sein des *Beni comuni* en Italie.

inhérentes à une gouvernance qui garantisse l'effectivité des diverses formes de jouissance et d'usage public du bien ». De là la conséquence, également que, par le biais de la garantie de l'effectivité des droits fondamentaux, des intérêts non-proprétaires (dont chaque citoyen serait titulaire) influenceraient le régime de biens saisis comme communs (le fait que les biens en question relèvent du domaine public a néanmoins beaucoup joué).

Que retenir de cette orientation pour la France ? Tout d'abord l'identification possible, derrière la propriété, d'autres titularités. Mais, en l'occurrence et ensuite, dans la construction italienne, celle-ci s'appuie sur la seule considération de droits fondamentaux individuels ; c'est leur adjonction et les nécessités que leur effectivité impose qui dessinent l'intérêt commun<sup>142</sup>. Or d'autres voies pour tracer l'intérêt commun et la communalité sont possibles, qui soit viennent préciser les droits fondamentaux en question — on peut défendre un bien comme commun parce que sa préservation est nécessaire pour assurer l'exercice de droits des personnes, comme pour les ressources vitales dont dépend l'effectivité des droits à la vie, à l'alimentation, à l'eau, etc., ou encore parce que son usage est indispensable à l'exercice de certaines libertés, comme celle d'expression ou de création —, soit reconnaissent non des droits, mais une affectation qui prenne les atours de prérogatives moins affirmées — des intérêts diffus — ou sans prérogative individuelle reconnue<sup>143</sup>.

Plus largement et en définitive, l'ensemble de ces théories contemporaines relatives aux communs attire l'attention sur le contenu social et politique, mais également juridique, de l'intérêt commun. Elles orientent vers l'identification de ces intérêts communs qui seraient juridiquement à protéger, soit qu'ils existent déjà en droit positif, mais seraient à mieux cartographier, soit qu'ils restent à reconnaître. Elles mettent alors au-devant de la réflexion, d'une part, d'autres figures propriétaires non réductibles au seul rapport entre le propriétaire et sa chose, et éclairent de possibles dissociations entre droit de propriété et autres titularités. Elles font apparaître, d'autre part, la question, centrale de l'organisation de ces agencements. L'objectif général n'a cependant pas été d'adopter en droit l'une ou l'autre de ces approches *in extenso*, mais de s'en inspirer pour construire des figures juridiques de communalité et des critères de communalité.

Avant d'exposer ces figures et ces critères, il importe de s'arrêter ou de revenir, pour illustrations, sur/à des « figures propriétaires » qui, malgré l'attraction à laquelle elles sont soumises vers le modèle dominant, n'en sont pas moins toujours porteuses de communalité.

---

<sup>142</sup> Sur cette articulation de l'individuel et du commun, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Section 2.3.

<sup>143</sup> V. not. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 2 – Propositions de réformes relatives à la chose commune et Partie 2, Titre 2, Section 1 – Propositions de réformes relatives aux prérogatives de communalité – Les intérêts à reconnaître.

## TITRE 2 – LES FIGURES PROPRIÉTAIRES PORTEUSES DE COMMUNALITÉ

Les développements qui suivent ont pour vocation de compléter et d'enrichir l'analyse transversale des relations entre propriété et communalité. Ils illustrent l'absence de caractère antinomique de ces deux notions à travers l'étude de deux « figures propriétaires » très différentes, la propriété intellectuelle (**Section 1**) et la propriété publique (**Section 2**). Ces « figures » ont été retenues ici pour deux raisons principales. En premier lieu, figures dominantes dans les systèmes juridiques contemporains, leur domaine est suffisamment large et englobant pour étayer l'approche conceptuelle de la communalité et fournir les éléments permettant de construire l'outil annoncé. D'autres figures, dont les objets sont plus circonscrits - propriété culturelle, propriété des eaux, de la biodiversité, etc. – auraient pu être également évoquées, mais trouveront mieux leur place, dans la seconde partie consacrée aux études spécifiques et comme illustrations de certaines qualifications par exemple. En second lieu, l'étude de la propriété intellectuelle comme celle de la propriété publique met en évidence la réalité de l'articulation et/ou de la tension pouvant exister entre propriété et communalité et les facteurs qui participent à faire évoluer l'équilibre entre ces deux pôles au sein d'un même régime juridique.

## Section 1. Propriété intellectuelle et communalité

Si, comme affirmé précédemment, la communalité n'est pas antinomique de la propriété, c'est d'autant plus vrai pour la propriété intellectuelle qui mêle en son sein le principe d'une réservation exclusive au seul bénéficiaire du titulaire de droit et la préservation de divers espaces d'usage commun.

Les biens immatériels, et la propriété intellectuelle qui s'y attache, sont ainsi particulièrement propices à une analyse en termes de communalité ou d'affectation au commun pour diverses raisons. La première est que les biens immatériels accueillent naturellement des usages collectifs et que l'intérêt commun est souvent indissociable des objets des droits de propriété intellectuelle (§1). Même la réservation exclusive et privative créée par ces droits n'évacue pas complètement cette communalité qui se retrouve dans ses creux, limitations et exceptions (§2).

Une communalité est également instituée par des droits intellectuels spécifiques, telles les marques collectives, appellations d'origine ou indications géographiques, qui partagent l'usage d'un signe entre divers titulaires, à la faveur là encore de l'immatérialité de l'objet de ces droits (§3).

### §1. La dimension collective des objets de la propriété intellectuelle

Si exclusivité et communalité cohabitent assez largement au sein des régimes de propriété intellectuelle, c'est avant tout une conséquence de la nature particulière des biens, créations, informations, signes, susceptibles de faire l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, en raison de leur dimension non-rivale et non-exclusive (1.). En outre les créations, inventions, informations qui font l'objet de la propriété intellectuelle revêtent une forte dimension commune tant ces biens ont vocation non pas à être réservés pour l'usage exclusif de leur propriétaire, comme le seraient de nombreux biens matériels, mais à être reproduits afin de circuler sur le marché et utilisés par le plus grand nombre en raison de leur importance culturelle, scientifique, technique ou informationnelle (2.).

#### 1. La nature non rivale et non exclusive des objets de la propriété intellectuelle

La non-rivalité d'un bien signifie que l'usage d'un bien ne diminue pas en fonction du nombre d'utilisations qui en sont faites. À l'inverse d'un bien matériel, que dix ou cent personnes écoutent ou exploitent une chanson n'en réduit pas la valeur pour chacune de ces utilisations, alors que l'occupation d'un immeuble par trois ou vingt personnes influencera significativement la valeur de celle-ci pour les occupants, de même que manger une pomme, seul ou à plusieurs, divise la part consommée par chacun, et donc la valeur de la chose par individu.

Par non-exclusivité, il faut entendre la difficulté à exclure autrui de l'usage de la ressource. Tandis qu'il est aisé de préserver l'usage de son bien matériel, immeuble ou pomme, à son seul bénéficiaire, sous réserve de variations selon le type de biens, l'immatérialité d'une chanson ou tout autre type de création, une fois divulguée dans la sphère publique, rend complexe l'exclusion de tout usage. Les mêmes réflexions s'appliquent à une invention technique : la valeur d'usage d'une solution thérapeutique ou d'un élément technique de la norme wifi ne diminue pas en fonction du nombre de personnes qui l'avalent ou qui en disposent dans leurs équipements électroniques. La même difficulté d'exclusion s'y rencontre, une fois surmonté l'obstacle de l'accès au bien matériel qui incorpore l'invention.

Le premier objectif des droits intellectuels est dès lors de créer une exclusivité sur ces objets immatériels qui en sont naturellement dépourvus. Droit d'auteur, droit des brevets, droit des marques ou autres accordent à leur titulaire le pouvoir juridique d'exclure autrui de l'exploitation de leurs œuvres, inventions ou signes protégés. Indirectement ces droits revêtent également les objets protégés d'une certaine rivalité économique, l'exploitation réservée au titulaire du droit atténuant en effet la valeur, à tout le moins sur le plan économique, des usages par autrui.



La propriété intellectuelle se substitue donc artificiellement à la communalité qui surgit nécessairement des usages partagés des biens immatériels que constituent les productions intellectuelles. Ce sont les droits exclusifs qu'elle accorde qui créent une réservation individuelle et privative, mais qui ne parvient qu'imparfaitement à prendre la place des usages communs.

L'exclusivité qui s'attache aux droits de propriété intellectuelle n'est pas seulement un droit d'exclure autrui de l'exploitation du bien immatériel protégé, mais représente aussi un mode de gestion de cette exploitation. Par son droit exclusif, le titulaire du droit d'auteur ou du brevet organise la circulation de l'œuvre ou de l'invention sur le marché, se réserve des parts de celui-ci ou obtient des rémunérations en autorisant autrui à en exploiter la valeur<sup>144</sup>. Hormis quelques cas spécifiques<sup>145</sup>, le bien immatériel a besoin de circuler, d'être partagé et utilisé par de nombreuses personnes, pour que le titulaire du droit puisse en extraire toute la valeur économique. Le droit intellectuel, par l'outil contractuel, réalise cette circulation en autorisant l'usage du bien par autrui.

Cette transformation du droit d'exclure en droit exclusif, caractéristique des droits de propriété intellectuelle, s'apparente au concept d'exclusivité de la propriété développé par certains auteurs étrangers, soit comme outil de gouvernance de la propriété, selon Hanoch Dagan<sup>146</sup>, soit comme position d'autorité du propriétaire, pour Larissa Katz<sup>147</sup>. Dans la mesure où l'exclusion de tous est rarement l'objectif d'un titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, l'inclusion d'autrui, que ce soit par les licences accordées ou les diverses limitations des droits, est assez caractéristique de la propriété intellectuelle. C'est donc un terrain de jeu propice à l'inclusivité et à la communalité<sup>148</sup>.

## 2. L'intérêt commun en propriété intellectuelle

Sans doute davantage que la propriété privée individuelle classique, la propriété intellectuelle n'est pas uniquement pensée en fonction d'un intérêt égoïste du propriétaire sur sa chose, mais intègre également dans son champ, la société, le public, les utilisateurs des créations immatérielles qu'elle protège. Elle est ainsi fortement empreinte d'une dimension commune et la communalité que nous étudions s'y déploie très naturellement. Parce que les biens qu'elle protège consistent en des créations culturelles, des produits informationnels, des innovations, ils présentent un intérêt général indéniable<sup>149</sup> : il s'agit, du moins est-ce la justification traditionnellement avancée, d'accorder des droits privatifs aux créations et inventions pour inciter leurs auteurs à la création et en favoriser la circulation auprès du public.

L'intérêt privatif des auteurs et des inventeurs<sup>150</sup> à l'octroi d'un contrôle exclusif de l'exploitation de leurs œuvres et inventions, porteur d'un éventuel retour économique, est bien entendu central dans les régimes de propriété intellectuelle. Mais ce droit individuel et exclusif est aussi compris comme le moyen de la diffusion dans la société des contenus culturels et des innovations essentiels à son progrès. Bien davantage que la propriété portant sur des biens matériels, la propriété intellectuelle doit composer avec l'intérêt général et l'intérêt du public, bénéficiaire ultime des œuvres, inventions et marques protégées, ce qui se traduit par un entrelacement de la réservation individuelle et exclusive et des usages communs que

---

<sup>144</sup> Sur le rôle particulier de l'exclusivité en droit intellectuel, v. S. DUSOLLIER, « Intellectual property and the bundle-of-rights metaphor, *Kritika-Essays in Intellectual property* », Vol. 4, Edward Elgar, 2020.

<sup>145</sup> Une marque est par exemple réservée à l'usage exclusif et individuel de son titulaire pour désigner ses seuls produits et services ; certains brevets, notamment ceux portant sur des médicaments, ne seront généralement exploités que par la seule société ayant développé l'invention.

<sup>146</sup> H. DAGAN, 'Inside Property', 63 U. Toronto L. Rev. 1 (2013), qui dépeint l'exclusivité comme "the internal life of property, which is often structured by sophisticated mechanisms aiming to facilitate various forms of interpersonal relationships in ways that no contractual arrangement can".

<sup>147</sup> L. KATZ, 'Exclusion and Exclusivity in Property Law', 58 U. Toronto L.J. 275 (2008).

<sup>148</sup> S. DUSOLLIER, « Du gratuit au non-exclusif, les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?* LexisNexis, Paris, Collection IRPI, n°43 2014, p. 29-48.

<sup>149</sup> M. BUYDENS et S. DUSOLLIER (dir.), *L'intérêt général et l'accès en propriété intellectuelle*, Bruylant, 2008.

<sup>150</sup> La justification du droit des marques est fort différente, même si elle associe également l'intérêt privatif des entreprises à voir distinguer leurs produits et services de ceux de leurs concurrents sur le marché, à l'intérêt général des consommateurs et d'un marché loyal à une telle distinction.

le Code de propriété intellectuelle ou le titulaire du droit organisent. L'intérêt commun se niche au cœur des droits intellectuels.

## §2. Usages communs et propriété intellectuelle

Si le titulaire de droit d'auteur, de droit de brevet ou de droit des marques jouit de droits exclusifs sur son objet, il dit néanmoins composer avec une communalité d'usages qui sont organisés par le régime même de propriété intellectuelle. Ce ne sont donc pas des limitations externes, comme pour la propriété matérielle, mais bien des usages communs qui se concilient avec l'exclusivité des droits de propriété immatérielle. En premier lieu, la propriété intellectuelle ne s'étend pas aux idées, part d'inappropriable irréductible à toute exclusivité et créant un espace de communalité essentiel à la création et à l'innovation (1.). Ensuite, le public bénéficie naturellement d'un accès intellectuel aux œuvres et inventions, pouvant en tirer les bénéfices culturels, informationnels, techniques ou thérapeutiques, l'exclusivité ne couvrant que leurs exploitations, principalement économiques (2.). Chaque droit intellectuel détermine également une part d'usages autorisés, pour répondre à diverses justifications, d'intérêt général ou d'utilité sociale, les utilisateurs bénéficiant ainsi de privilèges inclusifs, voire de droits, qui font échec à l'exclusivité de la propriété intellectuelle (3.). Finalement, les droits de propriété intellectuelle étant généralement d'une durée limitée, les créations et innovations réintègrent le domaine commun, à l'expiration du droit, et deviennent inappropriables et d'usage commun (4.).

### 1. Le commun résultant de l'absence de protection

Les idées ne peuvent faire l'objet d'aucun droit de propriété intellectuelle. C'est un principe fondamental du droit d'auteur qui n'investit que les expressions et non les idées, données brutes, informations, faits, styles, méthodes, fonctions techniques...

Sous une autre forme, le droit des brevets ne protège que les solutions techniques constituant une invention, et non les découvertes préexistantes à toute intervention humaine, pas plus que les simples idées abstraites. Le droit des marques exclut les signes qui ne consistent qu'en un simple concept abstrait<sup>151</sup>. Ces idées, abstractions, principes, faits, données constituent un fonds commun qui doit rester tel. Créations et inventions se nourrissent de ce fonds commun, mais ne se l'approprient en aucune manière<sup>152</sup>. Ce n'est donc pas une *res nullius* sur laquelle un droit de propriété naîtrait par simple occupation, mais une *res communes* qui ne peut appartenir à quiconque et dont l'usage reste commun à tous. Au sein de la propriété intellectuelle, cette exclusion des idées instaure un équilibre fondamental qui contribue à la création et à l'innovation. On pourrait presque dire que de la communalité des idées surgissent les créations qui justifient une réservation exclusive.

Une part d'inappropriable est donc inhérente à la propriété intellectuelle et elle en trace le périmètre en définissant les objets qu'elle protège et ceux qu'elle exclut.

### 2. Accès intellectuel aux œuvres et inventions

Par ailleurs, contrairement au droit de propriété qui couvre tout acte d'utilisation du bien (*usus*) qu'il soit privé ou public, commercial ou non, lucratif ou non, consommateur ou non, épuisant la ressource ou non, la propriété intellectuelle, en dépit de sa qualification de droit de propriété et de l'absolutisme qu'elle est supposée engendrer<sup>153</sup>, n'a qu'un champ restreint, se limitant aux actes d'exploitation du bien immatériel, notion qui peut être définie différemment selon les droits particuliers.

---

<sup>151</sup> V. CJUE, 25 janvier 2007, *Dyson*, C-321/03, qui refuse la protection, par le droit des marques, d'un simple concept de réceptacle transparent pour aspirateurs, sans concrétisation particulière.

<sup>152</sup> M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 133, pp. 178-199.

<sup>153</sup> Pour un excellent résumé du débat sur la nature propriétaire des droits intellectuels, voir A. LUCAS, « Droit des biens et biens spéciaux, l'exemple de la propriété intellectuelle », in *Les modèles propriétaires – Actes du colloque international organisé par le CECOJI*, L.G.D.J., 2012, pp. 15-24.

Ainsi, le droit d'auteur accorde des droits exclusifs sur la reproduction et la représentation de l'œuvre (droit moral mis à part). En droit français, ces droits sont considérés comme ayant une approche synthétique et incluent en leur sein de multiples actes d'usage des œuvres, adaptation, distribution, mis à disposition du public, communication sous toutes formes techniques, prêt, location, etc. Mais ils ne consistent qu'en un contrôle de l'exploitation de l'œuvre<sup>154</sup> (comme en atteste l'article L.122-1 Code de la propriété intellectuelle (CPI) selon lequel « Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction »), soit des diverses modalités de diffusion de l'œuvre dans le public, directement ou par le biais d'exemplaires<sup>155</sup>. Les simples usages de l'œuvre, une fois divulguée, qui ne rentrent pas dans la définition, quoiqu'étendue, des droits de représentation et de reproduction, échappent au contrôle exclusif de l'auteur<sup>156</sup>. Par simples usages, on peut songer à la lecture, l'écoute, la vision. Cet accès intellectuel à l'œuvre, sa jouissance intellectuelle, s'ils n'engendrent pas un acte de copie ou de communication au public, ne sont pas réservés au titulaire du droit.

De même en droit des brevets, la liste des actes soumis au droit intellectuel n'est pas absolue, même si elle inclut une notion assez large d'« usage » de l'invention, et préserve l'utilisation privée. La réception des bénéficiaires de la solution technique échappe à l'exclusivité de la propriété intellectuelle. Par exemple les patients se soignant au moyen de molécules brevetées bénéficient d'une des utilités essentielles du bien immatériel que constitue l'invention, celle de son effet technique et thérapeutique.

Le droit des marques n'interdit que l'usage d'un signe protégé qui porte atteinte à la fonction essentielle du droit des marques, qui est de distinguer les produits et services, et tolère aussi l'usage privé et hors de la vie des affaires.

Certains usages des biens immatériels, certes limités, ne rentrent donc pas dans la sphère d'exclusivité. Affirmer que la qualification propriétaire des droits intellectuels pourrait prétendre à étendre l'exclusivité à toute utilité du bien protégé, comme le ferait le droit de propriété s'agissant d'un bien matériel dont tout usage est réservé au propriétaire, ne nous paraît pas pertinent. Si la nature propriétaire du droit intellectuel et le caractère synthétique des droits patrimoniaux en droit d'auteur permet de penser que tout nouvel acte d'exploitation du bien a vocation à être réservée à l'auteur, il n'en reste pas moins qu'il doit s'agir d'exploitation au sens de ces droits patrimoniaux, tels que définis dans chaque régime de droit intellectuel, et non d'un simple bénéfice de l'œuvre, de l'invention ou du signe. Henri-Jacques Lucas pouvait ainsi écrire, pour le droit d'auteur, que « l'auteur se distingue en effet d'un propriétaire ordinaire en ce qu'il ne se réserve pas toutes les utilités de l'œuvre, après sa divulgation, puisque c'est au public qu'il la destine, ce que Desbois n'hésitait pas à analyser comme une affectation au public de l'usage (*usus*) de l'œuvre »<sup>157</sup>.

En d'autres termes, certaines utilités de ces biens restent non couvertes par les droits exclusifs que confère la propriété intellectuelle qui s'intéresse plus à maîtriser la « valeur » du bien que l'ensemble de ses usages. La propriété intellectuelle est de la sorte le parfait exemple de l'évolution de la propriété vers une propriété économique, née de la dématérialisation des biens<sup>158</sup>, qui « donne davantage accès à la réservation d'une valeur et à l'exploitation d'utilités »<sup>159</sup>.

Cette communalité de « simples usages » de l'objet immatériel n'est toutefois qu'une position subsidiaire, en l'absence à la fois d'une possession matérielle exclusive et d'un droit subjectif exclusif sur certains

---

<sup>154</sup> A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2012, LexisNexis, § 263 : « ce qui déclenche l'application du droit exclusif est un acte d'exploitation ». Voir également S. DEPREUW, *The Variable Scope of the Exclusive Economic Rights in Copyright*, Kluwer Law International, 2014, p. 493.

<sup>155</sup> J.-G. RENAULD, « Les destinées récentes du droit de reproduction mécanique et le droit d'auteur », note sous Cass. (1ère ch.), 19 janvier 1956, R.C.J.B., 1956, p. 196.

<sup>156</sup> Ce que la CJUE a confirmé dans un arrêt de 2008, CJUE, 17 avril 2008, *Peek & Cloppenburg c. Cassina*, C-456/06.

<sup>157</sup> H.-J. LUCAS, « Introduction », in *Les modèles propriétaires – Actes du colloque international organisé par le CECOJI*, L.G.D.J., 2012, p.12.

<sup>158</sup> Sur ce point, F. ZÉNATI, « L'immatériel et les choses », *Le droit et l'immatériel – Archives de philosophie du droit*, t. 43, 1999, p. 79 ; G. GIDROL-MISTRAL, « Les biens immatériels en quête d'identité », 46 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* (2016), p.67.

<sup>159</sup> J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 307, § 27. V. aussi A. ABELLO, « La propriété intellectuelle, une "protection de marché" », in M.-A. FRISON-ROCHE et A. ABELLO (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 351.

usages. Aucun droit ou prérogative juridique opposable ne juridicise cet usage commun<sup>160</sup> qui n'est donc pas à l'abri d'une réservation factuelle ou technique. Un dispositif technique peut limiter ma capacité à visionner tel contenu un certain nombre de fois, ou sur un certain équipement, ou en vitesse accélérée. Le contrôle de l'accès au support matériel du bien immatériel conditionne également et de manière indirecte la jouissance commune des œuvres et inventions, leur bénéficiaire intellectuel étant soumis à une possibilité d'accès matériel. Sous réserve des mises à disposition collective, par le truchement des bibliothèques et médiathèques par exemple, qui créent une communalité d'usage hors marché et hors accès matériel individuel.

### 3. Les exceptions et limitations des droits intellectuels comme usages communs

En outre, la propriété intellectuelle a ceci de particulier qu'elle intègre ses propres limitations dans son régime pour tenir compte des intérêts d'autrui, mais aussi de l'intérêt commun<sup>161</sup>. Ainsi si les exceptions et limitations des droits intellectuels sont des modulations plus ou moins intenses du droit exclusif<sup>162</sup>, elles organisent aussi des usages communs d'un objet de propriété ou reflètent dans l'agencement de la propriété intellectuelle exclusive des usages communs préexistants à leur reconnaissance par le législateur.

Chaque droit intellectuel comprend son système spécifique d'exceptions et limitations, qui peuvent résulter de la prise en compte de la liberté d'expression (par exemple, exceptions de parodie ou de citation en propriété littéraire et artistique), de la liberté de concurrence qui explique de nombreuses exceptions ou limitations en droit des marques ou en droit des brevets, ou plus généralement de l'intérêt général qui soutient les exceptions relatives à l'éducation en droit d'auteur ou à la recherche en droit des brevets, ainsi que les licences obligatoires en matière de santé publique. Les utilisations privées des objets protégés sont admises dans certaines limites. En droit des brevets ou droit de marques, elles ne relèvent pas de l'exploitation visée. En droit d'auteur, la copie privée est autorisée, mais compensée par une rémunération, en raison de la difficulté de l'exercice du droit exclusif dans la sphère privée de l'utilisateur.

Toute hypothèse d'exception d'un droit intellectuel dessine un espace d'utilisation dans lequel l'exclusivité du droit de propriété intellectuelle n'a plus cours ou est significativement rabotée. Les bénéficiaires des exceptions et les utilisateurs des biens immatériels protégés recouvrent dès lors un usage commun de ceux-ci. Il faut toutefois noter que cette communalité n'opérera pas toujours au niveau des bénéficiaires directs des limitations. Par exemple, dans les hypothèses où le brevet permet d'accorder une licence de fabrication de l'objet breveté (par défaut d'exploitation, pour une invention dépendante ou en cas d'urgence de santé publique), l'exclusivité n'est plus de mise pour le titulaire du brevet, mais cela ne crée pas pour autant du commun dans le chef du preneur de la licence obligatoire qui peut consister en une entreprise unique. Cela en crée davantage pour les bénéficiaires finaux de cette licence obligatoire : elle permet la fabrication de médicaments brevetés, de sorte que l'invention devient un bien commun pour les patients et malades des pays ayant recouru à cette licence, leur accès au médicament n'étant plus entravé par l'exclusivité du droit. Le droit de brevet devient inclusif, par le mécanisme de cette licence obligatoire, puisqu'il ne permet plus de réserver l'invention au seul marché déterminé par son titulaire, au nom d'un intérêt de santé publique.

En droit d'auteur, les exceptions dans le cadre de l'enseignement ou en faveur des bibliothèques, en autorisant des actes limités de reproduction ou de représentation des œuvres, créent pareillement un

---

<sup>160</sup> Par « usage commun », il faut sans doute entendre une pluralité d'usages non rivaux qui s'exercent en parallèle, sans que ceux-ci créent pour autant une véritable communalité, qui prendrait la forme d'un usage véritablement collectif.

<sup>161</sup> Le Conseil constitutionnel reconnaît cette communalité d'usages favorisée par la limitation du droit intellectuel, en se référant à l'intérêt général, v. Décision n° 2017-649 QPC du 4 août 2017, *Société civile des producteurs phonographiques et autre*, (« 10. En premier lieu, en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu faciliter l'accès des services de radio par internet aux catalogues des producteurs de phonogrammes et ainsi favoriser la diversification de l'offre culturelle proposée au public. Ce faisant, il a poursuivi un objectif d'intérêt général »).

<sup>162</sup> V.-L. BENABOU, « Les “exceptions” : un non-sujet ? Ou variations autour d'une notion floue et peut-être inexistante », *RIDA* n° 256, avril 2018, p. 107.

usage commun en aval de la protection par le droit d'auteur, au bénéfice des élèves ou des usagers de la bibliothèque. On retrouve cette même logique dans les limitations des droits exclusifs de l'auteur au bénéfice des personnes souffrant d'un handicap ou pour favoriser la circulation des œuvres indisponibles. Un accès plus communautaire aux œuvres est ainsi constitué par l'exception.

En outre, le retrait de l'exclusivité du droit, introduit un rapport inclusif à la ressource ; les utilisateurs bénéficiant de l'exception jouissent alors d'un privilège d'utilisation égal et symétrique à ceux des autres utilisateurs<sup>163</sup>, ce qui crée d'une certaine manière des usages inclusifs, aucun usage de la création ou de l'invention ne pouvant exclure l'usage d'autrui également fondé sur une telle limitation du droit de propriété.

Valérie-Laure Benabou écrit notamment que « Les exceptions apparaissent en effet, et de plus en plus, non comme un simple « négatif » des droits conférés au plan individuel au titulaire, mais en tant que véritable système d'organisation alternatif au droit exclusif et collectiviste »<sup>164</sup>. Cette collectivisation alternative à l'exclusion que permet le droit fonde une communalité d'usages. Cette évolution, que la doctrine française reconnaît du bout des lèvres, est très nette en droit européen qui a progressivement transformé les exceptions au droit d'auteur, de simples limitations très fortement conditionnées, en des mécanismes de création d'usages communs, qui gagnent une place importante dans les récents textes et la jurisprudence communautaire<sup>165</sup>.

#### 4. Durée des droits intellectuels et le domaine public comme chose commune

Enfin, une limite essentielle de tous les droits de propriété intellectuelle est constituée par la durée du droit. Sous réserve du régime particulier des marques et des appellations d'origine et indications géographiques<sup>166</sup>, tout droit intellectuel est nécessairement limité dans le temps<sup>167</sup>, à rebours de la perpétuité du droit de propriété classique.

En conséquence, les biens immatériels protégés par des droits de propriété intellectuelle sont normalement destinés à retrouver leur état de communalité première à l'expiration du délai de protection, communalité qui marque ce qu'on dénomme généralement le domaine public<sup>168</sup>.

En entrant dans ce domaine public, les créations, inventions, signes, s'affranchissent de l'exclusivité des droits qui en régulaient l'exploitation et sont rendus à la communauté des usagers. Tout usage, exploitation, reproduction, copie, fabrication, diffusion de ces biens immatériels est possible pour tous, sans qu'aucune autorisation ne soit requise et à condition, s'agissant du droit d'auteur, que l'utilisation de l'œuvre respecte les droits moraux conservés par les ayants droit de l'auteur. L'œuvre, l'invention, le signe, le dessin ou modèle est donc d'usage commun.

---

<sup>163</sup> S. DUSOLLIER, « Du gratuit au non-exclusif, les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?* LexisNexis, Paris, Collection IRPI, n°43 2014, pp. 29-48 ; Y. BENKLER, « Between Spanish Huerats and the Open Road: A Tale of Two Commons ? », in B. FRISCHMANN, M. MADISON & K. STRANDBURG, *Governing Knowledge Commons*, Oxford University Press, 2014, pp. 69-97.

<sup>164</sup> V.-L. BENABOU, « Les “exceptions” : un non-sujet ? Ou variations autour d'une notion floue et peut-être inexistante », art. préc., p.131.

<sup>165</sup> Sur ce point, v. S. DUSOLLIER, “The 2019 Directive on copyright in the digital single market: some progress, a few bad choices, and an overall failed ambition”, *Common Market Law Review*, 2020, vol. 57, spec. pp. 3-5.

<sup>166</sup> Les droits sur les signes distinctifs sont potentiellement illimités dans le temps, en tout cas pour autant que le droit soit renouvelé (en ce qui concerne la marque d'une durée de 10 ans renouvelable) et que le signe fasse toujours l'objet d'un usage.

<sup>167</sup> Le droit d'auteur expire 70 ans après la mort de l'auteur, les droits voisins 50 ou 70 ans après le fait générateur de la protection, le droit des brevets au maximum 20 ans après le dépôt de la demande de brevet, avec un délai supplémentaire possible de 5 ans pour les certificats complémentaires de protection, le droit de dessin et modèle a une durée de 5 ans renouvelable jusqu'à un maximum de 25 ans et le certificat d'obtention végétale une durée de 25 ou 30 ans.

<sup>168</sup> Pour une explication de cette notion et sa distinction par rapport au domaine public en droit administratif, v. S. DUSOLLIER, V° Domaine public (propriété intellectuelle), in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.) *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 375-382 ; *infra* Partie 2, Titre 1, Section 2.2 – Propositions de réformes relatives à la chose commune – Le domaine commun informationnel comme chose commune.

Ce domaine public est qualifié, par une doctrine grandissante, de chose commune ou *res communes*, au sens de l'article 714 du Code civil. Il s'agit donc d'une chose qui n'appartient à personne et dont l'usage est commun à tous<sup>169</sup>.

Ceci dit, cette communalité s'inscrit en creux de la propriété intellectuelle et n'est jusqu'à ce jour pas organisée par le droit. C'est par défaut de droits exclusifs que la chose immatérielle est qualifiée de chose commune et que son usage est ouvert à tous, mais aucun droit collectif n'est pour autant garanti par la loi sur l'usage du domaine public. Son inappropriabilité résulte également de l'impossibilité de principe de reconstituer une réservation propriétaire sur le même objet immatériel, en raison des conditions particulières de chaque droit. Le droit d'auteur empêche en effet, par l'exigence d'originalité, qu'une œuvre sur laquelle un droit d'auteur antérieur a expiré, recouvre une protection. La condition de nouveauté en brevet et en droit des dessins et modèles s'opposera de même à la reconstitution d'un droit sur une invention ou un dessin ou modèle tombé dans le domaine public. Toutefois, nous verrons que la reconstitution d'une exclusivité est envisageable par l'effet d'un autre droit ou sur un objet même légèrement différent<sup>170</sup>.

La communalité d'usage d'un bien immatériel du domaine public, à défaut d'un principe d'inappropriabilité effectif, reste donc précaire.

### §3. Des droits intellectuels exercés en commun

Un dernier régime de communalité caractérise certains droits intellectuels qui connaissent un régime propriétaire particulier car ils bénéficient d'emblée à un certain nombre de titulaires. Il s'agit des marques de garantie et des marques collectives, indications géographiques, appellations d'origine contrôlée ou protégée et spécialités traditionnelles garanties.

Les marques de garantie et les marques collectives<sup>171</sup>, visées aux articles L. 715-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle et aux articles 66 et suivants du Règlement de l'Union européenne sur la marque de l'UE (marques collectives et marques collectives de certification), doivent être déposées par une personne unique, généralement une personne morale<sup>172</sup>, mais pourront être utilisées par toute personne habilitée par un règlement d'usage de la marque et qui en remplit les conditions, et par toute personne affiliée à l'association titulaire, pour la marque européenne.

De manière proche, les appellations d'origine, indications géographiques et spécialités traditionnelles garanties, délivrées à l'échelon européen<sup>173</sup>, mais très largement utilisées par les producteurs français, sont des titres juridiques de propriété qui réservent l'usage de dénominations identifiant des produits comme étant originaires d'un lieu ou région déterminée et dont les qualités ou caractéristiques sont dues essentiellement ou exclusivement à ce milieu géographique, ou pour les spécialités traditionnelles garanties, de dénominations qui décrivent un produit qui dérive d'un mode de production correspondant à une pratique traditionnelle. Cette protection entre terroir ou tradition et produit qui en est issu, est gérée par un groupement demandeur du titre de protection, mais bénéficie à tout producteur qui respecte les conditions du cahier des charges du produit. Ces droits particuliers de propriété intellectuelle ne sont donc pas individuels, mais essentiellement collectifs et d'un usage commun à de multiples producteurs.

---

<sup>169</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 2.2 - Propositions de réformes relatives à la chose commune – Le domaine commun informationnel comme chose commune.

<sup>170</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 2.2. – Le domaine commun informationnel comme chose commune.

<sup>171</sup> Le régime des marques collectives a été profondément remanié par la transposition de la directive 2015/2436 de l'Union européenne sur le droit des marques, réalisée par l'Ordonnance n° 2019-1169 du 13 novembre 2019 relative aux marques de produits ou de services qui a notamment introduit en droit français la notion de marques de garantie.

<sup>172</sup> Le règlement européen sur la marque de l'Union européenne impose qu'une personne morale soit titulaire des marques collectives et le droit français réserve la marque collective aux personnes morales représentant des fabricants ou prestataires, ainsi qu'aux personnes morales de droit public.

<sup>173</sup> Règlement (UE) n° 1151/2012 du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 relatif aux systèmes de qualité applicables aux produits agricoles et aux denrées alimentaires.

Dans les deux cas, marques collectives et appellations d'origine font mentir le caractère proprement exclusif et individuel qui devrait caractériser tout droit de propriété intellectuelle. À l'inverse, la réservation que ces droits particuliers confèrent n'est pas individuelle, mais est destinée à une communauté d'exploitants, non fermée, qui partage en quelque sorte le bénéfice de l'apposition d'un signe qui distingue leurs produits et services, non en raison d'une source unique de fabrication, mais sur base de leurs conditions de fabrication ou de leur qualité. Le droit de propriété reste exclusif à l'encontre des tiers, mais devient inclusif au sein de la communauté de producteurs. Seules seront exclues de l'usage de la dénomination, les personnes qui ne respectent pas les conditions de son cahier des charges ou en usurpent l'utilisation.

Le groupe de producteurs bénéficiaires de cette utilisation commune, partage également une responsabilité collective quant à la préservation de la ressource. Particulièrement s'agissant des appellations d'origine et indications géographiques, le droit de propriété intellectuel collectif renvoie à un patrimoine commun qui est double selon Gilles Allaire : « d'une part, un ensemble de savoirs propres à une communauté de producteurs, ou « patrimoine productif collectif » (...); d'autre part, un patrimoine culturel pour une communauté plus large »<sup>174</sup>.

Il y a donc dans ces droits de propriété intellectuelle une communalité fondamentale, le droit étant nécessairement reconnu à une communauté de titulaires qui s'en partagent la titularité, l'exploitation et l'exclusivité.

C'est un constat à peine différent, même s'il est logiquement marqué par des évolutions historiques et politiques plus facilement identifiables, qui peut être fait lorsque l'on tente une analyse de la propriété publique dans sa relation avec la communalité.

---

<sup>174</sup> G. ALLAIRE, V° Indication géographique (approche économique), in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 657.

## Section 2. Propriété publique et communalité

Au même titre qu'une part de communalité gît au cœur des propriétés intellectuelles, les biens formant le domaine public, et plus largement les propriétés publiques, sont teintés traditionnellement et au premier chef d'un intérêt collectif indéniable (§1). Cet intérêt ne s'arrête d'ailleurs pas à la frontière du domaine public puisque des éléments du domaine privé, comme les forêts, présentent, éminemment, un intérêt pour la collectivité. Seulement, l'évolution historique du régime de la propriété publique, dans son ensemble, a progressivement aligné cette propriété sur la propriété privée et a placé au centre l'Administration, sa volonté, son droit de propriété sur ces biens, ce qu'est venu confirmer l'adoption du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), étape décisive dans la consécration d'une vision propriétaire du domaine (§2) qui a en outre basculé vers un objectif de valorisation du domaine public (§3). C'est l'Administration qui est devenue l'arbitre unique des usages, des intérêts sur le domaine, le public ne pouvant peser, de façon générale, que par la voie du recours, qui place alors le juge comme arbitre des intérêts à privilégier sur le domaine. (§4). Une contestation de cette fermeture se fait entendre dans d'autres traditions, en *common law* ou en Italie, et des ouvertures apparaissent avec le mouvement de participation du public (§5).

### §1. La communalité originelle : le domaine du public et son État gardien

Au XIX<sup>e</sup> siècle, pour reprendre une expression de Laubadère, l'idée que l'Administration n'exerçait sur le domaine que des pouvoirs de police constituait un véritable « dogme »<sup>175</sup>. L'ensemble de ces idées a été longuement analysé par Philippe Yolka dans sa thèse<sup>176</sup>. L'idée fut bien exprimée par Proudhon dans son *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*<sup>177</sup>, l'Administration n'était réputée détenir qu'un droit de garde ou de surintendance sur ces biens, idée qui pouvait s'autoriser de la lettre du Code civil, l'article 538 disposant que les dépendances du domaine public « ne sont pas susceptibles d'une propriété privée ». L'analyse de la conception du domaine au XIX<sup>e</sup> siècle que livre Étienne Fatôme dans sa thèse<sup>178</sup> est tout à fait éclairante et les termes employés par les auteurs sont utiles à rappeler : les biens du domaine sont, pour Ducrocq, en « jouissance commune »<sup>179</sup>, une chose « livrée à tous » pour Gaudry<sup>180</sup>, « dont l'État a la détention au nom du public et afin de lui en garantir la jouissance »<sup>181</sup>. Pour Proudhon, « [l]e domaine n'est [...] pour personne, ni même pour l'État, un domaine de propriété puisque nul n'en est exclu ». En d'autres termes, pour cet auteur, « l'espèce de possessoire que le gouvernement exerce sur les fonds de ce domaine n'a lieu qu'au nom et dans l'intérêt du public ; que c'est l'être moral que nous appelons le public qui est le vrai possesseur du fond [...] ; qu'en ce qui touche aux intérêts de l'État, le gouvernement n'exerce qu'un

---

<sup>175</sup> A. LAUBADERE, *L'automobile et le régime de l'usage des voies publiques*, Librairie du Recueil Sirey, 1935, p. 167 : « L'intervention administrative que nous avons étudiée est longtemps restée le seul type d'intervention à l'égard de la voirie. Cette exclusivité a tenu à une idée qui a gardé longtemps la valeur d'un dogme : l'administration n'exerce sur les voies publiques que des pouvoirs de police ».

<sup>176</sup> P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1997, pp. 125 et suiv.

<sup>177</sup> J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine public, ou De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, V. Lagier, 2<sup>e</sup> éd., 1843.

<sup>178</sup> E. FATOME, *Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous : recherches sur son fondement et son étendue*, Thèse, Caen, 1973.

<sup>179</sup> T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, 7<sup>e</sup> éd., cité par E. FATOME dans sa thèse (*Le pouvoir de réglementer l'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous*, op. cit., p. 7).

<sup>180</sup> J.-A.-J. GAUDRY, *Traité du domaine comprenant le domaine public, le domaine de l'État, le domaine de la couronne, le domaine public municipal, le domaine privé des communes, le domaine départemental*, t. I, Auguste Durand, 1862, p. 69.

<sup>181</sup> E. FATOME, *op. cit.*, p. 7.



possessoire de protection pour assurer la jouissance du fonds »<sup>182</sup>. Enfin, Demolombe exprime ainsi le pouvoir de l'Administration sur le domaine : « un droit de garde et de surintendance comme représentant des intérêts généraux du corps social »<sup>183</sup>. Toutes les utilités du bien sont donc destinées au public.

On le voit clairement, cette conception éloigne l'État du domaine et laisse donc une place théorique plus éminente au public, place qu'il a perdue progressivement. La promotion du droit de propriété favorise une approche exclusive du domaine qui en réduit la communalité, évolution que Philippe Yolka résume joliment dans sa thèse en parlant de « revanche de l'organe sur la fonction »<sup>184</sup>.

Un mouvement analogue, déjà initié à la Révolution française, avait entraîné l'accaparement des biens communaux par la puissance publique, biens communaux qui constituent la relique d'un régime originaire de propriété collective en déclin progressif en droit français<sup>185</sup>.

## §2. Les caractères actuels de la propriété publique

L'entrée précoce de l'idée de propriété dans le champ de la domanialité publique est une évolution qui s'est développée sur deux versants : à la fois avec la promotion de l'idée de propriété et avec la captation de l'affectation par l'Administration. Des deux côtés, l'Administration est au centre de la gestion du domaine.

### 1. La promotion de la propriété publique

Cette promotion est évidemment particulièrement sensible dans le champ de la domanialité publique. Elle est cependant aussi visible dans le régime général des biens publics.

La présentation canonique de l'institution est celle-ci : l'identification du domaine public repose sur deux critères cumulatifs, qui recourent ses dimensions organique et fonctionnelle. Le critère organique réside dans l'appartenance exclusive d'un bien à une personne publique. Ainsi, un bien appartenant à une personne publique et faisant l'objet d'une copropriété avec des personnes privées ne peut être soumis au régime de la domanialité publique<sup>186</sup>. En outre, les biens du domaine privé peuvent remplir la condition organique de la propriété publique, sans qu'ils répondent pour autant au critère fonctionnel, nécessaire à leur incorporation dans le domaine public. Ce second critère repose sur la notion d'affectation et constitue un principe directeur de la domanialité publique, en adjoignant une finalité d'intérêt général à la gestion et à l'usage de ces biens. L'entrée des biens dans le domaine public n'intervient donc pas au moment où la personne publique en devient propriétaire, mais dès lors qu'est fixée l'affectation de ces biens<sup>187</sup>.

Il ne fait plus guère de doute que le domaine public fait partie de l'ensemble des propriétés publiques. Cette idée est inscrite dans le Code général de la propriété des personnes publiques :

---

<sup>182</sup> J.-B.-V. PROUDHON, *préc.*, p. 241. Etienne FATOME rajoute la citation suivante dans sa thèse (p. 8) : « Dans le même sens, on peut citer aussi cette, formule de Gaudry : “Le domaine public se compose des biens et des droits dont l'État a la détention au nom de tous ; il les possède à titre de haute protection, à la condition d'en faire jouir tous ceux qui habitent le territoire“ ».

<sup>183</sup> C. DEMOLOMBE, *Cours du Code napoléonien*, t. IX, n° 457, cité par E. FATOME dans sa thèse (p. 8).

<sup>184</sup> P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1997, p. 611.

<sup>185</sup> J.-G. SORBARA, « Les biens communaux, réminiscences actuelles d'une propriété collective d'Ancien Régime », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2008, p. 1023.

<sup>186</sup> CE, 11 février 1994, Cie d'assurance Préservatrice Foncière.

<sup>187</sup> V. notamment la note de R. CAPITANT sous CE 17 févr. 1932, *Cne de Barrans : D 1933, III, 49*.

« le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens *lui appartenant* qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. » (L. 2111-1 du CGPPP).

Le lien d'appartenance est aujourd'hui bien reconnu. La jurisprudence avait depuis longtemps fait ce lien<sup>188</sup>.

Le domaine public étant désormais considéré comme une propriété, le modèle souverain et exclusif est sous-jacent<sup>189</sup>. De plus, l'État propriétaire a eu tendance à aligner sa gestion sur celle du management privé avec la montée des impératifs de valorisation, et à détourner les biens de leur fonction initiale<sup>190</sup>.

Une première évolution a donc consisté en la consécration de l'idée de propriété dans la domanialité. Cette évolution s'est accompagnée de surcroît du renforcement de l'idée de propriété, au moment d'ailleurs où commence l'attaque contre le patrimoine public avec les premières grandes privatisations. Dans sa décision « Privatisation » du 26 juin 1986<sup>191</sup>, le Conseil constitutionnel fait ainsi de la propriété publique une propriété pleine et entière, dont la protection concerne « à titre égal » la propriété des personnes privées et celle des personnes publiques.

Mais, malgré la promotion de l'idée de propriété dans le champ des biens publics, celle-ci n'a pas la même force pour tous les biens. Cette reconnaissance clôt le débat sur l'existence d'un droit de propriété des personnes publiques, mais maintient un régime spécifique pour la domanialité publique, qui se distingue du domaine privé des personnes publiques. L'unité de la propriété publique, qui regroupe l'ensemble des biens appartenant aux personnes publiques, tient d'abord dans la finalité d'intérêt général qui gouverne à la gestion et à l'usage de ces biens. Cette unité revêt une diversité de régimes applicables, ce qui permettait déjà à Léon Duguit d'envisager une « échelle de domanialité »<sup>192</sup> laissant entrevoir une classification graduée des biens publics, en fonction de leur affectation plus ou moins directe à l'intérêt général. Ainsi, l'article 537 alinéa 2 du Code civil dispose que « les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être alignés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ». De cette façon, le régime de la propriété des personnes publiques concerne l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics<sup>193</sup> et les personnes publiques *sui generis*. Le régime juridique de la propriété publique comprend deux éléments : l'incessibilité de ces biens à vil prix (principe constitutionnel en vertu de la décision « Privatisation » précitée) et l'insaisissabilité de ces biens en vertu de la personnalité publique du propriétaire<sup>194</sup>.

---

<sup>188</sup> L'arrêt considéré comme fondateur de cette vision est l'arrêt *Piccioli*, Conseil d'État, 17 janvier 1923, *ministre des travaux publics et Gouverneur général de l'Algérie c/ Société Piccioli frères*. Hauriou ne s'y est pas trompé, indiquant dans sa note : la seconde précision « de notre arrêt, à savoir que les terrains faisant partie d'un port maritime, dépendance du domaine public de l'État, appartiennent à l'État, est d'une importance doctrinale considérable, car elle paraît bien trancher une question si controversée de la propriété des dépendances du domaine public. » : *S.* 1925. 3. 17.

<sup>189</sup> Ch. LAVIALLE, « Regard sur l'appropriation publique », in *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2006. Disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/putc/1758>.

<sup>190</sup> M. BOUL, « Réflexions d'un publiciste sur les droits réels : A propos de leur constitution sur les biens communs » *Revue Droit et Ville*, 2019, p. 236.

<sup>191</sup> Conseil const., Décision n° 86-207 DC, du 26 juin 1986.

<sup>192</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., 1928.

<sup>193</sup> Article L1, Code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>194</sup> Le nouveau code de la propriété des personnes publiques consacre cette insaisissabilité (article L. 2311.1). V. sur ce point la thèse de P. YOLKA, *La propriété publique, Éléments pour une théorie*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, 1997 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 décembre 1987, n° 86-14167.

On constate donc une promotion de la propriété qui met déjà au centre l'Administration. À cette évolution structurelle, il faut ajouter la captation de l'affectation par la volonté de l'Administration. À tous égards on verra que l'Administration est au centre.

## 2. La captation de l'affectation

En outre, en faisant dépendre l'appartenance au domaine public de l'affectation du bien, c'est la volonté de l'Administration qui devient centrale et qui prive donc le public — qui est pourtant l'affectataire — d'un droit de regard sur ces biens, au stade de l'affectation, comme d'ailleurs plus tard au moment de sa gestion<sup>195</sup>. Il est cependant titulaire d'un pouvoir d'action en justice assez facilement utilisable, devant le juge administratif. L'Administration est donc au centre de la propriété publique, le public ne pouvant participer à la prise de décision sur les biens du domaine qu'à travers le juge.

L'affectation des biens du domaine public peut prendre deux formes, en vertu de leur mise à disposition à l'usage direct du public, ou bien de leur affectation à un service public<sup>196</sup>. Si ces deux critères fonctionnels se présentent de façon alternative, ils sont souvent difficiles à distinguer en pratique et leur superposition reste possible<sup>197</sup>. Historiquement, l'affectation à l'usage direct du public est le premier critère à avoir été consacré par la jurisprudence<sup>198</sup>. Cette mise à disposition suppose que l'ensemble des usagers puissent bénéficier du bien, et non une partie d'entre eux seulement<sup>199</sup>. De plus, l'usage du public doit être direct, et ne pas dépendre d'autres biens ou services qui en garantiraient l'usage. Il faut rappeler ici que dans l'affectation c'est la volonté de l'Administration qui prime<sup>200</sup>. Comme le dit Norbert Foulquier : « Un bien appartenant à l'administration ne peut pas en principe être affecté à un service public ou à l'usage direct du public contre sa volonté, ni même à son insu. Comme l'a jugé le Conseil d'État, les administrés à eux seuls ne sauraient, par leurs comportements, même collectifs, affecter un bien "à l'usage direct du public"<sup>201</sup>. Ces comportements, dureraient-ils depuis longtemps que cela ne changerait rien, en raison du principe d'imprescriptibilité du domaine public. Certes, dans certaines circonstances, le silence de l'administration peut valoir acquiescement. Mais encore faut-il que ce silence puisse s'analyser comme un acte de volonté. Il ne suffit pas qu'un bien public soit utilisé par le public pour lui être directement affecté au sens de l'article L. 2111-1 du CGPPP. Il faut que l'administration, parce qu'elle a pour mission de déterminer ce que commande le détail de l'intérêt général, veuille qu'il en soit ainsi »<sup>202</sup>. Le centre de la domanialité publique est bien la volonté de l'Administration<sup>203</sup>.

Il en est de même *a fortiori* pour les biens affectés à un service public. Ce second critère, consacré postérieurement par le juge administratif<sup>204</sup>, repose sur l'affectation de biens à une mission de service public administratif, ou de service public industriel et commercial, qui n'est pas nécessairement exercée par la personne publique propriétaire. La reconnaissance du critère d'affectation à un service public s'est accompagnée d'une condition supplémentaire d'aménagement spécial, nécessaire à l'identification du domaine public<sup>205</sup> et contrepartie de son extension. Cette notion d'aménagement spécial, difficile à

---

<sup>195</sup> La théorie de la domanialité publique virtuelle constitue une illustration fascinante puisque la simple volonté d'affecter à l'avenir un bien à une utilité publique suffit à produire une application anticipée du régime de la domanialité.

<sup>196</sup> Article L. 2111-1, Code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>197</sup> Article L. 2123-7, Code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>198</sup> CE, 28 juin 1935, *Marécar*.

<sup>199</sup> CE, 19 octobre 1990, *Association Saint-Pie V*.

<sup>200</sup> Une exception à cette règle est le domaine public naturel, dont l'incorporation se réalise indépendamment de la volonté de l'État, même s'il a en charge sa délimitation.

<sup>201</sup> CE, 2 novembre 2015, n° 373896, *Commune de Neuves-Maisons*, Rec. CE, tables ; *AJDA* 2016. 204, note E. FATOME ; *RDI* 216, p. 286, note N. FOULQUIER.

<sup>202</sup> N. FOULQUIER, V° Domaine public (droit administratif) », in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD, *Dictionnaire des communs*, PUF, 2017.

<sup>203</sup> Pour le domaine public artificiel en tout cas.

<sup>204</sup> CE, 19 octobre 1956, *Soc. Le Béton*.

<sup>205</sup> Concernant l'affectation à l'usage direct du public, v. CE, 22 avril 1960, *Berthier*.

appréhender par la jurisprudence, a été modifiée à la suite de l'entrée en vigueur du CGPPP pour devenir une condition d'« aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public »<sup>206</sup>. Si la condition d'aménagement indispensable, plus restrictive que celle d'aménagement spécial, est respectée dès lors que le service public ne peut fonctionner sans ce bien<sup>207</sup>, l'interprétation de cette notion laisse encore une marge de manœuvre importante au juge administratif.

On voit donc bien ici que la propriété publique met l'Administration au centre, au détriment du public qui en est pourtant le bénéficiaire.

### §3. La valorisation contre la protection du domaine public

Par ailleurs, la principale finalité de la domanialité est, historiquement<sup>208</sup>, la conservation et la protection des biens, à raison de leur utilité publique. Elle constitue le « noyau dur »<sup>209</sup> du domaine public et a accompagné la consécration du critère d'affectation à l'usage du public. Mais, à cette finalité de conservation s'est ajoutée une politique de valorisation des biens publics, jugée compatible avec l'affectation des biens relevant d'un régime de domanialité publique, et plus à même de servir l'intérêt général.

#### 1. L'exigence de protection

Dans sa décision du 26 juin 2003<sup>210</sup>, le Conseil constitutionnel met en évidence les « exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public ». Elles résident notamment dans l'existence et la continuité du service public dont le domaine public est le siège, ainsi que dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté. La position du Conseil ratifie l'idée que le domaine est la base de l'épanouissement de certains droits et libertés constitutionnellement garantis. Dès lors, si le législateur décide de priver ces biens de la protection qu'offre la domanialité publique, il doit prévoir un régime spécial<sup>211</sup>. Autrement dit, il existe des bases constitutionnelles du domaine public pour reprendre l'expression d'Étienne Fatôme<sup>212</sup>.

Le domaine public est également régi par les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, dont le Conseil constitutionnel a récemment reconnu la valeur en établissant qu'un propriétaire privé occupant un bien public ne pouvait bénéficier d'une « situation légalement acquise » protégée par le droit constitutionnel<sup>213</sup>. En vertu du principe d'inaliénabilité, la cession de biens du domaine public est impossible. Ainsi, pour qu'une personne publique soit en mesure d'aliéner un bien du domaine public dont elle est propriétaire, elle doit préalablement procéder au déclassement de ce bien, en vue de le faire

---

<sup>206</sup> Article L. 2111-1, Code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>207</sup> CE, Ass. 21 décembre 2012, *Commune de Douai*.

<sup>208</sup> Une première occurrence de l'expression « domaine public » se trouve à l'article 538 du Code civil de 1804. Elle prend un sens technique dans le *Traité du domaine public* de Victor PROUDHON en 1833.

<sup>209</sup> N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 5<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2018.

<sup>210</sup> Conseil const., Décision n° 2003-473 du 26 juin 2003.

<sup>211</sup> Par exemple, lors de la privatisation d'Aéroport de Paris, certains biens ont été protégés par le biais de l'ouvrage public, celui-ci étant intangible pour permettre d'assurer la continuité du service public.

<sup>212</sup> E. FATOME, « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA*, 2003, p. 1193 ; Y. GAUDEMET, « Constitution et biens publics », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 37, Dossier : Le Conseil constitutionnel et le droit administratif, octobre 2012.

<sup>213</sup> Conseil const., Décision n° 2018-743, QPC du 26 octobre 2018 : « Il résulte de ce qui précède, d'une part, qu'aucun droit de propriété sur un bien appartenant au domaine public ne peut être valablement constitué au profit de tiers et, d'autre part, qu'un tel bien ne peut faire l'objet d'une prescription acquisitive en application de l'article 2276 du code civil au profit de ses possesseurs successifs, même de bonne foi. Dès lors, les dispositions contestées ne portent pas atteinte à des situations légalement acquises, ni ne remettent en cause les effets qui pourraient légitimement être attendus de telles situations. Elles ne portent pas davantage atteinte aux conventions légalement conclues. Les griefs tirés de la méconnaissance des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 doivent donc être écartés. »

entrer dans son domaine privé, mais après l'avoir désaffecté<sup>214</sup>. Le principe d'inaliénabilité limite également la possibilité pour la personne publique propriétaire d'accorder des droits réels à un particulier, interdisant ainsi le démembrement de son droit de propriété<sup>215</sup>. La loi du 25 juillet 1994<sup>216</sup> permet néanmoins certaines exceptions, alors que le CGPPP donne la possibilité aux personnes publiques d'autoriser des servitudes sur le domaine public lorsqu'elles sont compatibles avec son affectation<sup>217</sup>. L'inaliénabilité vise ainsi à protéger l'affectation du bien, qui repose *de facto* sur la propriété publique. En vertu du principe d'imprescriptibilité d'autre part, une personne privée ne peut s'approprier un bien du domaine public du fait de son utilisation prolongée. Enfin, le principe d'insaisissabilité, commun aux propriétés publiques, empêche le juge de réaliser une saisie de ces biens. La Cour de cassation l'a d'ailleurs élevé au rang de principe général du droit<sup>218</sup>.

Les biens du domaine public sont donc soumis à un régime exorbitant destiné à protéger l'affectation à l'utilité publique<sup>219</sup>. Le domaine public, étant dual, connaît deux catégories principales d'utilisateurs, que sont le public indéfini (pour les biens affectés à l'usage de tous) et le public du service public (pour les biens affectés à un service public). Dans les deux hypothèses, les pouvoirs de gestion et notamment d'exclusion dont dispose la personne publique, sont différents.

## 2. L'encadrement de l'utilisation

L'utilisation du domaine public doit respecter plusieurs principes généraux, garantis par les pouvoirs de police de l'administration, et auxquels doit se conformer la gestion de son propriétaire. D'une part, l'utilisation d'une dépendance du domaine public doit être conforme à l'affectation retenue par son propriétaire public. D'autre part, comme le relève Philippe Yolka, « à travers [l'affectation], les libertés structurent la notion même de domaine public : droits et libertés classiques, si l'on considère l'affectation à l'usage direct du public (voirie routière, édifices du culte, etc.) ; droits "de deuxième génération", mis en œuvre via les services publics auxquels ledit domaine peut également être affecté (bâtiments publics). »<sup>220</sup> Ainsi, les dépendances domaniales affectées à l'usage direct du public peuvent favoriser l'expression de libertés consacrées constitutionnellement, telles que les libertés d'expression et de réunion.

L'usage du domaine doit donc respecter l'affectation et, pour ce faire, doit toujours rester compatible avec cette dernière. Si l'utilisation du domaine public par l'administration ou le public est en principe libre, gratuite<sup>221</sup>, elle doit aussi respecter le principe d'égalité<sup>222</sup> et ne doit pas empêcher son utilisation par d'autres, ce qui la rendrait exclusive. L'usage privatif<sup>223</sup>, par essence anormal, d'une dépendance domaniale est donc précaire, et suppose une autorisation dans la mesure où elle peut porter atteinte à l'usage de tous. Toute utilisation privative du domaine public doit néanmoins rester compatible avec son affectation.

---

<sup>214</sup> Sauf aménagement ou dérogation législative.

<sup>215</sup> CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat et Crédit foncier de France*, RFD A 1986, p. 21, concl. B. GENEVOIS.

<sup>216</sup> Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

<sup>217</sup> Article L. 2122-4, Code général de la propriété des personnes publiques. La constitution de droits réels sur le domaine public avec le CGPPP est devenue la règle désormais et trouve de nombreuses applications récentes (BEA, marchés de partenariat, etc.).

<sup>218</sup> Une personne publique peut adresser un titre exécutoire à une autre, mais pas demander son exécution forcée. CCA Bordeaux, 31 mai 2011, *Synd. intercommunal d'électrification rurale de la région d'Argenton-sur-Creuse*.

<sup>219</sup> Article L. 2121-1, Code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>220</sup> Ph. YOLKA, « Libertés, domanialité et propriété publique » in *Le droit des libertés en question(s) - Colloque des 5 ans de la RDLF*, RDLF 2017, chron. n° 02.

<sup>221</sup> Conseil cons., Décision n° 79-107 DC, du 12 juill. 1979, *Ponts à péage* : RD publ. 1979, p. 1691, note L. FAVOREU ; AJDA 1979, p. 38, note A. de LAUBADERE.

<sup>222</sup> CE, 2 nov. 1956, *Biberon* : Rec. CE 1956, p. 403, concl. MOSSET.

<sup>223</sup> Article L. 2122-1, Code général de la propriété des personnes publiques.

L'usage du domaine public est également encadré par les pouvoirs de police administrative générale, qui constituent des limites à l'expression des libertés sur le domaine public, en vue de préserver l'ordre public. Par exemple, l'administration peut restreindre la liberté de circuler de certains véhicules sur les routes nationales du domaine public artificiel, affecté à l'usage direct du public. Le Conseil d'État a également pu limiter la liberté de circulation sur le domaine public naturel, afin de garantir le respect de l'obligation de conservation du domaine public, en se fondant sur les « objectifs de protection de l'environnement poursuivis par la Charte de l'environnement »<sup>224</sup>.

Dans le cadre d'une dépendance affectée à un service public, les droits d'usage du public sont issus des règles posées par l'autorité responsable du bon fonctionnement du service. L'accès du public se fait alors par l'intermédiaire et en fonction des règles posées par le service. Le type de service public et son mode de gestion influent fortement sur l'utilisation qui en est faite. Par exemple, une dépendance domaniale peut être attribuée à titre exclusif à l'usage d'un service public, ou être utilisée concurremment avec d'autres, ce qui suppose un usage partagé.

Enfin, l'accès de certains biens du domaine public est réglementé, comme les monuments présentant un intérêt historique. D'autres voient leur accès interdit au public<sup>225</sup>. L'utilisation du domaine public est ainsi soumise à une pluralité de régimes juridiques. Qu'ils soient mis à la disposition du public, ou affectés à un service public, l'usage de ces biens doit rester compatible avec leur conservation ainsi que leur affectation.

### 3. La valorisation contre le domaine

L'objectif de valorisation du domaine est devenu un objectif central qui s'est traduit d'abord par des cessions de biens publics, et ensuite par des mécanismes juridiques destinés à assurer la sécurité des occupants privés. L'évolution structurelle du droit des propriétés publiques est donc caractérisée par un phénomène de privatisation qui peut prendre ces deux formes : sortie du patrimoine public et renforcement des droits des occupants par la reconnaissance de droits réels sur le domaine, droits que le régime traditionnel de la domanialité avait exclus pendant la majeure partie de son histoire. Cette seconde évolution est capitale dans la relation entre le bénéficiaire du domaine – le public – l'Administration titulaire du bien et l'occupant. Les droits du public, que protège la domanialité, sont systématiquement diminués au profit de l'occupant privé. Ces mécanismes ont été multipliés par le législateur depuis les années 1980<sup>226</sup>. On trouve le crédit-bail, le bail emphytéotique administratif<sup>227</sup>, ou le contrat de partenariat public-privé qui reconnaît explicitement la possibilité pour les cocontractants de l'administration d'exploiter « le domaine, les ouvrages, les équipements ou les biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice »<sup>228</sup>.

---

<sup>224</sup> CE, 3 juin 2013, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte-Croix*.

<sup>225</sup> Il peut s'agir de biens participant à la défense nationale, ou encore, selon certaines conditions, de biens qui sont affectés exclusivement à des services publics.

<sup>226</sup> Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation autorisant les collectivités territoriales à consentir sur leur domaine public des baux emphytéotiques administratifs (BEA) ; loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

L'on peut également penser aux partenariats public-privé, la loi du 28 juillet 2008 ayant explicitement reconnu la possibilité, pour les cocontractants de l'administration dans le cadre de tels contrats, d'exploiter « le domaine, les ouvrages, les équipements ou les biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice ».

<sup>227</sup> BEA ouverts aux établissements publics de santé avec l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 ; BEA « de valorisation », créés par la loi du 23 juillet 2010.

<sup>228</sup> Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, dans sa rédaction issue de la loi du 23 juillet 2008 précitée, article 11.

Cette évolution impose donc un nouvel acteur dans le système de forces de la domanialité publique. La domanialité ne met plus seulement face à face le public et l'Administration, elle doit désormais compter sur les avantages des occupants privés qui peuvent revendiquer des privilèges spéciaux. Ce phénomène renforce donc l'appropriation du domaine par l'Administration et l'exclusion du public des décisions sur l'avenir des biens de tous.

#### §4. Une gestion « sans gouvernance » du domaine public ?

La personne publique propriétaire dispose d'un pouvoir de gestion domanial, en vue de la réalisation de son affectation ainsi que de la satisfaction de l'intérêt général. Ce pouvoir a été reconnu progressivement. Il n'est désormais plus contesté<sup>229</sup>. Or cette gestion exclut souvent le public.

Cette gestion, en conformité avec le droit de la concurrence depuis l'arrêt Société EDA<sup>230</sup>, peut se faire soit de façon directe par le biais d'une régie, soit de façon indirecte en la confiant à un tiers<sup>231</sup>. L'administration doit également assurer la protection de la dépendance domaniale dont elle est propriétaire, afin d'en garantir l'affectation. Pour ce faire, elle dispose donc à la fois de moyens préventifs, notamment à travers le mécanisme de l'autorisation, et de moyens répressifs tels que les contraventions de grande voirie. Enfin, l'entretien d'une dépendance domaniale peut être mis à la charge de son occupant<sup>232</sup>, en vertu de l'autorisation unilatérale d'occupation du domaine public ou par voie conventionnelle.

En tant que propriétaire, l'administration peut en outre modifier l'affectation de ses biens, afin de satisfaire une autre utilité publique, ou procéder à leur désaffectation en vue de les faire sortir du régime de la domanialité publique. Cela dit, l'affectation du domaine public à l'intérêt général a pour conséquence qu'il ne peut servir exclusivement les politiques décidées par son propriétaire<sup>233</sup>. Une dépendance domaniale peut connaître plusieurs affectations, dont toutes ne dépendent pas nécessairement de son propriétaire. La mise à disposition obligatoire peut également être décidée par l'État au profit d'autres administrations, qui en ont davantage besoin, sans en déposséder le propriétaire. Cette mise à disposition obligatoire est encadrée par la théorie des mutations domaniales<sup>234</sup>, et vise de cette façon à satisfaire un intérêt général supérieur. Elle permet de concevoir une dissociation entre l'affectation et la propriété du domaine public, bien que cet usage nouveau du bien empêche notamment la personne publique propriétaire de procéder à une désaffectation.

La sortie du domaine public répond à une double condition<sup>235</sup>. D'une part, elle suppose, pour sa condition matérielle, une désaffectation du bien, qui revient à retirer à un bien du domaine public son affectation à un service public, ou à l'usage direct du public. D'autre part, elle implique, pour sa condition formelle, un déclassement, c'est-à-dire un acte administratif constatant la sortie de ce bien du domaine public. Lorsque le bien n'est plus affecté, il doit donc être déclassé afin d'entrer dans le domaine privé. Le bien devient alors aliénable et prescriptible. En outre, les biens du domaine public qui relèvent de la loi ne peuvent en principe pas faire l'objet d'une désaffectation décidée par l'administration.

---

<sup>229</sup> E. FATOME, *op. cit.* ; C. KLEIN, *La police du domaine public*, LGDJ, 1966 ; A. CAMUS, *Le pouvoir de gestion du domaine public*, Thèse, Université Paris Nanterre, 2013.

<sup>230</sup> CE, 26 mars 1999, *Société EDA*, n° 202260.

<sup>231</sup> Articles L. 2123-1 et suivants, Code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>232</sup> V. par exemple, CAA Versailles, 7 juillet 2016, *Commune de Sevrans*.

<sup>233</sup> N. FOULQUIER, *op. cit.*, p. 302.

<sup>234</sup> Article L. 2123-4, Code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>235</sup> Article L. 2141-1, Code général de la propriété des personnes publiques.

Si la désaffectation est largement dans les mains du propriétaire public, la constitutionnalisation du domaine est venue poser des digues face au mouvement de privatisation. Certaines exceptions peuvent ainsi être illustrées notamment par la décision du Conseil constitutionnel du 31 juillet 1996 relative aux biens de France Télécom, dans laquelle le Conseil affirme que « le déclassement d'un bien appartenant au domaine public ne saurait avoir pour effet de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il reste affecté ». Ainsi, ces biens, indispensables au bon exercice du service public, doivent être soumis à un régime juridique de nature à préserver la continuité du service, même s'ils sont devenus des biens privés et la propriété d'une personne privée. Cette décision a notamment été confirmée par la décision du Conseil constitutionnel en date du 14 avril 2005 portant sur Aéroport de Paris, AFP prenant alors la forme d'une société anonyme à laquelle la loi attribue en pleine propriété la plupart des biens affectés au service public aéroportuaire, après avoir procédé à leur déclassement.

On le voit le pouvoir de gestion du domaine est assez ample d'autant que le droit administratif français n'a pas pensé de structure de gouvernance du domaine. Aussi le public est-il largement exclu de sa gestion. Aucune règle de portée générale ne vient prévoir son inclusion. C'est par l'intermédiaire du recours pour excès de pouvoir que le public peut « participer » aux décisions de gestion, en les contestant. C'est la raison pour laquelle nous souhaiterions ici proposer un autre modèle de gestion du domaine.

## §5. Vers une communalisation de la propriété publique

Des doctrines étrangères se sont attachées à faire apparaître le lien, assez peu travaillé en France<sup>236</sup>, entre biens publics, domaine public et le public saisi comme une communauté inorganisée. Ce retour se joue actuellement par le biais de la participation.

### 1. Le public dans la doctrine états-unienne et italienne

Le *common law* n'a pas connu la révolution que le Code civil a introduite dans la propriété. Il reste des aspects de droit féodal dans le droit de propriété de *common law*, qui est resté, comme le dit Déborah Thébault, « multidimensionnel »<sup>237</sup>. Il reste ainsi des communs, sujets à de nombreux droits dans le chef du public<sup>238</sup>. Dans les faits donc, les *common lawyers* sont confrontés à l'existence de nombreux droits sur les mêmes biens, sans évoquer bien sûr l'existence dans ces pays de deux droits de propriété, l'un classique de *common law* et l'autre venu de l'*equity*.

La doctrine de *common law* s'est donc emparée de la question des communs. Dans *The Comedy of the Commons*, Carol Rose avance que, même avant la propriété publique, il a existé certaines ressources, certains espaces, dont le régime juridique était guidé par l'idée d'accès au public. Elle utilise les doctrines de *common law* du XIX<sup>e</sup> siècle pour démontrer que le public (*unorganized public*) peut avoir des droits sur ces biens sans l'intervention directe du gouvernement. Les doctrines mises en valeur à travers les exemples donnés dans cet article font référence aux biens qui, normalement, font partie du domaine public en France : les routes et les voies navigables. Au XIX<sup>e</sup> siècle, l'intérêt de ces espaces est indéniable puisqu'ils permettent le développement du commerce, créant ainsi une forme de sociabilité. Pour Carole Rose, « [l]e public méritait l'accès à ces propriétés, parce que la "publicité", le libre accès de tous, créait

---

<sup>236</sup> B. DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *Revue française d'administration publique*, 2011/1 (n° 137-138), p. 21-37.

<sup>237</sup> D. THEBAULT, *Les biens publics en droit anglais*, Thèse dactyl., Université de Paris, 2019, p. 149.

<sup>238</sup> *Ibid.*, n° 357 : « Dans tous les cas, les *rights of common* visés incluent les droits de pâturage qualifiés en droit anglais de *cattlegates* ou *beastgates*, les droits sur un ou plusieurs produits du land, ou les droits d'herbage ou sur un ou plusieurs pâturages » (*Commons Registration Act*, 5 août 1965, 1965 c. 64, s. 22 (1)).



leur plus grande valeur. »<sup>239</sup> À l'inverse, la propriété privée et un prix à l'entrée ne stimuleraient pas les rencontres et seraient contraires à l'objectif même de ces espaces<sup>240</sup>.

Carol Rose reconnaît qu'aux XX<sup>e</sup> et XXI<sup>e</sup> siècles, les activités de sociabilité peuvent être différentes, mais le public diffus a toujours besoin d'un endroit, d'un lieu physique pour certaines activités<sup>241</sup>. Ainsi, « en l'absence d'activités de socialisation qui se déroulent sur des « propriétés intrinsèquement publiques », le public est une foule informe, dont les membres n'échangent ni ne conversent ni ne jouent, mais se battent seulement, dans un cadre où la vie est, pour reprendre l'expression trop célèbre de Hobbes « solitaire, pauvre, méchante, brutale, et courte »<sup>242</sup>. Dans l'histoire américaine, l'État entre en scène comme un *trustee* de ces biens dont le public diffus est le bénéficiaire<sup>243</sup>. Même si la doctrine du *public trust*<sup>244</sup> aux États-Unis ne s'étend pas aux propriétés publiques en général, elle rappelle le débat entre le droit de garde ou la propriété de l'État en France<sup>245</sup>, et la spécificité du domaine public.

En effet, les critères d'affectation du domaine public indiquent un lien entre les biens communs et ce type de régime où « l'instrumentalisation de la propriété et la mise en disposition des utilités des biens aux personnes membres d'une communauté est le lot de la propriété publique avec la notion de domaine public »<sup>246</sup>. Le domaine public, dans la mesure où les biens sont affectés à l'usage direct du public ou un service public, inclut l'idée que la titularité n'implique pas l'exclusion dans l'accès et l'usage de la ressource, au contraire. De plus, des principes spécifiques déterminent le régime de ces biens pour garantir leur pérennité et leur affectation. Il s'agit d'une part, de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité ; et de l'autre, de l'égalité, la continuité, et le libre accès. Le titulaire du domaine public n'a pas les facultés d'aliéner ni d'exclure. L'État doit gérer les biens dans l'intérêt de l'affectation et de sanctionner ceux qui y portent atteinte. Selon les propos de François Ost, il s'agit d'une maîtrise des biens « sans doute plus finalisée, et dans ce sens, plus contrôlée »<sup>247</sup>. De surcroît, pour assurer l'effectivité de ces principes le public dispose d'un droit d'action en justice assez largement admis, le recours pour excès de pouvoir étant traditionnellement très ouvert.

Malgré le lien possible entre domaine public et commun, il existe des différences radicales, lesquelles ont poussé la doctrine italienne à repenser le lien domaine public et commun.

Comme le montre Norbert Foulquier dans le *Dictionnaire des communs*<sup>248</sup>, deux éléments rendent difficile l'assimilation des biens du domaine public aux communs : « (...) en l'état actuel du droit positif, deux

---

<sup>239</sup> C. ROSE, "The Comedy of the Commons: Commerce, Custom, and Inherently Public Property" Faculty Scholarship Series. 1986. Paper n° 1828. p. 770. Disponible sur : [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1828](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1828). Dernier accès le 1<sup>er</sup> novembre 2019.

<sup>240</sup> "But what created the "rent"? The very "publicness" of the festival use; its non-exclusivity makes it valuable, because this activity is exponentially enhanced by greater participation. This value is what customary doctrines refused to permit a private owner to tap or to thwart. In fact, the usual rationing function of pricing would be counterproductive here: participants need encouragement to join these activities, where their participation produces beneficial "externalities" for other participants.", C. ROSE, « The Comedy of the Commons: Commerce... », préc., p. 769.

<sup>241</sup> V. Annexe 2, Leçon de droit comparé n° 2 : Les limitations aux privatisations des espaces publics dans les pays anglo-américains et en Allemagne.

<sup>242</sup> "In the absence of the socializing activities that take place on "inherently public property the public is a shapeless mob, whose members neither trade nor converse nor play, but only fight, in a setting where life is, in Hobbes' all too famous phrase, solitary, poor, nasty, brutish, and short.", C. ROSE, "The Comedy of the Commons: Commerce, Custom, and Inherently Public Property" Faculty Scholarship Series. 1986. Paper n° 1828. p. 781.

<sup>243</sup> C. ROSE, « The Comedy of the Commons... », préc., p. 773.

<sup>244</sup> Th. PERROUD, « Recherche sur un fondement de la domanialité publique dans les pays de common law : la notion de public trust », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Marcou*, IRJS Editions, 2017.

<sup>245</sup> V. Ph. YOLKA, *La propriété publique, Éléments pour une théorie*, Préf. Y. GAUDEMET, LGDJ, 1997.

<sup>246</sup> M. BOUL, « Réflexions d'un publiciste sur les droits réels : A propos de leur constitution sur les biens communs », *Revue Droit et Ville*, 2019. p. 235.

<sup>247</sup> F. OST, D. MISONNE, M.-S. De CLIPPELE, « Propriété et biens communs », in *La propriété et ses limites*. Congrès de l'Association Suisse de Philosophie du droit et philosophie sociale 2015, Nomos, 2017, p. 141.

<sup>248</sup> Entrée précitée.

aspects du régime du domaine public dont les effets se combinent et se confortent font que celui-ci ne se prête pas aussi facilement que cela au développement des “communs”, considérés comme des biens possédés et/ou gérés par une communauté. Il s’agit de la nature volontariste de l’affectation des biens du domaine public et du droit de propriété des personnes publiques sur ces biens ».

D’une expression juridique de la préoccupation pour les communs, le domaine public devient progressivement la cible des critiques et la démonstration des faillites de l’État propriétaire. D’autre part, la nature volontariste de l’affectation met la personne publique au centre de la décision d’affectation, à l’exclusion du public. Assez largement, la domanialité publique exclut le public alors même que son régime est établi pour protéger la libre et égale utilisation par le public. Le droit de la domanialité publique est un droit centralisé autour de la figure de l’Administration alors que l’idée de commun est centrée autour de la communauté bénéficiaire. La décentralisation caractéristique du commun s’inscrit en opposition par rapport à la logique du domaine. L’implication du public dans les décisions relatives au domaine public est assurée en France par la voie contentieuse.

En outre, et surtout, la privatisation par l’État des biens publics implique de repenser la domanialité pour pérenniser la fonction sociale de ces biens. Pour Alberto Lucarelli, le phénomène de « dédomanialisation » en Italie démontra que le régime de la propriété publique n’était pas en mesure de garantir l’affectation du bien car la titularité, le rapport propriétaire-bien, prime sur la fonction sociale du bien. Il affirme ainsi que « le modèle de la domanialité commençait à montrer ses limites, dans un simple cadre politico-administratif à dominante discrétionnaire, pour déterminer la fonction des biens et leur utilisation en rendant possible des modes de gestion privée comme la concession, pouvant exclure ces biens de certains usages. »<sup>249</sup> Le point critique est que le régime de protection du domaine, en l’occurrence les règles d’affectation, d’inaliénabilité et d’imprescriptibilité, dépend de la décision de titulaires, l’organe législatif et administratif. Il s’agit d’une vraie propriété qui peut être désaffectée et déclassée sans tenir directement compte des usagers ni de la fonction du bien.

Face à ce constat, la Commission Rodotà, qui avait pour objet de modifier la partie du Code civil concernant la propriété publique en Italie, a avancé la catégorie juridique « biens communs ». La Commission proposait de se fonder sur les articles 41 à 43 de la Constitution italienne, qui disposent qu’un principe d’utilité sociale doit guider l’activité d’entreprise<sup>250</sup>, ou que le régime de la propriété privée doit permettre « d’en assurer la fonction sociale et de la rendre accessible à tous »<sup>251</sup>. L’article 43 prévoit également des hypothèses de gestion publique collective, pouvant être assurées par des communautés de travailleurs ou d’usagers<sup>252</sup>. Si le projet de loi n’a pas été adopté, il a inspiré de nombreuses initiatives notamment de collectivités territoriales en Italie<sup>253</sup>.

Cette lecture originale<sup>254</sup> de la Constitution italienne visait, selon Alberto Lucarelli, à « créer une nouvelle catégorie de biens, celle de biens communs dont la titularité, le contrôle, la possession, la gestion relèveraient de la collectivité dans son ensemble et non exclusivement d’une structure administrative telle que l’État et dont la législation devrait reposer sur certains principes fondamentaux et sur l’idée qu’ils

---

<sup>249</sup> A. LUCARELLI, « Biens communs. Contribution à une théorie juridique », *Droit et société*, 2018/1 (N° 98), p. 141-157. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2018-1-page-141.htm>, Dernier accès le 1 novembre 2019.

<sup>250</sup> Article 41 de la Constitution italienne : « L’initiative économique privée est libre. Elle ne peut s’exercer en s’opposant à l’utilité sociale [...] ».

<sup>251</sup> Extrait de l’article 42 de la Constitution italienne.

<sup>252</sup> Article 43 de la Constitution italienne : « Dans des buts utilité générale, la loi peut réserver originairement ou transférer, par l’expropriation et sous réserve d’indemnisation, à l’État, à des établissements publics ou à des communautés de travailleurs ou d’usagers, des entreprises ou des catégories d’entreprises déterminées qui concernent des services publics essentiels ou des sources d’énergie ou des situations de monopole et qui ont un caractère d’intérêt général prééminent. »

<sup>253</sup> Voir Annexe 2, Leçon de droit comparé n° 6 : La reconnaissance de l’intérêt commun en rapport avec les droits fondamentaux au sein des *beni comuni* en Italie.

<sup>254</sup> F. ORSI, « Biens publics, communs et État : quand la démocratie fait lien », HAL Archives ouvertes, 2018.

constituent des biens par définition indisponibles, parce qu'ils sont indispensables à la satisfaction des besoins primaires de tous et de chacun ». La création de la catégorie juridique de biens communs vise donc à se détacher de la conception traditionnelle de la propriété publique comme privée, pour envisager la gouvernance partagée et participative d'une ressource, en lien avec la réalisation d'une fonction sociale ayant pour fin la satisfaction des droits fondamentaux. Une personne privée comme une personne publique peut en être le titulaire. Bien loin d'opposer la défense de la personne à la conservation des biens communs, le projet italien les définit de la manière suivante : « Les choses qui expriment des utilités fonctionnelles à l'exercice des droits fondamentaux ainsi qu'au libre développement de la personne ». Le droit subjectif que constitue le droit de propriété est mis en balance avec la fonction sociale du bien, qui échappe par là même à la logique de marché et de concurrence.

## 2. Les modèles de participation publique

A contrario, l'introduction d'une fonction sociale, d'une destination auquel le bien devrait répondre, a néanmoins pu être vue comme une façon de renforcer l'acceptation et de légitimer la prééminence du propriétaire sur le bien. La définition des communs se joue donc également dans la distinction entre la titularité et la gouvernance ou le contrôle sur cette propriété. À travers eux, c'est la distribution du pouvoir et son partage qui est opéré. Alors que des ressources telles que l'eau peuvent actuellement faire l'objet d'une gestion publique ou privée, la perspective des biens communs nous invite donc à dépasser la *summa divisio* entre droit privé et droit public, afin d'envisager une gouvernance multiacteurs, avec une diversité de parties prenantes ne représentant pas nécessairement les mêmes intérêts, dans le respect des principes de durabilité. La force de ce modèle est donc également de réinterroger les pratiques autour des biens publics, et de proposer d'autres modalités de gestion démocratiques. Pour cela, il s'agit de déterminer si, et dans quelles conditions, la gouvernance partagée d'une ressource, permet de constituer un commun. Stefano Rodotà relevait ainsi la possible « confusion entre biens communs et biens gérés en commun »<sup>255</sup> qui pouvait s'établir, alors qu'une diversité de montages, par le partage des responsabilités et le rôle accordé à chacun, est possible.

Il existe certes des procédures de participation spéciales, mais elles ne sont bien souvent que formelles, comme le révèle finalement une étude de la Commission nationale du débat public (CNDP)<sup>256</sup>.

Plus généralement, certains modèles de participation du public s'apparentent davantage à de la sensibilisation ou à du greenwashing ou du democracy-washing dès lors que les décisions stratégiques d'un projet ont déjà été prises, ou qu'ils ne permettent pas de peser véritablement sur ses orientations. Les difficultés rencontrées notamment lors de la consultation du public dans le cadre de la démocratie environnementale montrent à la fois les limites et permettent de marquer la différence avec des modèles de gouvernance de biens communs<sup>257</sup>. La question de la propriété au-delà de la gouvernance est ici un point de tension important. Deux critères d'évaluation sont en outre mis en avant par Stefano Rodotà pour distinguer les biens communs d'une simple gestion commune : les droits des sujets impliqués et les objectifs poursuivis à travers les règles établies. Dans la perspective italienne, les biens communs doivent donc participer au respect des droits fondamentaux dans une logique d'inclusion, qui interroge les frontières de la communauté, tout en assurant le contrôle des modalités de la participation.

---

<sup>255</sup> S. RODOTA, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété XXI<sup>e</sup> siècle », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2016, p.219. Disponible sur <https://journals.openedition.org/traces/6632> (Dernier accès le 1 novembre 2019).

<sup>256</sup> CNDP, Avis sur les consultations en ligne, Mission de conseil et d'appui méthodologique à la demande de la Ligue de la Protection des Oiseaux portant sur les consultations publiques du ministère de la Transition écologique et solidaire, 19/12/2019, par Mélanie Goffi (garante CNDP). Rapport disponible ici : <https://www.actu-environnement.com/media/pdf/news-34719-cndp-avis-lpo.pdf>.

<sup>257</sup> L'inefficacité des procédures de participation a été mise en évidence par la CNDP.

Dans ces deux exemples, le droit organise une certaine articulation entre le commun et le propre. C'est précisément cette juste articulation que nous questionnons, dans chacun des objets étudiés, en mobilisant l'outil de l'échelle de communalité, dont il faut maintenant détailler quels en sont les critères.

### TITRE 3 – L'ECHELLE DE COMMUNALITE COMME OUTIL D'ANALYSE

La notion de communalité telle qu'investie ici a vocation à se déployer dans des espaces qui, pour la plupart, donnent prise à des droits de propriété, qu'ils soient de nature publique ou privée. C'est le cas de l'eau ou des biens culturels qui, tout en étant déclarés patrimoine commun de la nation, sont des objets appropriés, et plus généralement d'un grand nombre d'éléments du patrimoine naturel ou culturel. La communalité n'est ainsi pas antinomique avec la propriété, comme l'ont montré les travaux d'Ostrom ou encore les figures des *beni communi* du droit italien. Elle invite en réalité à penser différemment la propriété dès lors que celle-ci est fortement imprégnée d'une dimension collective qui dépasse le seul intérêt du propriétaire. Toute la difficulté consiste néanmoins à articuler les droits et la puissance qui en dérivent et intérêts qui reviennent à la collectivité, la propriété cédant une place à l'intérêt collectif. Pour autant, il existe également des figures d'inappropriables porteuses d'intérêt collectif, à l'instar du domaine commun informationnel ou des éléments de libre parcours. Cet idée d'agencement était d'ores et déjà présente dans la justification du recours à l'échelle de communalité

Au vu de l'ensemble des enjeux décrits et en mobilisant non seulement les théories sur les communs mais aussi les solutions d'autres systèmes de droit, elle va désormais s'illustrer au travers des éléments de communalité d'ores et déjà existants en droit positif puis de propositions d'évolutions participant à la reconnaissance d'intérêts communs ou de régimes juridiques propres à en garantir la protection, que cet intérêt se manifeste sous la forme d'une préoccupation d'usage commun ou de préservation et aux bénéfices de personnes présentes ou de générations futures.

Au-delà de la propriété, c'est donc sous la perspective de la communalité que seront étudiés les différents agencements autour de biens et ressources. Mais, pour bien la comprendre, il est nécessaire de proposer une définition de la notion et de cartographier les critères qui la caractérisent (**Section 2**), non sans s'être inspirés quelque peu des doctrines contemporaines des communs (**Section 1**), ainsi que de présenter une façon de la mesurer sur une échelle de communalité (**Section 3**).

## Section 1. Le recours aux doctrines contemporaines sur les communs

Recourir à la notion de communalité permet de saisir la part du collectif dans les agencements de droits et intérêts à l'égard de biens ou de ressources. Mais à partir de quels critères la saisir ? Quels en sont les marqueurs ?

Les travaux théoriques et empiriques contemporains sur les communs peuvent offrir quelques outils de compréhension et permettre d'appréhender les formes juridiques de communalité. Ils doivent ainsi être mobilisées en tant que ressources heuristiques. Il n'en demeure pas moins qu'ils sont marqués par plusieurs écoles de pensée et que, ainsi que cela a été détaillé auparavant, des appréhensions multiples s'en dégagent.

Deux axes paraissent néanmoins particulièrement porteurs et ont été retenus pour inférer des critères de communalité.

Tout d'abord, la distribution de droits (ou la reconnaissance d'intérêts) conçues en faisceau (*bundle of rights*), telle que dégagée par John Commons et « désign[ant] une manière de concevoir la propriété en différents droits indépendants et dont la distribution aussi bien que la composition peuvent varier »<sup>258</sup>. Elle a été retenue par nombre des écoles de pensées sur les communs, en particulier par Elinor Ostrom et son École de Bloomington », ouvrant ainsi « un espace original pour penser et concevoir *autrement* la propriété »<sup>259</sup>. Elle invite à penser la cartographie complexe des droits et intérêts qui s'expriment sur la chose, au-delà du droit de propriété. Il faut néanmoins préciser que la théorie des faisceaux de droits ne renvoie pas seulement à l'idée d'une superposition ou d'un découpage en plusieurs titularités sur une même ressource. Elle exprime aussi une conception de la propriété comme ensemble de relations sociales et juridiques entre des personnes qui disposent de droits sur la chose ou qui y ont un intérêt<sup>260</sup>.

Ensuite, l'idée d'un gouvernement par la communauté et, avec elle, de l'organisation de choix collectifs : elles invitent à identifier qui détient un pouvoir de décision, et de participation à la prise de décision. Cette perspective a conduit à identifier plusieurs communautés et cercles décisionnaires. Elle a également amené à s'interroger sur les personnes détenant des pouvoirs de contrôle des modalités d'usage, de gestion, de disposition des ressources étudiées. Ce pouvoir de contrôle peut prendre les atours de l'intérêt à agir en justice.

La perspective a toutefois été prolongée à deux points de vue.

Tout d'abord, il n'a pas toujours été question de raisonner à partir de la propriété et des droits qu'elle génère sur la chose, ainsi que, plus généralement, par le biais de l'attribution de droits subjectifs à d'autres que le propriétaire. En cela, l'approche par la communalité se distingue de celle d'Ostrom et de la doctrine italienne des *beni communi*, pour se faire plus large. Elle embrasse aussi, par exemple, les hypothèses où le droit consacre des obligations, notamment de conservation et de transmission, à la charge de divers acteurs, y compris publics, au bénéfice d'une « communauté » largement conçue (nationale, l'humanité, etc.). Elle embrasse, plus largement, toutes les techniques d'affectation à un intérêt commun, qu'elles passent par la reconnaissance d'un droit, d'un intérêt, d'une charge, etc. Elle embrasse, enfin, les actions propres à défendre cet intérêt commun, forme processuelle que le droit français, centré sur le droit subjectif, reconnaît peu (au moins devant le juge judiciaire) : si le droit de propriété individuel, exclusif et privatif, est l'archétype du droit subjectif doté d'une action en justice

---

<sup>258</sup> F. ORSI, V° Faisceau de droits, in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit.

<sup>259</sup> *Ibid.*

<sup>260</sup> Idée développée par Hohfeld, v. F. ORSI, préc.

dédiée, les intérêts d'une communauté restent encore largement orphelins d'une forme processuelle adaptée. C'est pourquoi la recherche a exploré ces intérêts supra-individuels dans leur dimension processuelle pour proposer qu'ils soient pleinement reconnus par la voie d'actions qui leur seraient dédiées et permettent de leur donner force (au sens du terme anglais d'*enforceability*).

Ensuite, la recherche a pris en considération l'émergence d'une dimension transgénérationnelle et la reconnaissance d'un nouveau « sujet » ou centre d'intérêt, à savoir les générations futures. Lorsque l'affectation à un intérêt commun se traduit par un impératif de conservation pour transmission, ce dernier s'inscrit à leur bénéfice également, notamment pour les ressources naturelles — dont l'exploitation met en péril leur renouvellement — ou encore pour les biens non substituables (les biens culturels en particulier) auxquels certains usages peuvent porter des atteintes irréversibles. Ces « tiers » n'ont pourtant pas d'existence juridique ou de droit sur les choses. D'où, à nouveau, la nécessité de penser non exclusivement à partir de droits ou d'intérêts de personnes sur les choses, mais également de communautés ou de la chose elle-même et des risques qu'elle encourt.

## Section 2. Les critères de communalité

A partir de ces grandes directions, plusieurs critères de la communalité peuvent être proposés, qui permettraient d'aboutir à une définition plus précise. Mais au préalable, il faut admettre qu'il peut paraître étonnant, de prime abord, de tenter d'introduire en droit positif une notion nouvelle alors qu'il en existe déjà une susceptible d'exprimer l'adjonction d'un intérêt commun à l'intérêt du propriétaire, à savoir la notion d'affectation<sup>261</sup>.

Le droit connaît en effet un certain nombre d'affectations à un intérêt supra-individuel. Cette affectation se trouve ainsi, tout d'abord, au cœur des propriétés publiques, quel qu'en soit le titulaire (État, collectivités territoriales, établissements publics). Elle est centrale, surtout, dans le régime de la domanialité publique, dont le régime garantit précisément l'affectation à l'utilité publique (usage du public ou d'un service public<sup>262</sup>). Mais l'affectation n'est pas absente, ensuite, de la propriété privée, qu'elle s'y trouve imposée, comme dans le cas de certaines servitudes d'utilité publique attachées à des biens intégrant le patrimoine commun de la nation (un monument par exemple), ou qu'elle soit volontairement organisée par le propriétaire, comme au travers d'obligations *propter rem*, de l'obligation réelle environnementale, d'une fiducie, « technique générale d'affectation d'un bien à l'occasion de son transfert de propriété »<sup>263</sup>, ou en matière de propriété intellectuelle *via* le recours à des licences dites libres. Elle ne se pare pas, cependant, d'une définition établie, légale ou prétorienne. Dans un sens large et neutre, elle « renvoie au rattachement d'un bien ou d'une personne à un objet déterminé »<sup>264</sup>. Elle est souvent associée à la destination, exprimant quant à elle « la soumission des choses à une finalité déterminée », les deux notions étant présentées de façon variable comme complémentaires, opposées ou similaires<sup>265</sup>. Par exemple, la destination peut être considérée comme la reconnaissance d'un but déterminé alors que l'affectation renverrait aux moyens juridiques mis en œuvre afin d'en assurer la réalisation. Cependant, la notion d'affectation peut tout autant être étudiée de manière autonome. Comme son étymologie le suggère, la notion d'affectation est intrinsèquement liée à l'idée de « finalité », de « but ». Déjà, en droit romain, le terme *affectus* était défini par Gaius comme « l'acte de volonté par lequel on se fixe un but »<sup>266</sup> ; elle peut aussi se traduire par « la destination à un usage déterminé »<sup>267</sup>. En conséquence, lorsqu'elle est appliquée à un bien, l'affectation correspond au fait de donner une finalité particulière à ce dernier ; elle se caractérise également par la mise en œuvre de moyens juridiques variés permettant la réalisation de la finalité déterminée. Partant, l'affectation peut se définir comme une norme comportementale dictée par un but à propos d'un bien et qui prend des formes techniques diverses, par exemple des normes d'usage. Elle peut enfin résulter, quant à sa source, d'un acte de volonté du ou des propriétaires du bien affecté, mais également d'un régime imposé par la loi.

Or, la communalité s'en différencie à deux égards qui forment sa définition (1). D'une part, elle ne concerne que l'affectation à un intérêt commun et ne saisit donc pas toutes les formes d'affectation (premier critère). D'autre part, dans le prolongement de cet intérêt commun, elle intègre un autre impératif : celui de l'inclusivité définie comme l'impossibilité d'exclure autrui des utilités d'une chose

---

<sup>261</sup> S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1976.

<sup>262</sup> Art. L. 2111-1, CGPPP.

<sup>263</sup> W. DROSS, *Droit des biens*, 4<sup>ème</sup> édition, LGDJ, Précis Domat, 2019, p. 102. Pour l'ensemble de ces figures, cf. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 3 : Propositions de réforme relatives aux affectations volontaires à l'intérêt commun.

<sup>264</sup> Pour ce sens, large, R. BOFFA, V<sup>o</sup> Biens destinés, in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*

<sup>265</sup> Pour une étude des différentes positions doctrinales concernant les notions d'affectation et de destination, v. V. POUX, *Usage et propriété – Essai sur l'usage partagé d'un bien*, Thèse Lyon 3, 2019, n<sup>o</sup> 309 à 320.

<sup>266</sup> *Dictionnaire Latin-Français*, V<sup>o</sup> « Affectus », ([www.dicolatin.com](http://www.dicolatin.com)).

<sup>267</sup> B. MALLET-BRICOUT, « Propriété, affectation, destination – Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *RJTUM*, n<sup>o</sup> 48, p. 537 et s., spéc. p. 539.



(second critère). La communalité va alors de pair avec des instances d'expression (2.), ainsi qu'avec des techniques juridiques permettant de garantir ces deux critères (3.).

## §1. Les critères d'intérêt commun et d'inclusivité

Au titre d'un premier critère de la communalité, on soulignera que les différents agencements juridiques étudiés, autour de biens ou ressources, sont affectés à une utilité collective, que l'on pourrait qualifier d'affectation à un intérêt commun, que cette affectation se greffe sur une propriété ou non. Cet intérêt commun pourrait être décrit, dans une première approche, comme l'« intérêt propre d'une collectivité, considérée non comme une entité juridique effective, du moins comme une réalité sociologique distincte de la simple somme des intérêts individuels »<sup>268</sup>.

Plus précisément, l'intérêt commun renvoie soit à l'usage commun d'une ressource, soit à un impératif de conservation de cette dernière, soit à une volonté de s'organiser pour participer au gouvernement d'une chose, le tout au bénéfice d'une communauté large (nationale, régionale ou mondiale ; présente, future, transgénérationnelle) ou plus restreinte (de malades, d'habitants, de personnes intéressées et organisées, etc.). Les diverses finalités ci-avant décrites peuvent se cumuler et ne pas être antinomiques, la préservation s'imposant en général pour assurer un usage présent et futur et dictant le gouvernement de la chose. Quoi qu'il en soit, les affectations saisies se teintent d'une utilité commune, que l'on peut qualifier d'affectation à un intérêt commun. Elles peuvent ou non se greffer sur une propriété.

L'intérêt commun se distingue alors de deux notions en voisinage, soit l'intérêt général dont la défense est du monopole de l'État, d'un côté, et les intérêts individuels adjoints. Quant à l'intérêt général en premier lieu<sup>269</sup>, et même si cette question sera abondamment traitée dans la seconde partie du rapport<sup>270</sup>, on peut synthétiser dès maintenant les distinctions centrales. Tout d'abord, l'intérêt général renvoie à une notion fonctionnelle assignant un but à l'action des pouvoirs publics et dont le respect est notamment assuré par un recours particulier, le recours pour excès de pouvoir, recours qualifié d'intérêt public et très largement ouvert. Pour autant cet intérêt général (ou public) ne laisse pas apparaître la communauté intéressée par l'affectation — bénéficiaire, décisionnaire ou de contrôle —, voire la rend invisible. Ensuite, l'intérêt général ne se rapporte pas spécifiquement à des choses (même s'il peut s'y rapporter, à l'instar de la préservation d'un trésor national par exemple ou de la protection de l'environnement). Enfin, il ne serait à même d'absorber que l'intérêt de la communauté nationale, placée dans le champ de l'action publique ou de ses déclinaisons admises ; il ne peut se surperposer à un intérêt commun qui dépasse ce champ d'action — celui de la souveraineté nationale —, à l'instar de celui de communautés plus larges comme la communauté mondiale par exemple ou qui n'y correspond pas, comme l'intérêt d'habitants décidant de s'organiser pour un gouvernement de leur immeuble pour le préserver et l'utiliser au mieux. Quant aux intérêts individuels adjoints en second lieu, ils se différencient également de l'intérêt commun en ce que les premiers composent des intérêts divisibles et individualisables : ils renvoient à une pluralité de situations individuelles (ayant par exemple une même cause) qui restent autonomes et différenciées, quand bien même les intérêts individuels apparaîtraient ensemble et coalisés dans une action judiciaire commune (une action de groupe par exemple). L'intérêt commun, quant à lui, est indivisible et trans-individuel : on ne peut y dissocier l'individuel du collectif et il a un caractère d'unicité dans la mesure où il correspond à la défense d'une communauté ou entité (d'usage, de

<sup>268</sup> Nous reprenons ici des éléments de définition dégagés à propos de la notion de servitude collective, figure originale dégagée par J. HANSENNE, *La servitude collective, modalité du service foncier ou concept original ?*, Faculté de droit de Liège, Martinus Nijhof, La Haye, 1969, p. 515. L'auteur évoque notamment les servitudes concernant les habitants d'une commune, par ex. les servitudes collectives de vaine pâture et d'usage forestier. Il s'intéresse aussi à l'indivision.

<sup>269</sup> Conseil d'État, *Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général*, La Documentation française, 1999, dont D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », *op. cit.*, p. 363 ; J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in CURAPP, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 1, PUF, 1978, p. 12.

<sup>270</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 2 – Les intérêts à reconnaître.

préservation, etc.), déterminée ou non, organisée ou non, ayant trait à un objet de communalité ; si action en justice il y a, celle-ci profitera à l'objet de la communalité. C'est en quoi l'on pourrait dire que l'intérêt commun, intérêt trans-individuel et indivisible d'une communauté<sup>271</sup>, renvoie à l'« intérêt propre d'une collectivité [ou communauté], considérée [si ce n'est] comme une entité juridique effective, du moins comme une réalité sociologique distincte de la simple somme des intérêts individuels »<sup>272</sup>. Cet intérêt commun recouvre plusieurs catégories que l'on précisera par la suite (intérêts collectifs, diffus, voire du commun)<sup>273</sup>.

Au titre du second critère de la communalité, par ailleurs, on compte l'inclusivité. Celle-ci se situe dans le prolongement de l'intérêt commun et peut surprendre tant le droit de propriété moderne s'est à l'inverse construit sur l'exclusivité, entendue au sens du droit d'exclure autrui du bénéfice de la chose, le propre étant contradictoire avec le commun pour reprendre Pothier. Or, la recherche menée ainsi que l'analyse de diverses institutions du droit positif dont elle fait état, tout comme les nouveaux enjeux identifiés auxquels le droit doit répondre, invitent à atténuer cette exclusivité comme essence du droit de propriété. Dans toute une série de situations en effet, sur le plan descriptif comme prescriptif, c'est davantage l'absence de cette capacité d'exclure autrui des utilités de la chose qui progresse ou serait appelée à progresser (également pour assurer une vocation à la préservation de la chose pour un usage commun). C'est ce que Séverine Dusollier propose de qualifier d'inclusivité, au sens d'inclusion d'autrui dans les usages d'une chose<sup>274</sup>, ou de vocation à inclure plusieurs personnes dans l'usage d'une chose, d'une part, sans possibilité d'exclure l'une d'elles, d'autre part. En conséquence, à l'avenir, plutôt que d'identifier l'absence d'exclusivité, soit l'inverse de l'exclusivité, on reconnaîtra positivement l'inclusivité en tant que notion autonome exprimant, non un défaut ou un vide, mais un plein. C'est à cette caractéristique que le droit donne, ou pourrait donner, une force normative.

Dès lors, au revers de l'exclusivité du droit de propriété pensée comme une expression de l'individualité, ce qui apparaît désormais tient, dans certaines propriétés pensées comme inclusives, à la considération d'intérêts autres que celui du propriétaire, intérêts qui relèveraient de ceux de communautés plus ou moins ouvertes, soit définies positivement (c'est-à-dire avec des membres identifiés et une organisation juridique donnée) ou identifiable de manière plus diffuse. Il y aura ainsi inclusivité à chaque fois, d'une part, que plus d'un individu pourrait revendiquer – sous quelque forme que ce soit – un intérêt ou un droit envers/au bénéfice de l'usage d'une chose, voire un pouvoir de décider de ces usages ou de les contrôler, aussi bien que, d'autre part, à chaque fois qu'un individu verrait son pouvoir d'exclure limiter à l'égard d'au moins un autre individu. Ainsi définie, l'inclusivité marquerait toute une palette de positions, de degrés, dans un continuum allant de l'exclusivité à l'inclusivité, le droit d'exclure et l'individualité du bénéfice d'un bien étant rarement entiers et absolus, mais plutôt déclinés selon des degrés sur une échelle allant de l'exclusivité et de l'inclusivité. Plus le pouvoir d'exclure serait réduit, plus l'usage de la chose serait partagé et plus celle-ci pourrait être considérée comme « inclusive » ; toute propriété serait donc plus ou moins exclusive, plus ou moins inclusive, et c'est cette part variable qui composerait celle de la communalité présente dans de nombreux régimes propriétaires.

---

<sup>271</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 2 - Les intérêts à reconnaître.

<sup>272</sup> Éléments de définition dégagés, à propos de la notion de servitude collective, figure originale proposée par J. HANSENNE, *La servitude collective, modalité du service foncier ou concept original ?*, Faculté de droit de Liège, Martinus Nijhof, La Haye, 1969, p. 515. L'auteur évoque notamment les servitudes concernant les habitants d'une commune, par ex. les servitudes collectives de vaine pâture et d'usage forestier. Il s'intéresse aussi à l'indivision.

<sup>273</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 2 - Les intérêts à reconnaître.

<sup>274</sup> S. DUSOLLIER, « Du gratuit au non-exclusif, les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?* LexisNexis, Paris, Collection IRPI, n°43 2014, p. 29-48 ; S. DUSOLLIER, "Inclusivity in intellectual property", in G. DINWOODIE (ed.), *Intellectual Property and General Legal Principles – Is IP a Lex Specialis?*, Edward Elgar, 2015, 101-118 ; S. DUSOLLIER et J. ROCHFELD, V° Propriété inclusive ou inclusivité, in *Dictionnaire des biens communs, op. cit.* ; S. DUSOLLIER, *Inclusive Properties*, Cambridge University Press, à paraître.

En définitive, les deux caractéristiques de la communalité tiennent à l'identification d'un intérêt commun et d'une inclusivité telle que précédemment définie, intérêt commun et inclusion qui fondent d'ores et déjà deux axes de l'échelle de communalité et nuance le caractère « essentiel » de l'exclusivité du droit de propriété pour n'en faire qu'un pôle dans un continuum de situations accueillant des variations diverses.

A ces égards et pour saisir au mieux ces critères, la recherche a ménagé une place importante au droit comparé<sup>275</sup>. Il fournit en effet des modèles intéressants dans cette perspective de communalité, notamment d'articulation d'un intérêt commun (et des droits ou prérogatives qui peuvent en découler) et du droit du propriétaire<sup>276</sup>. Certains droits dissocient ainsi nettement la dimension de la propriété et celle de la titularité des droits. C'est ce qu'a, par exemple, théorisé la doctrine italienne des *beni comuni*<sup>277</sup> à titre prospectif. C'est aussi ce que pratiquent certains droits avec l'admission d'institutions comme le trust anglo-américain ou le *Community Land Trust*, venu des Etats-Unis et implanté dans d'autres pays (Belgique, Pays-Bas, puis France<sup>278</sup>) : celui-ci organise un accès à la propriété en dissociant la propriété du bâti et du foncier, permettant d'un côté à des familles aux faibles revenus de devenir propriétaires de leur logement, tandis que, d'un autre, une personne juridique est constituée — le *Community Land Trust* ou CLT — qui construit les logements tout en restant propriétaire du fonds. Outre cet exemple, le droit français s'est quant à lui arrêté, avec les articles 2011 et suivants du Code civil français, à une consécration de la fiducie de type « financier », en laissant de côté d'autres directions. Une fiducie « foncière », par exemple, aurait permis d'organiser contractuellement un transfert de propriété temporaire et conditionné à des finalités différentes, comme la protection de l'environnement ou le maintien d'activités agricoles<sup>279</sup>.

## §2. Les instances de la communalité

Mais ces axes ne seraient pas suffisants. Dire que d'autres que le propriétaire peuvent être inclus dans les utilités de la chose invite à étudier plus avant le revers de la situation propriétaire, à savoir les bénéficiaires du partage des utilités. Plus précisément, cela incite à identifier les « instances de la communalité », le terme d'instance étant ici entendu dans le sens d'un lieu de manifestation ou d'expression de la communalité. La délimitation de ces différentes instances sera inspirée de la théorie du faisceau de droits, dans l'usage qu'en a fait Elinor Ostrom, sans pour autant réduire l'analyse menée à la question d'une distribution de droits puisque, nous y reviendrons, d'autres types de prérogatives plus « diffuses » peuvent être reconnues, comme un intérêt, voire en l'absence de prérogatives distribuées<sup>280</sup>.

Dans cet esprit et à un premier niveau, on identifiera la **communauté attributaire** ou d'usage. Elle est délimitée sur le fondement de la question de savoir quel est le périmètre des personnes qui peuvent accéder à la chose et/ou en jouir, ou encore pour lesquelles la chose est conservée ou gouvernée. On précisera que, pour certains des objets étudiés, s'élève aujourd'hui une dimension nouvelle à cet égard : la reconnaissance des générations futures en tant que possibles bénéficiaires<sup>281</sup>. La communauté bénéficiaire

---

<sup>275</sup> V. Annexe n° 2 – Leçons de droit comparé.

<sup>276</sup> Dans le même sens, cf. A. CHAIGNEAU, « Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun », *RIDE*, 2014, n° spécial « Penser autrement la propriété », p. 337, constatant qu'il est question aujourd'hui de « promouvoir un intérêt commun supérieur et compatible avec l'intérêt du titulaire » ; « Autrement dit, il s'agit de reformuler la fonction de ce droit sans en contrarier la dimension individuelle. »

<sup>277</sup> V. égal. M. CORNU, « A propos de l'adoption du code du patrimoine. Quelques réflexions sur les notions partagées », *D.* 2005, p. 1452-53.

<sup>278</sup> V. Ordonnance n° 2016-985 du 20 juillet 2016 créant le bail réel solidaire et, plus précisément, M.-A. CHARDEAUX, « Repenser la propriété pour promouvoir la solidarité ? (A propos du bail réel solidaire) », *Revue Délibérée* à paraître.

<sup>279</sup> F. OST, V° Transpropriation, in *Dictionnaire...*, *op. cit.*

<sup>280</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 2 – Les intérêts à reconnaître.

<sup>281</sup> E. Gaillard, *Généralités futures et droit privé. Vers un droit des générations futures*, préf. M Delmas-Marty, LDGJ, 2011.

de la conservation d'une chose, dont l'usage peut mettre en péril la pérennité (les ressources naturelles) ou qui n'est pas substituable (c'est le cas des biens culturels) tient aux générations présentes, mais également futures, voire en la chose elle-même.

À un deuxième niveau, on identifiera la **communauté délibérative**, ce en réponse à la question de la délimitation des personnes habilitées à être informées de la destinée de la chose, à participer à la prise de décisions qui la concerne, voire à la gouvernance ou au gouvernement de la chose (en référence à la possibilité de participer aux « choix collectifs » d'Ostrom). Par exemple, une information est-elle due, sur l'état de la chose, par le propriétaire et à quelle personne ? Un pouvoir de décision est-il placé entre les mains du propriétaire, public ou privé, ou encore entre les mains d'une entité collective ? De quelle façon les bénéficiaires peuvent-ils, ou non, être associés au processus de décision ?

Enfin et à un troisième niveau, on s'interrogera sur la **communauté de contrôle** *ex ante* et *ex post*, c'est-à-dire l'ensemble des personnes habilitées à défendre un droit d'usage ou plus largement à contrôler que l'affectation à un intérêt commun (par exemple de conservation) est respectée. Entrent évidemment dans les pouvoirs de cette instance les possibilités d'agir en justice.

En définitive, les instances de communalité se décomposent en trois niveaux et se présentent en des termes différents selon que l'on s'intéresse à la propriété de la ressource, à son usage, aux décisions la concernant ou encore au contrôle exercé, en amont comme en aval, sur l'exercice des pouvoirs au regard de l'affectation à un intérêt commun et au respect de l'inclusivité. Or, cette décomposition des instances de communalité selon les trois cercles exposés est susceptible de se révéler utile à au moins trois égards.

En premier lieu, elle permet de rendre compte de l'extrême diversité des formes juridiques qu'endosse la communalité. C'est ainsi que la propriété d'un immeuble dont la façade donne sur une voie publique témoigne d'une forme de communalité qui se déploie sur les trois niveaux identifiés : l'identification du cercle des « bénéficiaires » — si l'on accepte de considérer le bénéfice d'un usage de vue — renvoie à tous les individus situés sur la voie publique ; celle du cercle des « décisionnaires » renvoie à l'autorité d'urbanisme ; celle du cercle des « contrôleurs », à toute personne y ayant intérêt.

À un deuxième égard, la décomposition de ces instances est susceptible de livrer des critères d'appréciation plus fins de la plus ou moins grande communalité d'une chose, en enrichissant l'analyse de la compréhension de l'inclusivité : moins il est possible d'exclure un individu du cercle des « bénéficiaires », mais également de ceux des « décisionnaires » et encore des « contrôleurs », plus la chose concernée peut être dite ouverte et plus elle peut, par suite, être considérée comme « communalisée ». Ce sont précisément ces variations dans l'inclusivité, qui vont de l'exclusivisme au pouvoir d'inclure, de l'individuel au commun, que l'échelle de communalité entendra restituer le plus finement possible en se servant de ces identifications.

Enfin et en troisième lieu, l'étude de ces différentes instances est susceptible de dévoiler les failles ou les faiblesses de certaines techniques juridiques existantes du point de vue de la communalité. Par exemple, la chose commune de l'article 714 du Code civil paraît constituer la figure la plus communalisée du droit français : elle inclut un « tous » dans l'« usage commun » de la chose. Mais c'est là ne considérer que la « communauté attributaire ». Or si l'on considère les deux autres instances – la communauté délibérative et la communauté de contrôle –, on constatera que celles-ci n'existent pas ou ne disposent pas, en l'état de la compréhension actuelle du droit positif, de moyens de s'exprimer<sup>282</sup>. On pourrait encore évoquer le patrimoine culturel, ou plus généralement le « patrimoine commun de la nation » : du point de vue des mêmes instances, la figure est assez faiblement communalisée. Le domaine public fournit également une illustration intéressante de la dissociation des différentes instances : certes, il est affecté à « l'usage de

---

<sup>282</sup> Pour des propositions d'évolution, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 2 - La chose commune.

tous » ; mais son « régime juridique actuel [...] ainsi que ses origines historiquement liées à la défense militaire du territoire et à la politique étatique de développement du commerce accordent peu de place à l'implication du public dans l'élaboration et l'adoption des actes relatifs à ces biens publics » ; il renvoie donc bien à une communauté attributaire, mais non à des communautés délibératives ou de contrôle, même si la participation du « public » est marginalement prévue<sup>283</sup>.

### §3. Les techniques juridiques de la communalité

Enfin, il faut mentionner les techniques juridiques par lesquelles peut s'exprimer la communalité. Elles sont multiples et il serait vain de vouloir en dresser ici un catalogue alors que nombre des propositions de réformes émises par la suite les prendront comme objets. La traduction juridique de la communalité peut ainsi passer par l'attribution de droits et d'intérêts sur la chose (droits d'usage, droit d'exploitation, etc.<sup>284</sup>) que leur source soit légale ou contractuelle<sup>285</sup> ; par des techniques de considération d'une pluralité d'acteurs dans les instances de décision (droit à l'information, droit de participation, droit de délibération et de co-décision<sup>286</sup>) ; par l'organisation d'un gouvernement de certaines ressources (assuré par des personnes morales ou par des techniques fiduciaires postulant un fonctionnement collectif<sup>287</sup>). Les outils du droit public, tels que la servitude d'utilité publique (où le propriétaire n'est plus seul à décider)<sup>288</sup> ou une propriété publique de l'État qui serait davantage gérée sur un mode collectif, peuvent aussi être pensés comme des outils de communalisation. Mais sans entrer dans le détails de ce qui sera détaillé dans la seconde partie, on se contentera ici de tracer trois critères de catégorisations de ces techniques, qui serviront d'ossatures aux développements à venir.

Au titre d'un premier critère de catégorisation, on trouve le caractère volontaire ou contraint de la communalité : la constitution d'une fiducie, d'une obligation réelle environnementale, d'un habitat participatif, ou le partage d'une œuvre ou d'un logiciel « libre », composent des techniques d'affectation volontaire de l'un de ses biens, en tant que propriétaire, à un intérêt commun, qui plus est inclusif<sup>289</sup> ; la reconnaissance légale d'un patrimoine commun ou d'une chose commune implique, inversement, des charges non consenties sur un éventuel propriétaire, y compris public (la chose commune tient cependant une place à part puisqu'elle n'est pas appropriée).

Au titre d'un deuxième critère, qui s'associe en général au premier, on compte la source de la communalité : certaines définitions de la communalité, soit l'identification d'un intérêt commun et l'agencement des prérogatives de façon inclusive ont un caractère contractuel (volontaire) ; d'autres, légal (imposé) ; d'autres encore, jurisprudentiel (imposé).

---

<sup>283</sup> N. FOULQUIER, V° Domaine public, in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, ajoutant que « le régime domanial n'exclut pas que soient introduites des règles assurant la participation du public », ainsi qu'en témoigne « le système d'enquête publique requise pour la sortie de certains biens du domaine public tels que les routes, les voies ferrées. (...) », et que « le développement de la participation du public à la prise des décisions concernant le domaine public (...) pourrait permettre d'éviter que l'administration ne privilégie trop spontanément l'exploitation commerciale ou industrielle de ce dernier au détriment de sa mise à la disposition du public ».

<sup>284</sup> Par exemple en ce qui concerne l'usage de ressources telles que l'eau ou encore le domaine informationnel, plus généralement les choses communes dont l'usage est en principe commun à tous.

<sup>285</sup> La question concerne notamment l'institution de servitudes conventionnelles telles que les obligations réelles environnementales. Le ressort volontaire n'est pas, dans cette gamme d'outil, à négliger.

<sup>286</sup> Ce sont notamment des techniques que nous avons mobilisées pour armer juridiquement la notion de patrimoine commun.

<sup>287</sup> La technique de la fiducie a été étudiée à ce prisme des communs et questionnée comme outil possible de prise en charge de l'intérêt commun.

<sup>288</sup> La technique de la servitude d'utilité publique est d'emploi fréquent dans un certain nombre des champs étudiés, en particulier en matière environnementale et culturelle. Ses limites ont été signalées. Mais dès lors qu'elles structurent en partie le régime de protection de certains biens, elles ont aussi être retravaillées à ce prisme des communs, par exemple au travers du principe de non régression, règle que nous avons rattachée à la notion juridique de patrimoine commun.

<sup>289</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 4 – Propositions de réformes relatives aux techniques d'affectation volontaire.

Au titre d'une troisième et dernier critère, faisant le lien avec l'identification des instances de la communalité menée précédemment, on considèrera les instances intéressées par la communalité : est-ce la communauté attributaire, ce qui se concrétisera par l'attribution de droits ou la reconnaissance d'intérêts sur la chose au bénéfice d'autres personnes que le propriétaire, de façon inclusive (droits d'usage, droit d'exploitation, etc.<sup>290</sup>), que la source en soit légale ou contractuelle (il faut toutefois noter qu'une communauté attributaire peut devenir une communauté de contrôle si ces droits ou intérêts ne sont pas ou plus garantis et que le droit lui reconnaît — ou à ses membres — un intérêt à agir en justice) ? Est-ce la communauté délibérative (et, à nouveau, possiblement de contrôle), ce qui se concrétisera par la reconnaissance d'une possibilité d'information, de participation aux décisions sur la chose, voire de délibération et de co-décision<sup>291</sup>, ou encore par l'admission d'une organisation collective ou d'un gouvernement de la chose (par exemple en cas de gestion par des personnes morales ou par des techniques fiduciaires qui postulent un fonctionnement collectif<sup>292</sup>). Par exemple, l'instauration d'une servitude d'utilité publique impose au propriétaire d'autres décisions que les siennes<sup>293</sup>. Dans le même esprit, la propriété publique de l'État doit être gérée, en principe et dans certains domaines, sur un mode collectif ce qui suppose aussi une autre communauté délibérative (et de contrôle). Est-ce enfin la communauté de contrôle qui se trouve intéressée par la communalité ? À cet égard, on peut relever que le droit français est encore largement embryonnaire relativement aux actions en justice ouvertes pour la défense d'intérêts communs, plus largement d'intérêts ne prenant pas la forme du droit subjectif et portés par une communauté non personnifiée. Il est ainsi dénué d'une forme processuelle épousant cette direction, à l'inverse d'autres traditions juridiques explorées par la recherche qui reconnaissent pleinement ce type d'intérêts comme fondements possibles d'actions qui leur sont dédiées (assurant une *enforceability*, que l'on peut imparfaitement traduire par « mise en force »)<sup>294</sup>.

Quelles qu'en soient les distinctions, toutes les techniques de communalité ont en commun de tenter d'articuler au mieux le droit du propriétaire (quand il existe)<sup>295</sup> avec l'intérêt commun, et les droits, prérogatives ou intérêts qui en découlent. Elles conduisent toutes à dissocier plus nettement la dimension de la propriété et celle de la titularité de droits (ou d'autres prérogatives), à l'instar notamment de ce qu'a théorisé la doctrine italienne des *beni comuni*<sup>296</sup>. À cet égard d'ailleurs, on s'inspirera, dans les propositions de réformes qui suivent, de modèles issus du droit comparé qui connaissent cette dissociation. Elle est par exemple organisée de façon apparente, au sein du *trust* et du *public trust* anglo-américain, des *conservation easements* ; elle est reconnue dans les « intérêt diffus » des droits lusophones, etc. Le droit français, pour l'heure, s'est arrêté dans cette voie à la consécration officielle d'une fiducie de type « financière » au sein des articles 2011 et suivants du Code civil, en laissant de côté celle, par exemple, qui aurait pu être « foncière » et aurait permis d'organiser contractuellement un transfert de propriété temporaire et conditionné à des finalités différentes, comme la protection de l'environnement

<sup>290</sup> Par exemple en ce qui concerne l'usage de ressources telles que l'eau ou encore le domaine informationnel, plus généralement les choses communes dont l'usage est en principe commun à tous.

<sup>291</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 2, Section 2 – Les prérogatives de communalité – Les prérogatives de gouvernance à reconnaître, et pour des applications plus précises, v. par ex. Partie 2, Titre 1, Section 1 – Le patrimoine commun.

<sup>292</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 4.1 – Les techniques d'affectation volontaire – La fiducie.

<sup>293</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 1 – Le patrimoine commun : la technique de la servitude d'utilité publique est d'emploi fréquent dans un certain nombre des champs étudiés, en particulier en matières environnementale et culturelle. Ses limites ont été signalées. Mais dès lors qu'elle structure en partie le régime de protection de certains biens, elle a aussi été retravaillée au prisme de la communalité, par exemple au travers du principe de non régression proposée pour le régime général du patrimoine commun.

<sup>294</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 2, Section 2.3 – Les actions en justice à reconnaître.

<sup>295</sup> Dans le même sens, v. A. CHAIGNEAU, « Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun », *RIDE*, 2014, n° spécial « Penser autrement la propriété », p. 337, constatant qu'il est question aujourd'hui de « promouvoir un intérêt commun supérieur et compatible avec l'intérêt du titulaire » ; « Autrement dit, il s'agit de reformuler la fonction de ce droit sans en contrarier la dimension individuelle. »

<sup>296</sup> V. égal. M. CORNU, « A propos de l'adoption du code du patrimoine. Quelques réflexions sur les notions partagées », *D.* 2005, p. 1452-53.

ou le maintien d'activités agricoles<sup>297</sup>. Mais il a quand même entendu l'écho de quelques évolutions venues d'ailleurs. Ainsi, sur le modèle du *Community Land Trust*, institution venue des États-Unis et implantée dans d'autres pays comme la Belgique ou les Pays-Bas, il tente désormais d'organiser un accès à la propriété pour des familles aux faibles revenus en utilisant une dissociation du même type : l'ordonnance n° 2016-985 du 20 juillet 2016 a créé le bail réel solidaire<sup>298</sup> et a dissocié la propriété du bâti et du foncier (aux États-Unis, une personne juridique est constituée pour construire des logements sur un fonds dont elle reste propriétaire — le *Community Land Trust* ou CLT — mais qu'elle loue aux propriétaires des appartements qui s'y construisent),

**En conclusion**, la communalité ayant été définie, ainsi que ses critères, ses instances et les lignes de distinction de ses techniques, il sera désormais possible de dresser, dans les développements qui suivent, une « échelle de communalité ».

---

<sup>297</sup> F. OST, V° Transpropriation, in *Dictionnaire...*, *op. cit.*

<sup>298</sup> V. sur ce point, M.-A. CHARDEAUX, « Repenser la propriété pour promouvoir la solidarité ? (A propos du bail réel solidaire) », *Revue Délibérée*, 2020, à paraître.

### Section 3. La mesure de la communalité

Cette « échelle » renvoie à un instrument de mesure permettant d'analyser les variations dans la communalité des choses. La formulation est évidemment inspirée des travaux de Léon Duguit et de son « échelle de domanialité »<sup>299</sup> tendant à rompre avec la présentation binaire d'une figure unique de domaine public isolé dans la propriété publique. Avec cette même relativité, l'échelle de communalité entend traduire la part variable de communalité présente dans les agencements des différents intérêts autour des choses et la façon dont le droit en assure les définition et respect. Il ne s'agit pas d'une mesure quantitative, mais juridique : plutôt que d'observer combien de personnes bénéficient, décident ou contrôlent effectivement les utilités d'une chose, on s'intéressera aux conditions dans lesquelles se distribuent, en droit, les bénéfices de ces utilités, les droits de décider et le contrôle de l'affectation à un intérêt commun.

L'objectif de l'échelle de communalité n'est alors pas de proposer un classement dans la communalité des choses, classement qui n'aurait aucun sens en ce qu'il supposerait qu'il existe un modèle idéal (et qui obligerait à comparer des rapports juridiques qui présentent des caractéristiques irréductiblement différentes). Il tient en une volonté de placer les techniques juridiques mobilisables, d'une très grande diversité nous l'avons vu, selon des critères qui éclairent leur compréhension et les unes par rapport aux autres. C'est donc à partir de tous les éléments de complexité listés auparavant et des critères dégagés (de l'intérêt commun, de l'inclusivité, des instances de la communalité et des différentes techniques juridiques) que l'on s'est proposé d'élaborer cette échelle et d'y situer, pour les approfondir, diverses figures juridiques qui en sont porteuses. Pour ce faire deux types de présentation étaient envisageables : l'une linéaire (1.), l'autre complexe, c'est-à-dire tentant de saisir l'interaction de l'ensemble des critères (2.). Sans surprise et dès lors que plusieurs critères avaient pu être identifiés, c'est cette seconde direction de travail qui a finalement été retenue.

#### §1. L'agencement linéaire

Dans une approche linéaire, la communalité aurait été rabattue sur la plus ou moins grande inclusivité ou exclusivité par rapport aux choses : moins il est possible d'exclure un individu plus la chose aurait été considérée comme « communalisée ». On se serait ainsi déplacés de situations dans lesquelles le propriétaire est seul maître de son bien et en position de faire des choix solitaires quant à ses multiples utilités, à des situations où d'autres se trouvent en position de bénéficiaire de certaines utilités (usage ou conservation), concrétisant l'existence d'une communauté de bénéficiaires. L'échelle de communalité se serait alors déployée entre deux pôles, principalement ordonnés autour de la question de l'accès aux utilités des biens, voire autour de l'impératif de conservation au bénéfice d'une communauté présente et future.

Dans cette échelle les choses communes, statut juridique de l'inappropriable, auraient pris place à l'extrémité de la ligne, en l'absence de toute exclusion possible et d'un usage commun ouvert à tous. De leurs côtés, les propriétés privées « traditionnelles », sans ouverture des utilités, ni affectation, se seraient positionnées à l'autre bout. En définitive, les variations se seraient étagées selon une échelle allant des figures d'absence de propriété (comme la chose commune), à la propriété individuelle exclusive

---

<sup>299</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, de Boccard, T. III, 2<sup>e</sup> éd., 1923, p. 351. Sur laquelle et à partir de laquelle, également, J.-M. AUBY, « Le problème de la domanialité publique des immeubles affectés à un service public », in *Mélanges Laborde-Lacoste*, Bordeaux, Bière, 1963, p. 11 ; F. MELLERAY, « L'échelle de domanialité », in *Mélanges Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 291.



correspondant au paradigme classique, en passant par une multitude de zones grises et de notions mixtes.

La perspective aurait cependant été réductrice : l'agencement des droits et intérêts autour des choses s'inscrivent dans des schémas beaucoup plus complexes, dans lesquels il n'y a pas un propriétaire en face duquel se positionnerait, dans des termes variables, la figure de l'usager (celui qui a accès), mais une multitude d'autres personnes.

## §2. L'agencement complexe

C'est pourquoi il s'est avéré nécessaire de considérer d'autres critères distinctifs, au-delà du pouvoir d'exclusion du propriétaire et de la vocation d'une communauté plus ou moins ouverte à bénéficier de certains usages ou d'une vocation à la préservation de la chose : la variété des droits et intérêts qui s'expriment sur la chose ; la place et le rôle de l'État ; la qualité publique ou privée de la propriété ; la détention d'un pouvoir de délibération à propos des utilités de la choses ; celui d'un pouvoir de contrôle du respect de ces décisions (on retrouve les instances délibérative et de contrôle, aux côtés de celle attributaire).

### 1. La diversité des droits et intérêts sur la chose

La représentation binaire, en se contentant d'opposer propriétaire et éventuels usagers ou affectataires, ne dit rien de la nature des prérogatives des membres des communautés bénéficiaires, délibératives ou de contrôle. Or, si la traduction juridique de la communalité peut passer par l'attribution de droits sur la chose (droits d'usage ou de jouissance ; droit à l'information ou à la participation, etc.), de source légale ou contractuelle, d'autres prérogatives peuvent aussi venir traduire cette communalité.

Évidemment, à un premier niveau, les droits subjectifs tels que le droit de propriété ou le droit d'usage, ou encore, si l'on accepte la lecture de la propriété en faisceau de droits, la distribution des branches de la propriété selon une répartition des diverses prérogatives qui peuvent s'y rattacher (au-delà des démembrements classiques de propriété) apparaissent les plus évidents. On trouvera même, comme on l'a vu, des lectures en termes de conflits de droits fondamentaux, le droit de propriété pouvant recevoir des nuances dans son exclusivisme pour ménager l'exercice d'autres droits ou libertés<sup>300</sup>. Mais, toutes les hypothèses de communalité n'impliquent pas de reconnaître des droits à tous ceux qui ont un intérêt : la communalisation de certaines ressources ne passe pas nécessairement par la reconnaissance de droits subjectifs.

Les intérêts d'une **communauté bénéficiaire, mais également délibérative et de contrôle**, peuvent en effet se cacher sous au moins deux autres formes.

D'un côté, la reconnaissance d'une « utilité publique » — attachée par exemple à des servitudes d'utilité publique — ne traduit pas l'attribution de droits à chacun des intéressés. Elle pourrait pourtant être lue comme l'affectation à une communauté bénéficiaire, lui ouvrant un certain contrôle du respect de l'affectation. C'est ce qui sera proposé pour certains biens relevant d'un « patrimoine commun » et pour la servitude d'utilité publique attachée aux monuments historiques, voire pour la propriété publique des biens culturels<sup>301</sup>.

D'un autre côté et à titre plus prospectif, prolongeant également l'hypothèse précédente, on mettra en avant en s'inspirant du droit comparé, comme prérogative-type de la communalité, la reconnaissance d'intérêts communs et plus particulièrement d'intérêts diffus<sup>302</sup>. Sans entrer dans les méandres des

---

<sup>300</sup> V. Annexe 2, Leçon de droit comparé : La reconnaissance de l'intérêt commun en rapport avec les droits fondamentaux au sein des *Beni comuni* en Italie.

<sup>301</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 1 – Propositions de réformes relatives au patrimoine commun et Partie 2, Titre 1, Section 1, §2 – Propositions de réformes relatives au patrimoine commun – Les biens culturels comme patrimoine commun.

<sup>302</sup> V. not. Partie 2, Titre 2 - Les intérêts à reconnaître.

distinctions entre droit et intérêt<sup>303</sup>, il s'agira de mettre en lumière les intérêts qui ne donnent pas toujours lieu à un droit subjectif « opposable » et, partant, tout un nuancier d'intérêts sur ou à la chose. Cette reconnaissance emporterait des conséquences pour les **communautés bénéficiaires, délibératives et de contrôle** : pour la première, il s'agira de reconnaître des intérêts à la chose d'un autre ordre qu'un droit subjectif, par exemple un intérêt diffus à ce que l'usage de la chose soit accessible, ou que celle-ci soit conservée ou encore transmise ; pour la dernière, cela renverrait à ce que les titulaires d'un intérêt diffus soient habilités à faire respecter l'affectation commune (ce serait encore le cas pour le patrimoine culturel, mais également pour la préservation de la biodiversité par exemple, saisie comme chose commune)<sup>304</sup>.

Reconnaître ces deux types de prérogatives entraînerait des changements conséquents avec le droit existant. En ce qui concerne les monuments historiques par exemple, si actuellement le « public » est le destinataire du dispositif de leur protection, il n'existe pas de droit d'accès des usagers qui le composent ni de droit à la conservation de ce patrimoine. L'État et les propriétaires privés endossent pourtant, à son bénéfice, des charges (de maintien en l'état, de conservation, d'absence de modification). Si, en prenant au sérieux la communalité dont ils se teignent, on reconnaît un intérêt diffus aux membres de cette communauté bénéficiaire, des suites peuvent s'en induire en termes d'informations sur ce patrimoine, de participation aux décisions qui le concernent ainsi que de contrôle du respect de son affectation, voire d'action en justice. A cet égard, on discutera également des titulaires de ces intérêts et de l'inclusion en leur sein des générations futures, voire de certaines entités naturelles elles-mêmes, quand il est question de leur préservation. Le sujet/objet de la conservation pour transmission doit-il être considéré en tant que tel, en particulier pour les choses dont l'usage peut mettre en péril leur renouvellement (les choses naturelles) ou encore pour celles, non substituables (c'est le cas des biens culturels), auxquels certains usages peuvent porter des atteintes irréversibles ?

## 2. Le rôle de l'État

La perspective binaire opposant propriétaire et éventuels bénéficiaires des utilités de la chose évacue également l'État de l'analyse. Son rôle est pourtant central dans l'organisation juridique des prérogatives de communalité, et plus généralement dans la conception même de la propriété<sup>305</sup>. Encore faut-il préciser de quel État l'on parle : on n'évoque pas ici l'État propriétaire, mais l'État prescripteur. Son rôle dans l'échelle de communalité, que ce soit dans le mode d'institution de l'ouverture des usages d'une chose et les sujétions qu'il impose, ou dans celle de la gouvernance, ne peut pas être ignoré. Dès lors, outre une dimension horizontale représentant la plus ou moins grande ouverture de l'usage et de la gouvernance de la chose, ainsi que la réalité des différents droits et intérêts (l'usage, la préservation, l'exploitation, etc.), l'échelle de communalité doit intégrer un plan vertical représentant les prescriptions de l'État.

Concrètement, celui-ci peut édicter des servitudes d'utilité publique, imposer des obligations de conservation en matière environnementale et patrimoniale (législations de protection des monuments historiques, du patrimoine naturel, etc.), prévoir des obligations d'accès dans certaines zones (littorale par exemple), autoriser de nouvelles figures d'affectation volontaire ou renforcer celles existantes (fiducie, obligation réelle environnementale...), organiser une information du « public » (environnementale), etc. A l'extrême, l'État peut même exproprier et procéder à des acquisitions forcées dans le but d'introduire ou de faire respecter une dose de communalité : les règles spéciales du droit des monuments historiques prévoient ainsi que, dans le cas où la conservation du bien est menacée, l'État puisse exproprier, le statut de monument historique permettant de présumer qu'est constituée la cause d'utilité publique, condition de l'autorisation de ces procédés d'éviction de la propriété.

---

<sup>303</sup> F. OST, *Droit et intérêt*. Vol. 2, *Entre droit et non-droit : l'intérêt : essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.

<sup>304</sup> V. *infra* Partie 2.

<sup>305</sup> Cette perspective est très présente dans les travaux de J. COMMONS, v. *supra* n° 18.

Réintégrer dans la réflexion le rôle central de l'Etat permet également d'identifier les domaines où il ne l'a pas suffisamment exercé. Des espaces ont ainsi été peu investis ou délaissés. Par exemple, les choses communes de l'article 714 du Code civil, alors même que leur régime en appelle à des « lois de police réglementant la façon d'en jouir » (alinéa 2), n'ont pas fait l'objet de telles réglementations<sup>306</sup>. L'Etat lui-même ne s'est pas suffisamment imposé le respect de ces choses, des biens communs en général, à la différence d'autres systèmes juridiques ayant construit et imposé des obligations de « diligence » ou de « vigilance » à sa charge<sup>307</sup>. Ce sera l'un des objets des propositions émises que de renforcer ce rôle.

### 3. L'intégration des communautés décisionnaires et de contrôle : les cercles d'intérêts

Enfin, l'échelle binaire ne représentait que le rapport d'un propriétaire avec l'une des instances de communalité, celle des bénéficiaires. Elle ne comprenait pas celles des décisionnaires et de contrôle, qui peuvent représenter d'autres cercles d'intérêts.

Or, il faut ici rappeler que les travaux d'Ostrom, qui se penchent sur le « régime de propriété le plus approprié pour assurer la consommation de la ressource tout en garantissant la préservation et le développement durable de la ressource concernée »<sup>308</sup>, distinguent un niveau inférieur de droits, constitué par les droits d'usage (accès et prélèvement) — qui peut donc rassembler une communauté bénéficiaire — et un niveau supérieur « dit de choix collectif (*collective-choice rights*) où se définissent les règles qui seront appliquées au niveau opérationnel — qui concerne davantage la communauté décisionnaire ou celle de contrôle. Là se situent trois types de droits : le droit de gestion (*management*), le droit d'exclure et le droit d'aliéner. Le droit de gestion est le droit à réguler les conditions d'utilisation de la ressource ainsi que les changements nécessaires à son amélioration. Il s'agit ici plus spécifiquement du droit à déterminer les règles de prélèvement de la ressource. Le droit d'exclure concerne le droit de déterminer qui va bénéficier des droits d'usage et si ceux-ci seront transférables ou non. Enfin, le droit d'aliéner est défini comme étant le droit de vendre ou de céder entièrement ou partiellement l'un ou les deux droits d'exclure et de gestion ».<sup>309</sup> On propose ici de travailler du plus faible niveau de communalité, dénominateur commun à l'ensemble des objets observés en allant jusqu'au plus élevé en plaçant sur cette échelle les différentes formes de propriétés et de maîtrises sur la chose.

Certes, le pouvoir décisionnaire sur la chose revient au propriétaire. Par exemple, le propriétaire public décide à tous égards, en étant supposé user et disposer de la chose dans l'intérêt public, c'est-à-dire décider pour une communauté bénéficiaire, celle du public et des usagers. Il est supposé le représenter et agir en « mandataire », pour son compte et spécialement lorsqu'une chose reçoit une affectation collective<sup>310</sup>. En théorie, par ailleurs, il rend des comptes et est éventuellement sanctionné en cas de mésusages, ce en vertu de mécanismes de contrôle démocratique.

---

<sup>306</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 2 - La chose commune.

<sup>307</sup> V. la reconnaissance d'une obligation de « due diligence » à la charge de l'Etat néerlandais et à l'égard du système climatique et de ses citoyens par la Cour de District de La Haye, 24 juin 2015, puis la Cour d'appel le 9 octobre 2018, rendue définitive en Cassation le 20 décembre 2019 : *Urgenda foundation v. Kingdom of the Netherlands*, case n° C/09/456689 / HA ZA 13 1396 ; *The State of the Netherlands v. Urgenda foundation*, n° C/09/456689/HA ZA 13-1396, sur lesquelles not. A.-S. Tabau et C. Cournil, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique (Cour du district de La Haye, 24 juin 2015, *Fondation Urgenda c/ Pays-Bas*) » ; v. égal. Partie 2, Titre 1, Section 2.3 - Propositions de réformes relatives à la chose commune – Leçon de droit comparé : Le *Public Trust* comme guide d'un régime juridique de la chose commune.

<sup>308</sup> F. ORSI, V° Faisceau de droits, art. préc.

<sup>309</sup> *Ibid.*

<sup>310</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 646 ; V. *infra* Partie 1, Titre 2, Section 2, Propriété publique et communalité et Partie 2, Titre 1, Section 3 – Propositions de réformes relatives aux biens publics.

En réalité, dans cette articulation, il dispose d'une grande marge d'appréciation et détermine largement l'intérêt de la communauté bénéficiaire, sans que celle-ci, ou une autre, soit également décisionnaire. Par exemple, lorsque par un arrêté du 8 août 2007 le maire de Paris accorde à la Fondation d'entreprise Louis Vuitton un permis de construire pour l'édification d'un bâtiment à usage de musée dans l'enceinte du Jardin d'acclimatation à Paris, il avance « qu'il a entendu assurer la réalisation sur le domaine public d'un projet destiné à enrichir le patrimoine culturel national, à renforcer l'attractivité touristique de la ville de Paris et à mettre en valeur le Jardin d'acclimatation »<sup>311</sup>. À la faveur d'une QPC, le juge constitutionnel lui donnera raison en estimant que, « dans ces conditions, la disposition contestée répond à un but d'intérêt général suffisant »<sup>312</sup>. On peut encore citer l'affaire de la terrasse Saint-Germain dans laquelle le projet de construction de l'autoroute l'emportera sur la protection de cette œuvre exceptionnelle de Le Nôtre. Intérêt général de la ville routière contre intérêt général culturel. Le second ne résistera pas.

Intégrer des communautés décisionnaires ou de contrôle, comme le droit de l'environnement en connaît parfois déjà, implique de ne pas en rester à cet unique pouvoir décisionnaire dès lors qu'un intérêt commun est reconnu ; d'articuler en conséquence les pouvoirs des instances ainsi identifiées<sup>313</sup>.

L'échelle de communalité binaire passait également sous silence la question de la temporalité et de la réversibilité de la volonté du décisionnaire. Or, cette question se pose, que ce soit à l'égard des biens publics ou des biens privés. Particulièrement, du côté du public, les processus d'affectation mis en mouvement par l'autorité publique peuvent être remis en question par cette dernière, avec plus ou moins de contraintes<sup>314</sup>. Reconnaître une communalité pousse alors à réfléchir sur cette instabilité<sup>315</sup>. Du côté des biens privés, une réflexion a également été menée sur ce point relativement aux techniques d'affectation volontaire<sup>316</sup>.

#### 4. Le caractère volontaire ou contraint

Enfin, il y avait également à faire apparaître le caractère contraint ou volontaire de l'affectation d'une chose ou d'un bien à un intérêt commun.

On a en effet principalement en tête les affectations contraintes : servitudes de conservation pour les monuments historiques ; exceptions et limitations légales aux droits des auteurs et inventeurs ; obligations diverses dans l'intérêt de la préservation de l'environnement, etc.

C'est pourtant faire peu de cas des possibilités ouvertes, anciennes comme récentes, d'affecter volontairement son bien à un intérêt commun. Ainsi, quant au propriétaire privé, son pouvoir sur la chose n'est pas nécessairement antinomique de la communalité : il a la faculté de considérer l'intérêt commun et de le ménager à l'égard de son bien. Par exemple, c'est cette affectation à l'intérêt commun qui sous-tend la théorie des licences libres ou *copyleft*, dans laquelle le pouvoir exclusif tiré du droit de propriété est précisément utilisé par son titulaire pour ouvrir l'usage de son bien, pour le communaliser au profit de tiers<sup>317</sup>. On peut encore évoquer les servitudes environnementales conventionnelles dans le droit américain et espagnol, par lesquelles le propriétaire d'un terrain s'engage à assurer la conservation de son bien, technique introduite en droit français sous la forme quelque peu différente de l'obligation

---

<sup>311</sup> Conseil const., Décision n° 2011-224 QPC du 24 février 2012, *Coordination pour la sauvegarde du bois de Boulogne* [Validation législative de permis de construire], § 5.

<sup>312</sup> Conseil const., Décision n° 2011-224 QPC du 24 février 2012, *Coordination pour la sauvegarde du bois de Boulogne* [Validation législative de permis de construire], préc.

<sup>313</sup> V. Partie 2, Titre 2 - Propositions de réformes relatives à la gouvernance de la communalité – Les prérogatives de gouvernance à reconnaître.

<sup>314</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 3 - Propositions de réformes relatives aux biens publics.

<sup>315</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 3 - Propositions de réformes relatives aux biens publics.

<sup>316</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 4 - Propositions de réformes relatives aux techniques d'affectation volontaire.

<sup>317</sup> V. *infra*, Partie 2, Titre 1, Section 4.4 - Les œuvres sous licences *copyleft*.

réelle environnementale<sup>318</sup>. Dans le même ordre d'idées, le propriétaire d'un bâtiment peut solliciter une protection au titre des monuments historiques ou encore y consentir. On observe d'ailleurs que 95% des classements au titre des monuments historiques se réalisent sur une base volontaire et, partant, que les servitudes réelles qui en découlent se trouvent consenties sur un mode volontaire. Néanmoins, par un « effet cliquet », une fois la décision de classement prise par l'administration, elle s'imposera aux propriétaires successifs du bien. Les techniques d'affectation volontaire sont ainsi multiples et sont plus particulièrement utilisées par les propriétaires de biens culturels ou environnementaux. On peut également citer les abandon des droits, contractualisation, souscription à des mesures de police spéciale, etc.

En définitive, sur le fondement de ces critères, il est possible de dégager trois socles de règles.

**Le premier socle** pourrait concerner l'impératif de conservation de choses et de préservation des conditions d'un renouvellement. Si la question de l'accès et la possibilité d'instituer un droit à la ressource participent de la logique des communs, il ne peut être en toute hypothèse imposé au propriétaire privé. A ce premier niveau, pourrait se dessiner une obligation de conservation d'un certain nombre de biens, généralisable à l'ensemble des propriétaires et également applicable aux choses non appropriées et non appropriables.

**Un deuxième niveau** inclurait des prérogatives d'accès voire de prélèvement ou d'utilisation (comme il en existe en droit public dans le domaine de la réutilisation des documents administratifs, de l'utilisation de l'image des biens publics et en droit privé dans le champ de la propriété intellectuelle). Pourraient ici se retrouver les propriétés publiques affectées (le domaine public, le patrimoine culturel et environnemental, etc.) et des propriétés privées qui, sur un mode volontaire, libèrent l'accès à la chose et son utilisation. On pense par exemple aux *Creative Commons* ou autres contrats d'art libre dans lesquels le propriétaire de l'œuvre décide de sa mise à disposition dans l'espace public.

**Un troisième niveau** pourrait s'inspirer de la notion de choix collectifs dégagée par Ostrom, qui pourrait inclure le pouvoir de désigner un bien comme relevant d'une logique de commun, en somme de décider de son affectation collective, et symétriquement de son retrait, mais aussi le pouvoir de participer à sa mise en œuvre et d'en contrôler les modalités.

À chacun de ces niveaux, et d'une façon transversale, les titulaires devraient disposer d'un pouvoir d'agir, qui pourrait être compris comme un pouvoir d'agir sur la tête des bénéficiaires directs, mais aussi des personnes qui, plus diffusément, ont un intérêt à la chose.

Ces trois niveaux de communalité devraient permettre, au stade de la description, d'identifier les déficits de communalité. On observe en l'occurrence que le troisième niveau n'est guère développé en France, y compris dans des propriétés à haut registre de communalité comme le domaine public. Norbert Foulquier fait par exemple observer que « considérés dans leur dimension procédurale impliquant une gestion collective ou au moins une participation du public aux décisions qui les concernent, les « communs » s'avèrent plus éloignés du domaine public.

À cet étage, les bénéficiaires deviennent, en partie des décisionnaires ou encore sont-ils mis en mesure d'exercer un contrôle sur le processus de décision. La question du processus de délibération est ici centrale.

Cette idée d'une modulation de la communalité a orienté un certain nombre des solutions proposées dans la seconde partie de ce rapport. Elle a donné lieu à la proposition de figures ou de techniques pour

---

<sup>318</sup> V. M. MEKKI, « *Conservation easements* en droit américain », in *Contrat et environnement en droit comparé*, Bruylant, 2015, p. 115 et s. ; V. Annexe 2, Leçon de droit comparé n° 3 : Les *Conservation Easements* dans les pays de *Common law*.

certaines transversales — comme le patrimoine commun ou les choses communes — ou plus spécifiques.

## **PARTIE 2 – PROPOSITIONS DE REFORMES POUR INTEGRER LES BIENS COMMUNS EN DROIT**

Au vu des enjeux, de la définition et des critères dégagés ci-avant, certaines voies de réformes peuvent être proposées. Elles concernent principalement, au premier abord, les champs de l'environnement, du patrimoine culturel et de l'information. C'est en effet dans ces domaines que des techniques existent déjà en droit positif, pouvant venir au soutien d'un intérêt commun et d'une inclusivité. Mais la perspective a été élargie pour tenter de monter en généralité et, au-delà de ces champs spécifiques, de cartographier les formes variables de communalité d'ores et déjà existantes en droit positif et de les renforcer éventuellement, voire d'en proposer d'autres. De façon générale, les changements pourraient ainsi passer par une (re)découverte de qualifications transversales, déclinées en qualifications plus spécifiques, susceptibles d'exprimer une communalité (**Titre 1**), puis par la reconnaissance de prérogatives de communalité (**Titre 2**).

### **Titre 1. Les qualifications de la communalité**

### **Titre 2. Les prérogatives de communalité**

## TITRE 1 – LES QUALIFICATIONS DE LA COMMUNALITE

Diverses qualifications portées déjà, ou sont à même, de porter l'expression d'une communalité. La première tient à celle de patrimoine commun : elle se trouve mobilisée à l'égard d'un certain nombre de biens ou de ressources culturelles et environnementales, mais pourrait justifier une application plus transversale (**Section 1**). Une deuxième qualification mobilisable tient en celle de chose commune. Elle est plus étroite à deux égards : au plan de l'intérêt commun, elle se concentre sur l'usage ; elle couvre le champ de l'inappropriable. Pour autant, elle mérite également d'être retravaillée d'une façon transversale, non sans justifier également de déclinaisons spécifiques (**Section 2**). La troisième qualification d'ores et déjà porteuse de communalité est celle de domaine public (administratif), concernant certains biens publics (**Section 3**). Il faut également compter, en quatrième lieu, avec les diverses techniques d'affectation volontaire et considérer les possibilités que certaines soient revisitées au service de la communalité, (**Section 4**).

D'un point de vue méthodologique et d'exposition, on précise que chacune de ces qualifications donne lieu, dans les développements qui suivent, à une présentation transversale, rappelant l'historique de la notion, sa définition et son régime actuel et conduisant à émettre des propositions de réformes générales, puis à des applications spéciales à des domaines ou ressources particuliers (selon les mêmes étapes).



## Section 1. Le patrimoine commun<sup>319</sup>

Au titre d'une première qualification porteuse de communalité, on compte la notion de patrimoine commun. Elle pourrait exprimer le degré minimal de communalité sous la forme d'un régime primaire (§1) (les propositions précises d'articles sont en annexe). Elle a été extrapolée et rendue transversale dans les propositions qui suivent à partir des domaines où elle existe déjà. Pour ces derniers, soit celui des biens culturels (§2), de l'eau (§3) et plus largement de l'environnement saisi comme le « patrimoine commun des êtres humains » (§4), on avancera également vers des propositions de régimes spéciaux plus poussées.

### §1. Proposition d'une qualification et d'un régime général primaire de patrimoine commun

La notion transversale de patrimoine commun pourrait exprimer le degré minimal de communalité. Il faut alors préciser que, au fondement de toutes ces réflexions, et plutôt que de proposer une notion entièrement nouvelle pour rendre compte du socle minimum de communalité, il a été préféré de se reposer sur la notion déjà travaillée en doctrine de patrimoine commun. Le choix de cette terminologie a l'avantage de créer un lien avec la notion de patrimoine commun de la nation, déjà présente en droit positif. Certes, le patrimoine commun, tel qu'il est envisagé ici, se fait plus large que la notion de patrimoine commun de la nation. À titre d'exemple, les biens culturels font partie du patrimoine commun mais ne sont pas qualifiés de patrimoine commun de la nation à l'heure actuelle. Le socle minimal identifié pour le patrimoine commun peut cependant s'appliquer automatiquement aux nombreux objets déjà qualifiés de patrimoine commun de la nation.

Il reste néanmoins à justifier pourquoi c'est précisément cette notion, parmi celles généralistes déjà existantes en droit positif, qui a été mobilisée. La première raison est qu'elle renvoie à l'idée d'un intérêt commun. La seconde tient en ce que, à la différence des choses communes de l'article 714 du Code civil, qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous, elle n'implique pas le caractère inappropriable ni des usages multiples, ni que « des lois de police règlent la manière d'en jouir » et partant l'intervention de l'État (cette notion de chose commune n'en sera pas moins sérieusement investie par la suite, dans la limite de son domaine<sup>320</sup>). Le patrimoine commun est ainsi apparu plus généralisable, d'autant qu'il existe déjà en droit positif et que ce socle existant pouvait être utilisé. On le retracera au-travers de son histoire et de ses occurrences dans le droit positif (1). On extrapolera alors des propositions de réformes prenant cette notion comme socle d'un régime primaire de patrimoine commun, transversal (2).

#### 1. Présentation « classique » de la notion de patrimoine commun

Dans une forme générale et transversale, la notion de patrimoine commun ne renvoie pas à une institution clairement identifiée du droit positif. Ce dernier connaît de certains « patrimoine commun de la nation »<sup>321</sup>, mais non d'une qualification générale de patrimoine commun.

---

<sup>319</sup> Rédacteurs : Marie CORNU, Florent MASSON, Noé WAGENER

<sup>320</sup> En ce sens, voir *infra* Section 2 - La chose commune.

<sup>321</sup> Pour le rapport entre ces deux notions, v. la discussion *infra*, n° 2.2.

## 1.1. La notion de patrimoine

Au préalable, on rappellera qu'en droit positif la notion de patrimoine est susceptible de recouvrir diverses acceptions juridiques, diversement déployées dans le champ du droit privé et du droit public<sup>322</sup>.

Dans un premier sens, quoique non codifiée, elle renvoie à une notion importante du droit civil systématisée par la doctrine allemande et importée ensuite en France pour être retravaillée sous les traits de la célèbre théorie d'Aubry et Rau. La proposition de réforme du livre II du Code civil reprend d'ailleurs en substance la notion tout en accueillant l'idée que la loi puisse y apporter des tempéraments. La définition du patrimoine prendrait place dans le Code civil, sous le titre I intitulé « du patrimoine et des biens qui le composent » : un nouvel article 519 énoncerait que « Le patrimoine d'une personne est l'universalité de droit comprenant l'ensemble de ses biens et obligations, présents et à venir, l'actif répondant du passif. Toute personne physique ou morale est titulaire d'un patrimoine et, sauf si la loi en dispose autrement, d'un seul ». Cette appréhension de la notion rejoint l'approche économique qui voit dans le patrimoine un ensemble de richesses et de valeurs même si elle s'en démarque dans la mesure où le patrimoine au sens juridique se définit comme une universalité incluant actifs et passifs, les seconds appelés à répondre des premiers. Il est en ce sens le « reflet économique de la personne »<sup>323</sup>.

Dans un deuxième sens, cette fois-ci réapproprié par le droit public, le patrimoine s'entend d'un ensemble de biens de valeur symbolique (historique ou artistique). Ces biens sont depuis peu définis dans le Code du patrimoine et désignent des biens culturels tels que les monuments historiques, les collections de musées, l'archéologie, etc.

Dans un troisième sens, plus proche du deuxième que du premier, le terme de patrimoine a aussi été utilisé plus largement, pour désigner des choses marquées par un intérêt commun et destinées à être conservées pour les générations présentes, mais surtout pour celles futures. Plus précisément encore, c'est la formule de « patrimoine commun de la nation » qui a souvent été choisie dans les textes français à cette fin. Dans cette troisième acception, la notion de patrimoine semble alors proche de celle que propose le Code du patrimoine : même si les textes n'en définissent pas les critères (ils décrètent qu'une chose appartient au patrimoine commun, mais ne disent pas ce qu'est le patrimoine commun), ils suggèrent la présence d'un intérêt commun. Le périmètre de cette acception est cependant plus large que celui du patrimoine culturel et recouvre des réalités diverses : la culture, l'environnement, le territoire, la langue, etc. Cette vocation à la généralité peut ainsi en faire une qualification utile et c'est pourquoi il faut poursuivre l'analyse et se pencher plus avant sur le sens de cette notion, sur son effectivité et sur son aptitude à se changer en notion transversale.

## 1.2. L'historique de la notion de patrimoine commun

Le « patrimoine commun » fait en effet partie des expressions ayant bénéficié depuis plusieurs décennies d'une forte dissémination au sein des énoncés juridiques, en particulier sous l'impulsion du droit international.

En 1931 déjà, le secrétaire général de l'Office international des musées, Euripide Foundoukidis, évoquait « la nouvelle conception qui se fait jour depuis quelque temps et qui tend à considérer certains monuments d'art comme appartenant au patrimoine commun de l'humanité » ; il soutenait qu'« il y a là en formation un nouveau principe de droit international dans le domaine artistique »<sup>324</sup>. Mais c'est au nom d'Arvid Pardo que le « patrimoine commun de l'humanité » reste d'abord et avant tout attaché,

---

<sup>322</sup> Sur ces différentes acceptions du patrimoine, v. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Paris, 2011, p. 351 et s.

<sup>323</sup> F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine », *RTD civ.*, 1996, p. 826.

<sup>324</sup> E. FOUNDOUKIDIS, « Mouseion », *Revue internationale de muséographie*, 1931, n° 15, p. 97.

après que ce représentant maltais auprès de l'Organisation des Nations Unies, ait, début novembre 1967 et lors d'une réunion de la première commission de l'Assemblée générale des Nations Unies consacrée à l'étude du futur régime du fond et du sous-sol des océans, donné l'impulsion décisive pour que cette notion de « patrimoine commun de l'humanité » soit juridiquement investie.

Or cette attribution presque systématique de la paternité de la notion de « patrimoine commun de l'humanité » à Pardo – plutôt, parmi mille autres exemples, qu'aux rédacteurs de l'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale, qui proclame, un an plus tôt (le 4 novembre 1966, lors de la 14<sup>e</sup> session de la Conférence générale de l'UNESCO), que « [...] toutes les cultures font partie du patrimoine commun de l'humanité » –, s'explique par une raison bien précise : la plupart des auteurs considèrent que ce n'est qu'au travers de la question des fonds marins que le « patrimoine commun de l'humanité » a dépassé la teneur exclusivement symbolique des précédentes manifestations de l'expression, en ce sens qu'avec les fonds marins, le « patrimoine commun de l'humanité » devient une notion de droit, à laquelle est attaché un régime juridique. Ainsi, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, signée le 10 décembre 1982 à Montego Bay lors de la troisième conférence sur le droit de la mer, stipule non seulement que « la Zone [internationale du fond des mers et des océans, qui comprend les fonds marins et les sous-sols de la haute mer] et ses ressources sont le patrimoine commun de l'humanité » (article 136), mais développe aussi un régime juridique en conséquence : l'exercice de toute forme de souveraineté et d'appropriation de la « Zone et de ses ressources » est interdit, dans la mesure où c'est « l'humanité tout entière » qui est investie de « tous les droits sur les ressources de la zone » (article 137)<sup>325</sup>.

Sur la base de ces énoncés juridiques en cours d'émergence, un véritable travail doctrinal de systématisation est produit. Estimant « assister à la naissance d'une institution porteuse d'une immense avancée du droit international »<sup>326</sup>, plusieurs auteurs s'attachent en particulier à dégager les caractéristiques d'une notion proprement juridique, celle de « patrimoine commun de l'humanité », et opèrent un bond doctrinal particulièrement audacieux : plutôt que d'étudier le régime juridique des grands fonds marins et de la Lune – des choses accessoirement qualifiées de « patrimoine commun de l'humanité » –, ils entendent analyser le régime juridique du « patrimoine commun de l'humanité » – une notion accessoirement applicable aux grands fonds marins et à la Lune. En d'autres termes, au départ de leur démarche, ces auteurs font le choix fort de postuler l'autonomie de la notion juridique de « patrimoine commun de l'humanité » par rapport à ses « lieux » d'émergence déterminés (grands fonds marins et Lune). C'est dans cette perspective qu'il faut replacer, en particulier, la célèbre synthèse sur le « patrimoine commun de l'humanité » que le professeur Alexandre Kiss proposa à l'Académie de droit international de La Haye<sup>327</sup>. Kiss y énonça une définition *proprement juridique* du « patrimoine commun de l'humanité », s'exprimant au travers de quatre critères : 1<sup>o</sup> d'abord, les États ne peuvent ni s'approprier ni acquérir de droits souverains sur celui-ci, mais tous peuvent l'utiliser ; 2<sup>o</sup> ensuite, seuls des usages à des fins pacifiques sont autorisés et l'utilisation des ressources qu'il contient doit être rationnelle et permettre leur préservation et leur renouvellement ; 3<sup>o</sup> en outre, il doit être géré par l'ensemble des États ou par l'intermédiaire d'une institution internationale ; 4<sup>o</sup> enfin, les avantages tirés de l'utilisation du patrimoine commun de l'humanité doivent être équitablement répartis entre les différents États, quel que soit leur niveau de développement. Dans ces conditions, le « patrimoine commun de l'humanité » mue en un véritable outil « métajuridique » : l'objectif n'est pas d'identifier les différentes occurrences de

---

<sup>325</sup> Plus ou moins au même moment, un dispositif juridique relativement proche est retenu s'agissant de la Lune. L'Accord régissant l'activité des États sur la Lune et les autres corps célestes, ouvert à la signature le 18 décembre 1979, prévoit en effet que « la Lune et ses ressources naturelles constituent le patrimoine commun de l'humanité », et décide que la Lune ne peut pas être appropriée, qu'elle peut être explorée librement par tous sans discrimination, que son utilisation doit avoir un but purement pacifique et que ses ressources ne peuvent être exploitées qu'en conformité avec un régime international qui devra être établi aussitôt que l'exploitation sera envisageable.

<sup>326</sup> Ph. KAHN, « Les patrimoines communs de l'humanité : quelques réflexions », in M. PRIEUR et C. LAMBRECHTS, *Les hommes et l'environnement. Quels droits pour le XXI<sup>ème</sup> siècle ? Études en hommage à Alexandre Kiss*, Paris, Frison-Roche, 1998, p. 307.

<sup>327</sup> A. KISS, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *RCADI*, 1982, t. II, vol. 175, p. 99-256.

l'expression de « patrimoine commun de l'humanité », mais, plutôt que de s'appesantir sur l'exactitude de la terminologie du droit positif, de faire l'inventaire de toutes les situations qui peuvent se rattacher à la notion juridique nouvellement isolée, afin de dégager les traits communs de leur régime. C'est la raison pour laquelle, en particulier, nombre d'auteurs n'hésitent pas à parler de « patrimoine commun de l'humanité » pour évoquer des situations dans lesquelles, pourtant, les textes juridiques pertinents se gardent bien de recourir à l'expression (il en va ainsi, par exemple, de l'Antarctique).

Une telle démarche est volontiers assumée par Alexandre Kiss lui-même. Comme il l'expliquera très bien des années plus tard, la notion de « patrimoine commun de l'humanité » qu'il entendait dégager de la multitude confuse des faits que charrie le droit international est, selon ses termes, un pur « concept »<sup>328</sup>. Or, dans son esprit, les concepts « ne peuvent pas être appliqués directement, mais sont sous-jacents à toutes les règles formant l'ordre juridique », en ce sens que l'ordre juridique repose sur eux, quand bien même ils ne sont pas toujours formulés expressément par cet ordre juridique lui-même (à l'instar de l'intérêt général de l'humanité, du droit des générations futures et de la responsabilité commune, mais différenciée, et à la différence des « principes fondamentaux du droit international de l'environnement » tels que la souveraineté et le respect de l'environnement à l'extérieur des limites de la juridiction nationale, la coopération internationale pour protéger l'environnement ou encore le principe du pollueur-payeur).

Ce type de démarche scientifique, si elle a été très puissante, a néanmoins produit une conséquence non négligeable, qui *présente un inconvénient fort dont les présentes propositions entendent précisément s'extraire* : au nom d'un surcroît de rigueur dans l'usage de la notion, la doctrine contribue, par son action, à figer le « patrimoine commun de l'humanité » autour du principe de non-appropriation. La force de dissémination de la notion de « patrimoine commun de l'humanité » dans les énoncés juridiques s'en trouve alors freinée. Si l'on reprend l'exemple de la Convention de Montego Bay, on ne peut pas y trouver, par la vertu du travail doctrinal précédemment décrit, la formule suivante : « Les grands fonds marins sont le patrimoine commun de l'humanité et leur régime juridique interdit toute propriété et toute souveraineté particulières ». Celle-ci a en effet été transformée en une formule du type : « Le patrimoine commun de l'humanité est une qualification juridique applicable, entre autres choses, aux grands fonds marins, qui implique, en tant que telle, l'interdiction de toute propriété et de toute souveraineté particulières ». *Il s'ensuit que les qualifications ultérieures de « patrimoine commun de l'humanité » seront contestées chaque fois qu'elles n'interdiront pas l'appropriation et l'exercice de droits souverains*. Ainsi, c'est précisément pour ne pas déclencher l'interdiction de la propriété et de la souveraineté que la Convention sur la diversité biologique, ouverte à la signature à Rio le 5 juin 1992, n'a pas retenu la notion de « patrimoine commun de l'humanité », privilégiant la formule selon laquelle « la conservation de la diversité biologique est une préoccupation commune à l'humanité », affirmation aussitôt suivie par le rappel que « les États ont des droits souverains sur leurs ressources biologiques ». Et c'est précisément pour les mêmes raisons que la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme du 11 novembre 1997 affirme l'appartenance du génome au « patrimoine de l'humanité », et non au « patrimoine commun de l'humanité », en précisant, qui plus est, que cette qualification est entendue « dans un sens symbolique ».

De là procède, semble-t-il, l'idée fermement ancrée depuis les années 1980 que l'on trouve deux acceptions bien différentes du « patrimoine commun » en droit international : *une acception juridique*, qui fait, nous l'avons vu, du « patrimoine commun » un « véritable statut juridique de biens sur lesquels ne s'exercerait aucune souveraineté étatique jusqu'à leur conquête » et réalise « une appropriation collective au profit de l'humanité »<sup>329</sup> ; et *une acception symbolique*, qui consisterait, elle, en une forme de dévoiement – presque une trahison – de la précédente acception.

<sup>328</sup> A. KISS et J.-P. BEURIER, *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, 2000, 2<sup>e</sup> éd., p. 129.

<sup>329</sup> C. GROULIER, « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA*, 2005, p. 1034.

C'est à cette seconde acception qu'il faut rattacher, toujours du côté du droit international, les différentes occurrences du « patrimoine commun » ou de ses avatars en droit de la culture, comme, par exemple, la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, signée à La Haye le 14 mai 1954, qui affirme que « les atteintes portées aux biens culturels, à quelque peuple qu'ils appartiennent, constituent des atteintes au patrimoine culturel de l'humanité entière » ; la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, signée à Paris le 16 novembre 1972, qui soutient, dans son préambule, que « certains biens du patrimoine culturel et naturel présentent un intérêt exceptionnel qui nécessite leur préservation en tant qu'élément du patrimoine mondial de l'humanité tout entière » ; ou encore la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, adoptée à Paris, le 20 octobre 2005 par la Conférence générale de l'UNESCO réunie pour sa 33<sup>e</sup> session, qui pose pour principe que « la diversité culturelle constitue un patrimoine commun de l'humanité ». Dans toutes ces hypothèses, l'idée communément admise consiste à considérer qu'on se trouve en présence de choses appropriées ou soumises à une souveraineté – autrement dit, de choses objets de droits exclusifs – qui, de ce fait, n'appartiennent effectivement au « patrimoine commun de l'humanité » qu'à titre symbolique.

Ce même débat traverse, dans des termes extrêmement proches, le droit français, depuis que la notion de « patrimoine commun de la nation » y a été introduite. On sait que la première occurrence du patrimoine commun de la nation procède directement de la décentralisation du début des années 1980 : la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 sur la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État proclame en entame du Code de l'urbanisme que le territoire est patrimoine commun de la nation. Bien d'autres emplois du concept vont suivre. Agathe Van Lang en souligne l'utilisation croissante<sup>330</sup>, en particulier à partir des années 1990 où le terme de patrimoine commence à revenir dans les vocabulaires du droit de l'environnement, comme signe de renforcement de la protection. La loi n° 95-101 du 2 février 1995 est ainsi connue pour introduire une référence au patrimoine commun, dans une vision englobante, codifiée depuis à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement. En vertu de ce texte, « Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation ». L'approche culminera avec la reconnaissance, dans le préambule de la Charte constitutionnelle de 2005, de l'environnement comme « patrimoine commun des êtres humains »<sup>331</sup>. D'autres textes plus sectoriels appréhendent des types plus spécifiques de patrimoines ou d'objets<sup>332</sup>. L'eau<sup>333</sup>, le milieu marin<sup>334</sup>, les ressources génétiques<sup>335</sup> sont aussi qualifiés de patrimoine commun de la nation. Si le mot patrimoine commun n'est pas toujours là, la chose y est pour un certain nombre d'autres éléments. Les ressources halieutiques sont par exemple qualifiées de patrimoine collectif<sup>336</sup>. Cette expression du collectif se retrouve également dans les lois sur la langue avec les mentions selon lesquelles « la langue de la République en vertu de la Constitution, la langue française est un élément fondamental de la personnalité et du patrimoine de la France » ou encore « Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France »<sup>337</sup>. Bien entendu, le patrimoine culturel au sens du Code du patrimoine peut être rapproché de cette notion de patrimoine commun quand bien même les textes n'ont pas recours à cette qualification. Son appartenance commune, l'idée qu'il renvoie puissamment à l'intérêt de la

---

<sup>330</sup> A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 4<sup>ème</sup> éd., PUF, 2016, n° 211.

<sup>331</sup> Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (JORF n° 0051 du 2 mars 2005 page 3697).

<sup>332</sup> Sur cette histoire de l'évolution de l'intégration de la notion de patrimoine commun en droit interne et plus largement sur sa signification, M. DEFFAIRI, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, IRJS éd., Collec. André Tunc, tome n° 61, p. 36 et s.

<sup>333</sup> Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, codifiée, art. L. 210-1 Code de l'environnement. V. *infra*.

<sup>334</sup> Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

<sup>335</sup> Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

<sup>336</sup> Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, codifié, art. L. 911-2 du Code rural.

<sup>337</sup> Art. 75-1 Const.

collectivité que forme la nation ne fait guère de doute. La mention introduite à propos des trésors nationaux d'éléments d'intérêt majeur pour le patrimoine national en est un des signes<sup>338</sup>. François-Guy Trébulle les range en l'occurrence explicitement dans le patrimoine commun<sup>339</sup>. On pourrait encore convoquer l'article 410-1 du Code pénal qui intègre le patrimoine culturel parmi « les intérêts fondamentaux de la nation ». De ce tour d'horizon qui montre l'extrême diversité des objets saisis par cette catégorie du patrimoine commun, quels traits communs dégager de cette notion ?

Il est bien sûr possible de voir dans cette forte dissémination de la notion de « patrimoine commun », qu'il soit de la nation ou de l'humanité, la marque de la plus grande confusion, entre une acception juridique et une acception symbolique. Rien n'interdit, cependant, de prendre au sérieux la dissémination de l'expression dans les énoncés juridiques, en décelant dans ces multiples occurrences les manières complexes dont le registre du commun prend *d'ores et déjà place en droit positif*. Ce ne sont rien moins que des micro-réseaux de droit d'usage et de contrôle, débordant les découpages issus de la propriété et de la souveraineté, qui apparaissent à l'œuvre, et sur lesquels il faut prendre appui pour en déployer tout le potentiel.

### 1.3. La relation entre patrimoine commun et choses communes

On a précédemment expliqué pourquoi le « patrimoine commun » avait été préféré à la chose commune pour porter la notion minimale et transversale de communalité. Il faut toutefois préciser les relations qu'elles sont appelées à entretenir. D'une part, les deux notions ne sont pas équivalentes du point de vue de leur domaine : les choses communes appellent un régime juridique applicable à certaines choses, qui repose sur une non-appropriation ; la qualification de chose commune est donc incompatible avec un régime d'appropriation, comme une propriété privée ou le rattachement au domaine public. Inversement, dire d'une chose qu'elle intègre un patrimoine commun ne dit rien de son appropriation ; la qualification se *superpose* aux qualifications déjà existantes en vue de marquer une destination collective particulière et peut s'appliquer à des choses appropriées. Cette structure a d'ailleurs pu être rapprochée de la notion médiévale de domaine éminent se superposant aux différents domaines utiles<sup>340</sup>. Un bien faisant l'objet d'une propriété privée peut donc être rattaché au patrimoine commun, de même qu'un bien relevant du domaine public. Mais d'autre part et pour cette raison, une chose commune peut aussi être rattachée à un patrimoine commun (c'est par exemple le cas des eaux courantes non domaniales). Le patrimoine commun se fait donc plus englobant que la chose commune, et peut même en attirer.

### 1.4. Les éléments d'identification du patrimoine commun à l'échelle nationale

Si l'on se tient désormais au droit interne, on peut dégager plusieurs critères qui orienteront le législateur vers l'identification d'une chose comme susceptible d'intégrer le patrimoine commun à l'échelle nationale<sup>341</sup>.

D'une part, la notion, on l'a dit, exprime l'idée d'un intérêt commun. Cet intérêt se relie à des valeurs diverses, désormais socialement instituées comme communes : environnementales, culturelles, vitales ; des générations présentes et futures. Cette notion d'intérêt commun ne doit pas être confondue avec la notion d'intérêt collectif ou d'intérêt général<sup>342</sup>. Les nuances et les justifications amenant à distinguer

---

<sup>338</sup> Art. L.111-1 du CP.

<sup>339</sup> F.-G. TREBULLE, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », in *Études offertes au Professeur Philippe Malimaud*, Litec, Paris, 2007, p. 659.

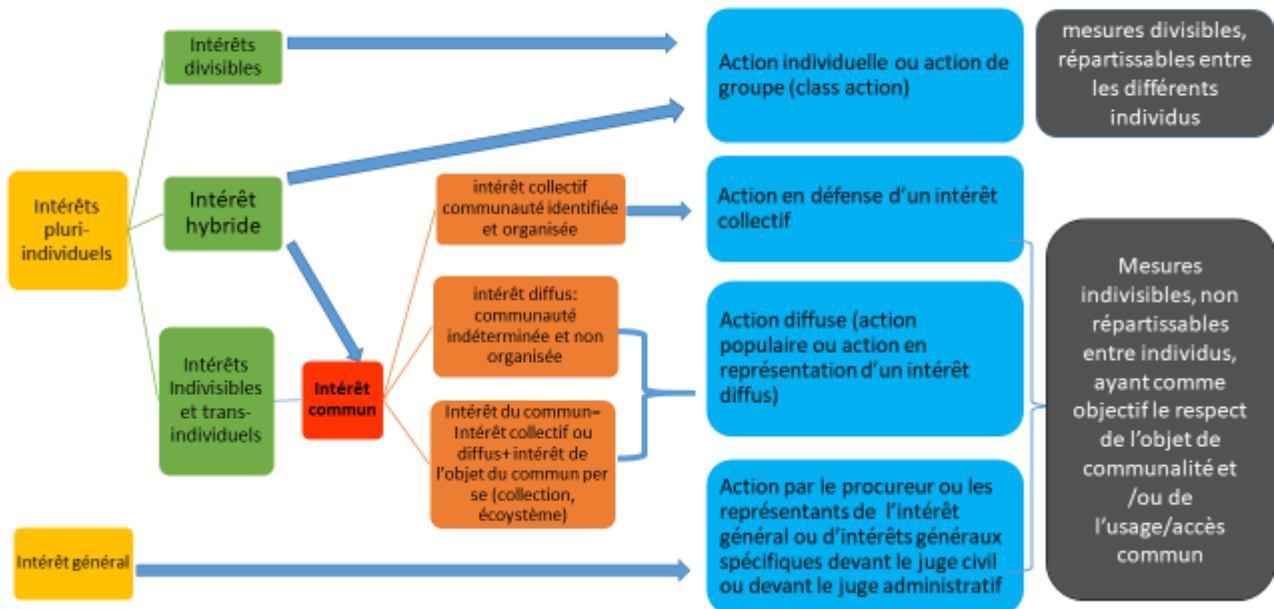
<sup>340</sup> C. GROULIER, « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA*, 2005. 1034 ; F.-G. TREBULLE, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », *Mélanges Malimaud*, *op. cit.*, p. 659 et s.

<sup>341</sup> Sur ce développement de la notion en droit interne, M. DEFFAIRI, *op. cit.*, p. 36 et s.

<sup>342</sup> V. *supra*, Partie 1.

entre ces différents termes ont étudiées ci-avant et seront précisées dans une autre partie du présent rapport, mais le schéma ci-dessous permet de saisir immédiatement les propositions terminologiques opérées, ainsi que les conséquences procédurales qui en découlent :

### Proposition de classification des intérêts et actions en défense



Le schéma permet également d'être plus précis dans la caractérisation de cet intérêt commun attaché au patrimoine commun. Le patrimoine commun est d'abord porteur d'un *intérêt diffus*, en ce qu'il concerne des communautés souvent indéterminées et non organisées. De plus, le patrimoine commun est porteur d'un *intérêt du commun*, qui se manifeste notamment dans l'impératif de conservation. Enfin, il est probable que pour certains objets relevant du patrimoine commun, l'intérêt en cause ne soit pas seulement commun, mais également hybride, c'est-à-dire qu'il intègre aussi des intérêts divisibles pouvant donner lieu à des mesures dont peuvent bénéficier les différents individus, en plus des intérêts transindividuels indivisibles.

Grâce à cette cartographie des intérêts protégés, les différents principes reconnus sur des éléments saisis comme patrimoine commun peuvent se voir attribuer des actions dédiées. Par exemple, dans le cas de l'eau, le principe d'usage raisonnable<sup>343</sup> relève d'un intérêt hybride : l'action pourra donc prendre la forme soit d'une action diffuse, soit d'une action individuelle ou d'une action de groupe.

La principale facette de cet intérêt commun tient plus précisément en une nécessité de transmission et ainsi de conservation. La notion porte l'idée que ces choses sont en risque de disparition et qu'il convient d'assurer leur maintien ou leur renouvellement. Selon François-Guy Trébulle, « le propre du patrimoine commun est qu'il ne doit pas être dilapidé, mais tout au contraire transmis à ceux qui ne sont pas encore là et qui ont vocation à venir, à en jouir et à le transmettre à leur tour »<sup>344</sup>. Sous cette perspective, la Charte de l'environnement de 2004 précédemment évoquée a repris à son compte la notion de

<sup>343</sup> V. *Infra*.

<sup>344</sup> F.-G. TRÉBULLE, *op. cit.*, p. 661.

patrimoine commun, proclamant que l'environnement est « le patrimoine commun des êtres humains » et a explicitement inscrit le projet de préservation dans le sillage du développement durable<sup>345</sup>. D'autre part, à l'échelle nationale toujours, le patrimoine commun est une notion spatialisée, contrairement au patrimoine commun de l'humanité : c'est la nation qui est concernée par la préservation de cet intérêt commun, dans une approche tout aussi transgénérationnelle et arrimée à un principe solidariste<sup>346</sup> (dont on trouve une même expression en droit international dans le patrimoine commun de l'humanité<sup>347</sup>).

Enfin, le patrimoine commun ne se réduit pas, juridiquement, à une relation entre le propriétaire et sa chose. Non seulement il y a potentiellement, dans le patrimoine commun, des choses inappropriées, mais lorsque les choses sont appropriées, d'autres droits ou intérêt ont vocation à s'exercer, en particulier des droits d'usages. En conséquence, la coprésence de ces droits et intérêts impose de procéder à des arbitrages. L'État entendu au sens large, y incluses les collectivités territoriales dans le cadre de leurs compétences, a de ce point de vue un rôle à jouer de même qu'il en a un dans « l'identification, l'administration, la conservation de ce patrimoine »<sup>348</sup>. François-Guy Trébulle voit dans ce qu'il analyse comme des restrictions au droit de propriété, la consécration d'une maîtrise concurrente sur la chose et l'existence d'un nouveau « domaine universel »<sup>349</sup>. Pour autant, le patrimoine commun ne se réduit pas à un espace d'arbitrage de maîtrises concurrentes. Les droits exercés sur la chose doivent aussi servir l'intérêt commun : le patrimoine commun est une forme de « combinaison entre droits privatifs et intérêt collectif »<sup>350</sup> ; Dans ce sens, certains ont avancé que ce que protège le patrimoine commun ce sont des valeurs non marchandes. Ces patrimoines communs « sont, dans une certaine mesure, “anti-économiques” ». Ils sont constitués pour soustraire les ressources qu'ils intègrent (qu'elles soient naturelles ou culturelles, etc.) à un usage désorganisé de tous – dans le cas des *res nullius* –, mais également à une circulation marchande ordinaire »<sup>351</sup>. Il y aurait une part d'indisponibilité de ces choses. Et le fait est que les différentes manifestations du patrimoine commun concernent des biens soumis dans des formes variables à des contraintes d'indisponibilité en vertu de régimes spéciaux de protection (par exemple l'eau).

De tous ces éléments de caractérisation, se dégage, en trame de fond, l'idée d'une responsabilité collective<sup>352</sup>. Il n'en reste pas moins à comprendre quelle est la force juridique concrète de cette qualification.

### 1.5. La force juridique du patrimoine commun

Qu'emporte concrètement comme effet juridique la désignation d'une chose ou d'un bien comme patrimoine commun, distinctement du statut auquel il est soumis ? Doit-on notamment considérer qu'il est patrimoine commun parce que, en vertu de son statut spécial, il obéit à un régime qui le fait considérer comme un patrimoine commun ? Dans cette première approche, un bien classé monument

---

<sup>345</sup> Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (JORF n° 0051 du 2 mars 2005 page 3697).

<sup>346</sup> En ce sens, J. ATTARD, « Le fondement solidariste du concept environnement patrimoine commun », *RJE*, 2/2003, pp. 161-176.

<sup>347</sup> S. PAQUEROT, *Le statut des ressources vitales en droit international : essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, 2002, p. 59 ; M. FLORY, « Le patrimoine commun de l'humanité dans le droit international de l'environnement » in *Droit et environnement*, PUAM 1995, p. 44, qui avance l'idée que « le patrimoine commun est analysé comme une source de richesse qu'il s'agit de gérer au bénéfice de l'humanité présente et future ».

<sup>348</sup> F.G. TREBULLE, *op. cit.*, p. 661.

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 675.

<sup>350</sup> J. ATTARD, art. préc., p. 165.

<sup>351</sup> J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 393.

<sup>352</sup> Elle est aussi fortement présente en droit international, M. FLORY, « Le patrimoine commun de l'humanité dans le droit international de l'environnement », art. préc., p. 39.



historique au sens du Code du patrimoine ou un site naturel protégé par le Code de l'environnement, en vertu des servitudes d'utilité publique qui pèsent sur eux au service d'un intérêt général, devrait mécaniquement être qualifié de patrimoine commun.

En deuxième analyse néanmoins, la désignation par le législateur de patrimoine commun ne serait-elle pas plutôt là pour justifier l'intervention de l'État et la limitation des droits sur la chose, voire son appropriation publique ? La qualification précéderait alors les effets. C'est peut-être en ce sens que l'on peut lire la réforme du droit de l'archéologie qui, au nom du patrimoine commun, nationalise à terme les gisements, vestiges immobiliers et mobiliers<sup>353</sup>. Dans ce montage, la justification de la propriété publique est explicitement tirée du caractère de patrimoine commun du sous-sol à valeur historique.

Selon une troisième voie enfin, il s'agit au contraire de prendre cette notion de patrimoine commun comme une catégorie juridique autonome chargée d'un contenu obligationnel propre. C'est celle que l'on a choisie. On sait pourtant que la doctrine est partagée sur la portée juridique de ce label de patrimoine commun. Peu ou prou, tous s'entendent pour admettre que ce signalement renvoie à l'expression de valeurs collectives<sup>354</sup> et que les biens ainsi qualifiés ne se réduisent pas à la relation exclusive entre le propriétaire et sa chose. Les avis divergent cependant lorsqu'il s'agit d'y attacher des conséquences juridiques. Dans la doctrine civiliste majoritaire, le patrimoine commun n'est guère qu'une formule incantatoire, une notion qui se dérobe<sup>355</sup>. Mais certains auteurs minoritaires ont vu les potentialités de la notion, et particulièrement dans le champ du droit de l'environnement : le patrimoine commun pourrait constituer un « fondement dans la reconnaissance d'un intérêt collectif de protection de l'environnement »<sup>356</sup>. Reliée à la doctrine solidariste développée par Léon Duguit, elle offrirait « une sorte de nouveau modèle, une voie médiane entre libéralisme et collectivisme »<sup>357</sup>. Isabelle Savarit, en partant du constat que la notion ne se pense pas comme une propriété, avance qu'il s'agit d'une notion fonctionnelle fondée sur la solidarité, qui permettrait, de par sa référence symbolique, de renforcer l'identité collective<sup>358</sup>. Proclamer que le patrimoine appartient à tous, n'est-ce pas le moyen de regrouper tous les individus d'une même nation autour d'un bien collectif ?<sup>359</sup> Il y aurait un aspect unificateur et fédérateur dans cette notion<sup>360</sup>. Et l'auteur de considérer que si « rien ne permet de dire si le législateur a entendu conférer à l'expression une valeur juridique », cette « expression à forte connotation philosophique n'exclut pas le droit ». Bien au contraire, le patrimoine commun de la nation paraît contenir les germes d'un véritable principe général du droit<sup>361</sup>. Ainsi le patrimoine, droit subjectif de la nation crée-t-il des obligations à la charge des individus ». Elle serait de nature à produire « des devoirs à la charge des générations présentes et un contrôle de l'autorité-nation » agissant en qualité de gérante provisoire<sup>362</sup>. Meryem Deffairi, tout en concédant que la notion comporte une large part d'indétermination, y voit une qualification métajuridique : « Le patrimoine commun entendu comme la primauté de l'exigence collective de protection de l'environnement serait alors le fondement permettant

---

<sup>353</sup> Loi sur la liberté de création, l'architecture et le patrimoine, du 7 juillet 2016.

<sup>354</sup> En ce sens, I. SAVARIT, « Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ? », *RFDAdm.* 14 (2) mars-avril 1998, p. 306.

<sup>355</sup> M. REMOND-GUILLOUD, « L'avenir du patrimoine », *Esprit*, novembre 1995, p. 60 ; F. TERRE, « L'inutile et l'injuste », dans *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 865.

<sup>356</sup> M. DEFFAIRI, p. 39.

<sup>357</sup> En ce sens, J. ATTARD, « Le fondement solidariste du concept environnement patrimoine commun », *RJE*, 2/2003, pp. 161-176. V. aussi I. SAVARIT, F.G. TREBULLE, précités.

<sup>358</sup> *Ibid.*, p. 308.

<sup>359</sup> *Ibid.*, p. 310.

<sup>360</sup> *Ibid.*, p. 311.

<sup>361</sup> Dans ce sens, J. MORAND-DEVILLER, « Commentaire de la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement », *AJDA* 1995.439.

<sup>362</sup> I. SAVARIT, *op. cit.*, p. 316.

aux autorités d'exiger que tous les droits individuels servent cet intérêt collectif »<sup>363</sup>. Cette notion est susceptible de générer « des devoirs à caractère collectif »<sup>364</sup>.

Mais c'est là qu'il faut regarder de plus près cette charge juridique potentielle. Si l'on part en effet de l'idée que le patrimoine commun est une notion juridique autonome distincte des régimes spéciaux des biens qu'elle désigne, s'ouvre la question de savoir quels droits et obligations découlent de cette qualification. Quels en sont les titulaires ? Quelle forme prend cette subordination à l'intérêt commun ? Qui en assure le contrôle social ? Quelles responsabilités et sanctions en cas de défaillance ou de comportements attentatoires à la ressource ? Ce sont autant d'interrogations qui demeurent, même si le juge a pu mobiliser ce ressort du patrimoine commun, par exemple dans l'affaire *Erika* pour dégager un principe objectif de réparation des atteintes portées à ce patrimoine commun<sup>365</sup>. Un principe de responsabilité pourrait de cette jurisprudence être tiré de la notion de patrimoine commun.

Cherchant à surmonter ces fragilités, certains ont pu avancer des pistes de réflexion. Jérôme Attard explore ainsi certaines possibilités d'évolution, tout en marquant la fragilité de la construction. Il propose d'« améliorer l'information du public », passant de « l'information à l'action », « d'autoriser chacun à exercer un contrôle social ». Meryem Deffairi creuse la question du « lien entre les usages de la nature, en droit, et le concept de patrimoine commun »<sup>366</sup>. Selon l'auteure, « le patrimoine commun pourrait trouver dans la protection de droits d'usage une manifestation acceptable, un remède pour rompre la malédiction qui le condamne à une portée incantatoire »<sup>367</sup>. Elle y voit une formule malléable dans la recherche d'une protection accrue de l'environnement<sup>368</sup>. Les propositions de réformes présentées ci-dessous s'inscrivent ainsi dans cet effort de construction en attachant au patrimoine commun une exigence de conservation, un droit à la participation et à l'information et enfin un principe de non-régression.

## 2. Propositions de réformes pour un régime primaire de patrimoine commun<sup>369</sup>

Au fondement des constats effectués, en effet, on peut désormais tenter d'établir un socle commun de règles qui pourrait constituer le premier échelon de communalité, soit un régime primaire minimal qui s'appliquerait dès qu'une communalité serait identifiée. Des régimes spéciaux, applicables en fonction des objets (les biens culturels, l'eau, le domaine public informationnel, etc.) et recoupant ceux existants, ainsi que les apports d'autres qualifications (chose commune ou affectation volontaire) pourraient également s'appliquer et aller plus loin dans la charge de communalité. La notion générale de patrimoine commun n'a donc pas vocation à *remplacer* les qualifications déjà existantes (choses communes, biens publics, etc.), mais de s'y ajouter : c'est une notion transversale qui permet de signaler un premier niveau d'intérêt commun et d'inclusivité et d'y rattacher un régime primaire applicable en toutes circonstances.

### 2.1. Nommer la qualification transversale de « patrimoine commun »

---

<sup>363</sup> M. DEFFAIRI, *op. cit.*, p. 39.

<sup>364</sup> J. ATTARD, *op. cit.*, p. 169.

<sup>365</sup> Affaire dans laquelle, l'atteinte à l'intégrité du patrimoine naturel fonde la responsabilité des acteurs dans la production de cette catastrophe écologique (Cass. crim., 25 septembre 2012, selon P. Delebecque l'apport le plus marquant de cet arrêt qui a conduit à l'introduction de la notion de préjudice écologique dans le Code civil, p. 174), V° « Bien commun, approche juridique », *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017.

<sup>366</sup> M. DEFFAIRI, *op. cit.*, p. 746.

<sup>367</sup> *Ibid.*, p. 746.

<sup>368</sup> *Ibid.*

<sup>369</sup> Pour la formalisation de cette proposition, cf. Annexe 1, 1. Propositions de réformes relatives au patrimoine commun.

Quant à la qualification retenue, il est tout d'abord nécessaire d'expliciter les raisons pour lesquelles il a été choisi de ne pas s'en tenir au seul « patrimoine commun de la nation » pour une notion plus large de « patrimoine commun » et les conséquences de ce choix.

### 2.1.1. « Patrimoine commun de la nation » ou « patrimoine commun » ?

Deux possibilités étaient envisageables : soit rester attachés à la qualification de patrimoine commun de la nation, quitte à l'étendre à d'autres objets porteurs de communalité ; soit abandonner la référence à la nation pour parler simplement de patrimoine commun.

Divers arguments peuvent être avancés dans l'un et l'autre sens.

**Au titre des arguments en faveur de l'emprunt de l'habit du « patrimoine commun de la nation »**, on comptait évidemment le fait que la formule et le mot (même si la chose n'y est guère) sont déjà dans de nombreux textes. La démarche est aussi en pleine cohérence avec l'article 410-1 du Code pénal qui définit les intérêts fondamentaux de la nation en renvoyant à un grand nombre d'éléments déjà qualifiés de patrimoine commun de la nation ou de patrimoine national (territoire, milieux naturels, patrimoine culturel) : « Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel ».

En outre, cette catégorie est instituée dans le même but que celle envisagée ici, soit de préservation.

Enfin, se couler dans un terme et des textes existants peut être de nature à faciliter la réception des principes proposés, et ce d'autant que les principales caractéristiques du patrimoine commun de la nation avaient déjà été dégagées.

Certes, le terme « nation » peut sembler trop restrictif et marquer une forme de repli identitaire. Mais il faut resituer historiquement son utilisation, qui renvoie à l'idée d'un patrimoine dont la jouissance devrait revenir au public. Même si l'État s'est très tôt institué en figure juridique de la nation, la conservation de ce mot pourrait être l'occasion de faire émerger la figure juridique du public distinctement de celle de l'État.

**Au titre des objections à l'encontre de l'emprunt de l'habit du « patrimoine commun de la nation »**, on pouvait à l'inverse et tout d'abord soutenir que la dimension collective était déjà contenue dans le mot « commun » et qu'il est finalement peu utile de préciser davantage et d'ajouter le renvoi à la « nation ». En l'occurrence, lorsque le Code du patrimoine définit le patrimoine au sens du droit public, il ne précise pas qu'il s'agit d'un patrimoine de la nation.

Ensuite, cette terminologie est peu appropriée dans le domaine de l'immatériel, par exemple dans le champ de la propriété intellectuelle : en dépit du caractère territorial de ces droits et de la dimension patrimoniale qui reste présente, la production des œuvres et inventions ainsi que la diffusion des œuvres, inventions et signes protégés, sont susceptibles de sortir d'un cadre strictement national.

Enfin, la mention de la nation semble mettre en position centrale l'État, laissant alors finalement peu d'espace aux autres acteurs, en particulier le public dont la figure juridique a été constamment gommée par cette prédominance de l'intervention étatique. Isabelle Savarit souligne en ce sens que le qualificatif de nation n'est pas défini juridiquement. Partant du constat que le terme exprime plutôt la communauté de destins, la solidarité d'intérêts, entre les membres, elle se pose la question de savoir « pourquoi alors

ne pas avoir préféré l'expression patrimoine commun de l'État »<sup>370</sup>. Elle souligne de ce point de vue que cette entité est loin de constituer une entité palpable, saisissable, « une instance mythique ». Mais c'est précisément ce versant qu'il s'agit de faire apparaître et d'investir distinctement de l'État. Lorsque les Italiens inventent la notion de *beni comuni*, c'est précisément pour faire exister cette communauté de destin distinctement de l'État.

### **2.1.2. Les conséquences de la création d'une catégorie nouvelle de patrimoine commun arrimée à la notion de patrimoine commun de la nation**

Finalement, on peut abandonner la mention de la nation comme titulaire du patrimoine commun. Cela permet d'embrasser toutes les formes de communalité, y compris celles qui peuvent avoir une dimension internationale (eau) ou extraterritoriale (propriété intellectuelle). Certes, le droit français s'exerce territorialement, mais cette limite naturelle n'impose pas de réduire le patrimoine commun à la seule nation française.

Par ailleurs, à l'objection selon laquelle le patrimoine commun se retrouve privé de titulaire en l'absence de cette « nation », il est possible de répondre en faisant deux remarques. D'une part, dans une approche objective ou réicentrée, la question du titulaire serait secondaire : la chose doit être conservée pour les générations présentes et futures, voire pour elle-même, ce qui suffit à la qualifier de patrimoine commun. D'autre part, la désignation d'un titulaire figé comme la nation peut poser des difficultés : certains problèmes d'usage ou de conservation liés à un fleuve ne concernent que les riverains, d'autres concernent tout le bassin, d'autres enfin plusieurs pays. La communauté pertinente varie selon les problèmes, et l'exercice du droit à l'information et à la participation devrait, dans un monde idéal, être à l'échelle de la communauté concernée. En restant silencieux sur le titulaire du patrimoine, on ouvre la possibilité future de distinguer plusieurs types de communautés pour l'application concrète des principes associés.

Tout cela n'exclut pas de considérer que les patrimoines communs de la nation sont, *de droit*, qualifiés de patrimoine commun. À court terme, la reconnaissance de la notion de patrimoine commun et des principes associés pourraient donc s'appliquer immédiatement aux objets qualifiés aujourd'hui de patrimoine commun de la nation, tout en laissant au législateur la possibilité de qualifier d'autres objets de patrimoine commun. Il est vrai que la coexistence des deux notions peut être source de confusions. La transformation, à terme, des « patrimoines communs de la nation » en « patrimoines communs » permettrait d'y remédier.

Bien qu'importantes, ces questions terminologiques ne doivent pas faire oublier l'essentiel : la reconnaissance et l'application effective des principes minimaux de communalité, proposés, à toutes les choses porteuses de communalité, quelle que soit la qualification choisie *in fine*.

## **2.2. Consacrer la notion transversale de patrimoine commun**

### **2.2.1. La consécration d'une notion transversale de patrimoine commun**

La catégorie transversale de patrimoine commun aurait vocation à saisir les choses qui recèlent un intérêt commun, c'est-à-dire les choses dont la conservation (et parfois l'usage) ne concerne pas leur seul propriétaire et inclut partant d'autres que lui dans cette affectation, soit une collectivité plus large<sup>371</sup>. La

---

<sup>370</sup> I. SAVARIT, « Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ? », *op. cit.*, p. 306.

<sup>371</sup> Sur cette notion, v. *infra* Titre 2 - Les prérogatives de communalité - Les intérêts à reconnaître.

conservation traduit donc l'exigence première de la communalité de cette figure et constitue le critère le plus fiable de la catégorie transversale qu'il s'agit d'élaborer. Mais l'intérêt commun peut aller au-delà et concerner également l'accès ou l'usage.

Quant aux ressources concernées, tout d'abord, il s'agit de toutes les choses sur lesquelles pèse une exigence minimale de conservation : il peut s'agir de ressources tangibles (environnementales, culturelles, patrimoniales), mais également intangibles (les fruits de la création versés dans le domaine public). Certaines de ses ressources sont déjà qualifiées en droit positif de « patrimoine », de « patrimoine commun de la nation » ou encore de « patrimoine des êtres humains ». La catégorie de « patrimoine commun » présentée ici s'appuie sur ces notions déjà existantes (et permet de leur donner un effet juridique), mais ne s'y réduit pas. Elle vise à couvrir toute chose porteuse de communalité.

Mais dans quels termes ces choses, appropriés ou non, devraient-ils ensuite être marqués par cette destination commune ? Deux directions étaient envisageables.

**Une première direction** aurait été de prôner la reconnaissance d'un « droit » de jouissance de tous. L'entrée par les « droits à » permet en effet, dans notre système juridique, de saisir de multiples intérêts juridiquement protégés au bénéfice de personnes autres que le propriétaire, ainsi que d'appréhender les diverses maîtrises qui s'exercent sur la chose. Il y aurait eu lieu, en conséquence, de déterminer l'articulation de ces concurrences sur la chose, rôle que l'on affecte le plus souvent à l'État, ou plus largement à la collectivité publique.

Nous verrons, en particulier à l'étude de la chose commune et des prérogatives de communalité<sup>372</sup>, si l'on peut raffiner les prérogatives dont disposent les individus formant une communauté indéterminée *ab initio*, pour aller vers la reconnaissance d'intérêts qui ne soient pas toujours des droits.

Mais, plus avant, en rester à la question de la satisfaction de droits multiples sur la chose aurait laissé de côté une dimension essentielle : la part, dans la chose, qui échappe en toute hypothèse à ces maîtrises ; en somme l'intérêt de la chose elle-même et non de ceux qui, parce qu'ils en retirent une utilité, revendiquent des droits. Il y a, dans ces choses, une part irréductible qui échappe à l'emprise propriétaire, et plus largement qui se situe hors du champ des droits subjectifs. Elles recèlent une valeur autre que celles qui président aux échanges. Elles sont quelque part hors du marché, ou plus justement en dehors du jeu des négociations entre titulaires de droits, ce que certains auteurs ont exprimé à propos du patrimoine commun en les qualifiant de valeurs non marchandes. Or c'est parce que l'on raisonne par l'entrée de la propriété, et éventuellement d'une distribution de droits sur la chose, que cette dimension apparaît peu : dans les domaines de l'environnement, du patrimoine culturel, de la propriété intellectuelle, on observe en effet que le commun est d'abord pensé comme une limite à la propriété, comme la part des utilités que l'on retire au propriétaire pour la dédier à l'intérêt commun. Dans le même temps, on écrase également la fonction de contrôle impartie à l'État.

Le cas des monuments historiques est particulièrement éclairant de ce point de vue. Le propriétaire est dépouillé de son pouvoir de disposition de la chose. Il est purement et simplement exproprié puisque cet attribut, en principe octroyé de la façon la plus absolue, passe entre les mains de l'État en vertu du classement du bien, sans d'ailleurs que l'État devienne propriétaire, mais parce qu'il en assure la maîtrise. Ces valeurs inappropriables du bien<sup>373</sup> ne sont alors appréhendées que par le canal du contrôle étatique. Néanmoins, le rôle très vertical de l'État fait qu'on ne voit pas cet espace, qu'on ne le comprend pas comme un espace d'intérêt commun.

---

<sup>372</sup> V. *infra* Section 2 et Titre 2.

<sup>373</sup> M. WALINE les qualifiait ainsi dans *L'individualisme et le droit*, Domat-Montchrestien, 1945, p. 347.

C'est précisément cette part d'inappropriable qu'il s'agit de penser juridiquement et d'extraire de la sphère de non-droit dans laquelle on la cantonne. L'idée est qu'il y a, dans la propriété, un espace qui résiste non seulement à la propriété, mais aussi aux multiples autres prérogatives individuelles. Il y a d'une certaine façon de la chose commune dans une chose appropriée et l'usage commun à tous déborde les seuls droits subjectifs.

**Une seconde direction** consiste donc à considérer non les droits et les titulaires de droits sur la chose, mais la chose elle-même : la catégorie transversale de patrimoine commun devra donc s'élaborer à partir de l'intérêt de la chose elle-même, l'intérêt qu'elle soit disponible, renouvelable, accessible, inclusive, transmissible. C'est d'une certaine façon retrouver ce que les économistes prônent lorsqu'ils pensent à partir de la chose et lorsqu'ils caractérisent les biens publics dans leur double composante de non-excluabilité et de non-rivalité<sup>374</sup>.

Penser à partir de la chose permet d'intégrer dans cette catégorie transversale les obligations des titulaires de droits, propriétaires et usagers, mais aussi celles des collectivités publiques. Ces dernières sont assez classiquement identifiées comme représentant le bon arbitre, le bon gardien ou encore le propriétaire le plus légitime (en matière de patrimoine culturel, c'est une tendance lourde). Mais la question de la responsabilité les implique tout autant et elle est évidemment centrale dès lors que l'on destine ces biens aux générations présentes et futures<sup>375</sup>. La chose n'est pas seulement objet de droits, elle génère également des obligations dès lors que sa conservation est d'intérêt commun. C'est dans ce sens qu'a été pensé le socle commun de règles qui en somme instituerait les conditions minimales de communalité de biens dont la part d'inappropriable devrait être positivement préservée voire restaurée. Le régime juridique de cette catégorie transversale devrait être ordonné selon deux directions : les conditions de communalité de la chose, mais aussi les modes sur lesquels communaliser la défense du caractère commun de cette chose. D'où ont été dégagés un certain nombre de principes composant le régime primaire annoncé, qui concernent la conservation de la chose en vue de sa transmission ; les garanties de préservation de sa communalité ; ainsi que les procédures de contrôle permettant de combattre de possibles atteintes et ouvrant notamment à d'autres que l'État la mise en œuvre de ce « contrôle social »<sup>376</sup>.

### **2.2.2. Le choix de se placer à un niveau constitutionnel pour la consécration d'une notion transversale de patrimoine commun**

De multiples propositions ont été faites ces dernières années en vue d'améliorer la protection constitutionnelle de l'environnement. Après que le projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique<sup>377</sup> - jamais adopté - a proposé de modifier l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution en ajoutant qu'« Elle [La France] favorise la préservation de l'environnement, la diversité biologique et l'action contre les changements climatiques », c'est aujourd'hui le projet de loi constitutionnelle complétant l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution et relatif à la préservation de l'environnement<sup>378</sup>, qui vise le même objectif avec une formulation renforcée (« Elle [La France] garantit la préservation de l'environnement et de la

---

<sup>374</sup> P. SAMUELSON, "The Pure Theory of Public Expenditure", *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, n° 4, nov. 1954, p. 387-389.

<sup>375</sup> Pour une illustration intéressante de cette forme de responsabilité cependant concentrée sur le propriétaire en matière de monuments historiques, CAA Marseille qui décide qu'une « commune ne peut abandonner la propriété d'un monument historique pour se soustraire à son obligation d'entretien », les juges fondant leur décision sur l'article L. 621-29-1 du code du patrimoine qui dispose que le propriétaire « a la responsabilité de la conservation du monument classé ou inscrit qui lui appartient ou lui est affecté ».

<sup>376</sup> J. ATTARD, « Le fondement solidariste du concept environnement patrimoine commun », *RJE*, 2/2003, p. 169, qui explore la notion de patrimoine commun dans ses fondements solidaristes et appelle le droit à « plus d'audace en autorisant chacun à mettre en œuvre ce contrôle social » sur les ressources de l'environnement-patrimoine commun.

<sup>377</sup> Projet de loi constitutionnelle enregistré à la Présidence de l'Assemblée le 29 août 2019.

<sup>378</sup> Projet de loi constitutionnelle enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 janvier 2021.

diversité biologique et lutte contre le dérèglement climatique »). Des débats naissent sur le point de savoir si l'adoption de ce texte ajouterait au droit existant (et notamment à ce que prévoit la Charte de l'environnement), tandis que la plupart des commentateurs doutent que ce texte puisse être adopté dans les mêmes termes par les deux assemblées pour être soumis à un vote des Français par référendum.

Le projet de loi reste toutefois en deçà de propositions plus fortes émises au sein de la société civile. Il a ainsi été suggéré de faire reconnaître à un niveau constitutionnel le concept de « limites planétaires » et d'introduire un principe de non-régression<sup>379</sup>. Au-delà de l'aspect environnemental, il a également été proposé de faire reconnaître la notion de « bien commun » dans la Constitution afin de pouvoir limiter la propriété et la liberté d'entreprendre<sup>380</sup>. Le Conseil constitutionnel ne paraît pas sourd à ces propositions : il a récemment reconnu, dans une décision en date du 31 janvier 2020, que la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, était un objectif de valeur constitutionnelle que le législateur devait concilier avec l'exercice de la liberté d'entreprendre<sup>381</sup>.

Les propositions faites s'inscrivent dans ce mouvement général d'une meilleure prise en compte des biens communs, que l'on précisera en « patrimoine commun », dans la Constitution. On peut en effet justifier le fait d'ériger le « socle minimum » de communalité au plan constitutionnel de deux manières : techniquement et symboliquement :

- *Techniquement*, une affirmation simplement législative des principes proposés ne lierait pas le législateur, qui resterait libre d'y déroger par des lois spéciales. Or, dès lors qu'on refuse l'idée que le législateur agit dans l'intérêt commun de manière irréfragable, la protection des choses porteuses de communalité suppose que le législateur lui-même soit tenu par un instrument juridique.
- *Symboliquement*, la présence des principes dans la Constitution montrerait que la défense de ces choses est une valeur portée par l'ensemble de la nation.

Par ailleurs, l'énoncé des droits et principes minimaux de la communalité dans la Constitution permettrait d'accomplir deux fonctions : d'une part, une *fonction de structuration* du droit et d'autre part, une *fonction de légitimation* des politiques adoptées<sup>382</sup> :

- ***Une fonction de structuration*** : Les droits et principes proposés permettraient d'afficher très clairement ce qui constitue le « noyau dur » normatif de la communalité, à partir duquel les règles spéciales propres à chaque objet pourraient s'affiner et se déployer. En effet, que ce soit dans la réglementation existante ou dans les réflexions doctrinales plus prospectives, la qualification de « bien commun », de « commun » ou plus généralement de chose porteuse de communalité s'accompagne toujours d'une exigence supplémentaire de protection de la chose et d'un effort d'une concertation élargie pour les décisions affectant ces biens.
- ***Une fonction de légitimation*** : les droits et principes proposés permettraient tout à la fois de *soutenir* les politiques visant à augmenter le degré de communalité d'une chose et à *contester* les politiques qui visent à le diminuer<sup>383</sup>.

---

<sup>379</sup> Proposition du collectif « Notre affaire à tous » (Notre constitution écologique). Cf. <https://notreaffaireatous.org/notre-constitution-ecologique/> (consulté le 24 février 2020) ; Propositions de la Convention citoyenne pour le climat, juin 2020.

<sup>380</sup> Cf. La tribune « Bien commun : «Une réforme sage et mesurée de notre Constitution est devenue une urgence» », *Le Monde*, 30 mai 2018.

<sup>381</sup> Cons. Const., 31 janv. 2020, n° 2019-823-QPC.

<sup>382</sup> Nous reprenons une distinction faite par Yves Jégouzo à propos des principes du droit de l'environnement (Y. JÉGOUZO, « Les principes généraux du droit de l'environnement », *RFDA* 1996, p. 209).

<sup>383</sup> Par « politique », nous visons toutes les activités normatives, qu'elles résultent de l'État, des juridictions ou des particuliers.

Quant à la partie du bloc de constitutionnalité où devraient figurer ces droits et principes, trois solutions (au moins) sont envisageables :

- En premier lieu, ils pourraient être énoncés dans une « Charte du patrimoine commun » auquel renverrait le Préambule de la Constitution, sur le modèle de la Charte de l'Environnement.
- En deuxième lieu, ils pourraient être insérés à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution. Cette solution paraît difficile à mettre en œuvre en ce que le patrimoine commun ne se réduit pas au patrimoine commun de la Nation, objet de l'article 1<sup>er</sup>, mais peut viser d'autres objets.
- Enfin, la création d'un article dédié dans la Constitution pourrait être envisagé, par exemple avec la création d'un article 1-1. Après avoir énoncé les objectifs que poursuit la France au plan strictement interne dans l'article 1<sup>er</sup>, il pourrait être affirmé une protection du patrimoine commun, qui ouvrirait davantage à une vision universaliste de cette notion. L'articulation avec la Charte de l'Environnement serait dans tous les cas nécessaires, les deux textes se recoupant partiellement, mais pas totalement.

Cette reconnaissance dans la Constitution est un idéal, mais elle n'est pas exclusive d'une reconnaissance dans d'autres instruments. Certains principes du droit de l'environnement sont ainsi posés à la fois dans la Charte de l'environnement et sous une forme plus développée dans un instrument législatif (l'article L. 110-1, C. envir.). De la même manière, certains droits et principes proposés pourraient être dupliqués dans le Code civil, dans le livre 2 consacré au droit des biens<sup>384</sup>. Le patrimoine commun serait ainsi reconnu comme une catégorie structurante du droit privé des biens.

### **2.3. Les droits et principes proposés pour le régime primaire du patrimoine commun**

Si les principes du droit de l'environnement ont servi d'inspiration générale, il n'était pas possible de les transposer tels quels, et ce pour deux raisons. La première est que le domaine couvert est bien plus large que l'environnement, puisque, par exemple, les biens culturels ont vocation à être appréhendés par ces mêmes principes. La seconde est que l'objectif est de définir non pas un régime *idéal*, mais un régime *minimal* de la communalité.

Du fait de cette généralisation voulue, la difficulté a donc été de formuler des principes suffisamment abstraits pour couvrir toutes les choses porteuses de communalité, tout en étant suffisamment précis pour qu'ils soient dotés d'une réelle portée normative car, comme cela avait été noté à propos de la Charte de l'Environnement, « l'avènement au plus haut degré de la pyramide des normes, la Constitution, ne permet pas automatiquement à une norme d'acquiescer à une pleine force normative »<sup>385</sup>.

Enfin, et toujours en préalable, il faut noter ici que ce sont des « droits » qui seront reconnus, ce pour se couler dans les formulations requises à un niveau constitutionnel. Cela ne présage pas cependant des discussions qui seront menées par la suite tenant aux types de prérogatives que détiennent les individus pris isolément à l'égard d'objets de communalité<sup>386</sup>.

---

<sup>384</sup> Par exemple dans le Chapitre 3 - « Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent », qui accueille déjà la distinction biens privés/biens publics et les communaux. Une autre solution peut être de les intégrer dans les dispositions préliminaires du Livre 3 qui accueillent déjà les choses communes et les biens en déshérence, afin de marquer que le patrimoine commun peut comporter des objets non strictement appropriés.

<sup>385</sup> M. BOUTONNET, « La force normative des principes environnementaux, entre droit de l'environnement et théorie générale du droit », in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative*, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 490. Pour un état des lieux de l'invocabilité de la Charte de l'environnement, v. A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, PUF, 4<sup>ème</sup> éd, 2016, n° 180.

<sup>386</sup> *Infra*.



### 2.3.1. Le droit à la conservation

#### a/ *Le fondement du droit à la conservation*

Le droit à la conservation se déduit logiquement de l'identification même qu'une chose est d'intérêt commun. En effet, nul ne peut la détruire sans automatiquement porter atteinte aux intérêts de l'ensemble de la communauté. Le « droit de détruire » ne peut concerner que les choses ne procurant d'utilité qu'à leur seul propriétaire<sup>387</sup>.

La conservation, dans son acception minimale, est donc une protection contre les atteintes graves et irréversibles. De manière un peu plus précise, elle suppose que chacun adopte un comportement visant à éviter la disparition du bien. Cela passe à la fois par l'*abstention* d'agir de telle manière que le bien disparaisse, mais aussi, plus positivement, par une *obligation d'entretien* à la charge de ceux qui sont légalement investis pour le faire<sup>388</sup>.

Par ailleurs, cette conservation se fait avant tout en faveur des générations futures : c'est la dimension transgénérationnelle que porte notamment la notion de patrimoine. C'est un point commun avec la Charte de l'Environnement dont on a noté que « les principaux bénéficiaires seront en fait les générations futures. C'est, inversement, une différence essentielle avec les déclarations des droits et préambules constitutionnels classiques qui attribuent aux individus ou aux groupes sociaux des droits et avantages immédiats »<sup>389</sup>.

#### b/ *L'origine du droit à la conservation*

Le droit à la conservation s'inspire du principe de réversibilité reconnu en droit de l'environnement. Ce principe vise à protéger la chose contre les atteintes dépassant le point de non-retour : dans une optique de conservation, seules des altérations pouvant être réparées sont envisageables. Souvent pensé en lien avec le principe de précaution (art. 5 de la Charte constitutionnelle), le principe de réversibilité reçoit aussi des applications concrètes en matière de déchets nucléaires, de protection des sites naturels ou de pollutions maritimes<sup>390</sup>. En matière de droit du patrimoine culturel, l'obligation de conservation traverse et définit en grande partie l'ensemble de la matière, ce dès les premiers textes. L'importance de la notion de conservation se signale par le fait qu'elle fait partie intégrante de la définition des biens culturels protégés. Sont classés monuments historiques ou labellisés musées de France les biens dont la conservation est d'intérêt commun. Plus qu'un effet de régime, la formule suggère que la conservation aux fins de transmission est au cœur du projet patrimonial.

#### c/ *La justification du choix d'un droit à la conservation*

Le terme de « conservation » a été adopté car il s'agit du terme courant dans le domaine des biens culturels et qu'on le retrouve également en droit de l'environnement<sup>391</sup>. Toutefois, il va de soi que les lois peuvent se montrer plus exigeantes : la lutte contre les simples dégradations relève en effet du niveau législatif, car les enjeux ne sont pas les mêmes selon les objets (environnementaux ou culturels).

---

<sup>387</sup> M. REMOND-GOUILLOU, *Du droit de détruire - Essai sur le droit de l'environnement*, PUF, 1989.

<sup>388</sup> Comp. H. MICHELIN-BRACHET, *L'entretien des personnes et des biens*, Dalloz, 2019, n° 115 et s., qui distingue « entretien » et « conservation », le premier visant la lutte contre le déperissement, le second la lutte contre les périls, tout en soulignant que les deux obligations sont « réactionnelles », en ce qu'elles sont accomplies « en réponse à un risque d'altération des propriétés du bien ».

<sup>389</sup> Y. JEGOUZO, « La Charte de l'Environnement : dix ans après », *AJDA* 2015, p. 491.

<sup>390</sup> Sur le principe de réversibilité, v. L. FONBAUSTIER, *Manuel de droit de l'environnement*, PUF, 2020, n° 126 et 127.

<sup>391</sup> Il est vrai que l'usage de ce terme est contesté par une partie de la doctrine en droit de l'environnement car jugé trop restrictif. Toutefois, étant donné que le principe proposé ne définit qu'un socle minimal, ce caractère restrictif n'est pas gênant car il n'empêche pas que le droit de l'environnement se montre plus exigeant.

Par ailleurs, quant à la figure porteuse de cette exigence, il a été jugé préférable de formuler l'exigence de conservation non sous la forme d'une *obligation de conservation*, mais sous la forme d'un *droit à la conservation*. Trois raisons justifient ce choix :

- Même si la Constitution admet l'existence de « devoirs constitutionnels » pesant sur les individus, ces derniers sont rares<sup>392</sup>. Il est donc préférable, en accord avec la tradition constitutionnelle française, de formuler un *droit à la conservation*. Un principe de rang législatif pourrait en revanche être formulé plus volontiers sous forme d'interdiction : « Nul ne peut porter d'atteintes graves et irréversibles au patrimoine commun ».
- La formulation en termes de « droit à ... » permet l'invocabilité du texte au soutien d'une QPC (c'est un « droit ou liberté que la Constitution garantit »)<sup>393</sup>.
- La formulation d'un « *droit à ...* » permet de lever toute ambiguïté sur le fait que chaque personne, française ou étrangère, a un intérêt à agir en conservation du patrimoine commun.

Enfin, la formulation choisie est ferme et ne fait aucune mention de l'organisation de ce droit par la loi : il s'agit de créer un **droit directement invocable par tous à la conservation du patrimoine**<sup>394</sup>. L'invocation pourra se faire dans de multiples contentieux, dont nous ne nous donnons ci-après qu'un aperçu.

#### *d/ L'utilité contentieuse du droit à la conservation*

Le droit à la conservation aurait vocation à être utilisé dans de nombreux contentieux :

**Contentieux constitutionnel** : Bien évidemment, le droit reconnu permettra de contester toute loi portant une *atteinte* à ce droit. Si l'atteinte directe au principe devrait rester exceptionnelle, on peut penser à l'édiction d'un régime spécial de responsabilité tellement restrictif qu'il dénaturerait la portée de l'exigence de conservation, encourageant par là une censure<sup>395</sup>. Mais l'utilité principale du texte n'est pas là : la formulation du principe oblige le législateur à *exercer sa compétence* dans la protection du patrimoine commun. Dans le cas contraire, le Conseil constitutionnel pourrait le sanctionner au titre de **l'incompétence négative**.

**Contentieux administratif** : On peut mettre au jour, sans prétention d'exhaustivité, trois applications du principe dans le contentieux administratif :

- le principe pourrait venir au soutien d'un **recours en excès de pouvoir** contre l'acte administratif qui contredirait le droit à la conservation.
- il pourrait servir de fondement juridique à une **action en responsabilité** : l'administration pourrait être reconnue fautive soit pour avoir accompli des actes contraires à ce droit, soit pour avoir négligé de prendre les actes nécessaires en vue d'empêcher une atteinte grave à un élément du patrimoine commun. L'utilité de cette action est cependant minime dès lors qu'elle interviendrait *a posteriori*.

---

<sup>392</sup> On peut citer les « sujétions imposées par la Défense nationale » (art. 34), ainsi que les articles 2 à 4 de la Charte de l'Environnement. Sur les conséquences de la formulation de la Charte de l'Environnement en termes de devoirs, voir G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, *La Constitution*, 14<sup>ème</sup> éd., Points, 2017, n° 585 et 586.

<sup>393</sup> Le Conseil constitutionnel se montre en effet plus hésitant pour déduire des « droits et libertés » lorsque ne sont énoncés que des devoirs ou des principes. V. sur ce point M. PRIEUR, « Promesses et réalisations de la Charte de l'Environnement », *Nouv. Cab. Cons. Const.*, 2014, n° 43, p. 7.

<sup>394</sup> Cf. A. ROBLOT-TROIZIER, « Les clairs-obscur de l'invocabilité de la Charte de l'Environnement », *AJDA* 2015, p. 494 : « L'invocabilité directe [...] est réservée aux normes créant, au profit de personnes physiques ou morales, des droits et obligations suffisamment identifiables pour pouvoir leur être directement appliqués par le juge et elle permet donc au justiciable d'obtenir du juge l'application directe, au cas d'espèce, des droits garantis par la norme invoquée ».

<sup>395</sup> V. à propos des articles 1 et 2 de la Charte, Cons. Const., 8 avril 2011, n° 2011-116 QPC.

- c'est pour cette raison que l'action la plus utile sera sans doute le **référé**, en particulier le **référé-suspension** (art. L. 521-1, CAJ), qui permettrait de suspendre une décision administrative frappée de recours lorsque son exécution provisoire porterait atteinte à la conservation du patrimoine. On peut également penser au **référé-liberté**, même si les conditions de ce référé sont plus restrictives. En particulier, ce référé ne sera ouvert que si le droit à la conservation du patrimoine commun est reconnu comme une « liberté fondamentale » au sens de l'article L. 521-2, CAJ.

Dans l'ensemble de ce contentieux, l'intérêt à agir devrait être largement compris : toute personne a un intérêt à la conservation du patrimoine commun<sup>396</sup>.

### *Contentieux judiciaire :*

- **Contrats** : La reconnaissance d'un droit constitutionnel à la conservation du patrimoine commun permettrait au juge judiciaire d'annuler toute clause d'un contrat qui irait à son encontre, du fait de l'effet horizontal des droits fondamentaux<sup>397</sup>. On peut également penser que l'interprétation des contrats portant sur le patrimoine commun devrait se faire à la lumière de ce principe<sup>398</sup>. Les actes relatifs à des composantes du patrimoine culturel font déjà l'objet d'une réglementation précise par le Code du patrimoine. En revanche, un tel contrôle pourrait être utile dans le domaine environnemental.
- **Propriété** : La reconnaissance d'un principe de conservation au rang constitutionnel a pour effet de réduire les prérogatives du propriétaire privé sur ses biens relevant du patrimoine commun. En particulier, le « droit de détruire » serait supprimé<sup>399</sup>. Cette suppression se ferait automatiquement, l'article 544 prévoyant déjà que le droit du propriétaire s'exerce dans le cadre des « usages prohibés par les lois ou les règlements ».
- **Responsabilité** : Le principe pourrait servir de fondement à une action en responsabilité extracontractuelle. Néanmoins, cette action se déroulant *a posteriori*, elle reste inefficace au regard de l'objectif de protection. En revanche, l'action en référé pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite (art. 809 al. 1, CPC) a déjà montré son efficacité dans d'autres domaines et semble particulièrement indiquée ici<sup>400</sup>. Toute personne pourrait demander au juge judiciaire d'ordonner préventivement la cessation d'un acte qui porterait une atteinte grave et irréversible au patrimoine commun, sans avoir à prouver l'urgence et même en présence d'une contestation sérieuse<sup>401</sup>.

**Prolongements.** Le droit à la conservation n'a vocation qu'à servir de socle minimal. Les droits spéciaux peuvent être à la fois plus précis et plus exigeants. Ils le sont d'ailleurs déjà dans une large mesure. Parmi les principes reconnus en droit positif qui développent et renforcent ce droit, on peut ainsi citer les trois principes généraux du droit de l'environnement (principe de prévention, de précaution et pollueur-payeur). Dans le domaine du patrimoine culturel, le Titre 1<sup>er</sup> du Code du patrimoine est tout entier consacré à la « protection du patrimoine culturel », cette protection passant notamment sur le contrôle de la circulation des biens.

<sup>396</sup> V. *infra* Section 2.

<sup>397</sup> S. CHASSAGNARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », in *Mélanges Ph. Le Tourneau*, 2008, p. 225 et s. ; Ch. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p. 175 et s.

<sup>398</sup> L'idée que les droits fondamentaux doivent « orienter » l'interprétation des actes privés a été formulée de manière claire dans un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, dont la portée, il est vrai, est assez difficile à mesurer (CEDH, *Pla et Puncernau c/. Andorre*, 13 juillet 2004, req. n° 69498/01).

<sup>399</sup> M. REMOND-GUILLOUD, *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, PUF, 1989.

<sup>400</sup> Pour une étude plus précise de la cessation de l'illicite, v. C. BLOCH, *La cessation de l'illicite*, Dalloz, 2008.

<sup>401</sup> Le fait d'écarter l'urgence est importante pour le trouble manifestement illicite. Lorsque le fondement est le « dommage imminent », l'urgence est en réalité présente du fait du caractère « imminent » du dommage.

### 2.3.2. Le droit à l'information et le droit à la participation

Les droits à l'information et à la participation relèvent d'une même idée d'implication des titulaires de l'intérêt et ont donc vocation à être traités ensemble, précision étant donné que, du fait de son utilisation en droit de l'environnement (art. 7, Charte de l'Environnement) et du contentieux auquel il a déjà donné lieu, les propos sur le principe de participation pourront se faire plus succincts.

#### *a/ Le fondement des droits à l'information et à la participation*

*Quod omnes tangit... ab omnibus tractari debet* : « ce qui concerne (ce qui “touche”, littéralement) tout le monde doit être discuté par tous ». L'adage latin, qui connut un grand succès au Moyen-Âge, en particulier dans la pensée ecclésiologique, résume parfaitement la logique du principe de participation : les décisions qui touchent des choses porteuses d'intérêt commun sont l'affaire de tous, ce qui justifie que, *a minima*, il existe des procédures d'information et de participation dans le processus de décision.

#### *b/ L'origine des droits à l'information et à la participation*

Ils trouvent leur source dans le principe de participation déjà reconnu par la Charte de l'Environnement (art. 7), qui lui-même trouve une origine dans la Convention d'Aarhus<sup>402</sup>. Mais, bien que née en droit de l'environnement, la logique du principe de participation semble tout à fait transposable ailleurs, notamment au domaine des biens culturels. Elle implique néanmoins de bien dissocier le droit à l'information et le droit à la participation, afin de pouvoir attribuer un domaine différent à chacun de ces droits.

En droit positif, le droit à l'information concerne les informations « relatives à l'environnement » et peut être exercé à l'encontre de l'État, des collectivités territoriales et leurs groupements, des établissements publics et des personnes chargées d'une mission de service public en rapport avec l'environnement (art. L. 124-3, C. envir.). Selon les cas, le droit à l'information peut prendre différents aspects : « un droit d'accéder, un droit d'informer, une obligation d'informer, de transmettre, répondant à des modalités d'accomplissement fort variées »<sup>403</sup>.

Le droit à la participation est défini par l'article 7 de la Charte de l'environnement comme le droit pour toute personne « de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Sans préjudice des procédures de participation déjà en place (les enquêtes publiques, par exemple), les articles L. 123-19-1 et s. du Code de l'environnement définissent les conditions et modalités de ce droit à la participation. Cette participation prend concrètement la forme d'une mise à disposition du public du projet envisagé et la possibilité pour celui-ci de formuler des « observations ». L'autorité publique doit établir une synthèse des observations recueillies et laisser un délai entre la clôture de la consultation et la décision finale<sup>404</sup>.

#### *c/ La justification du choix de droits à l'information et à la participation*

En ce qui concerne **le droit à l'information**, deux différences devraient être admises par rapport à l'article 7 existant de la Charte de l'environnement, ce malgré la proximité du texte qui pourrait être introduit :

---

<sup>402</sup> Sur les origines du principe en droit de l'environnement, v. M. PRIEUR et alii, *Droit de l'environnement*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, n° 144.

<sup>403</sup> V. *infra* A.-S. EPSTEIN, "La reconnaissance d'un droit à l'accès aux données d'intérêt commun". *Adde* L. FONBAUSTIER, *Manuel de droit de l'environnement*, PUF, 2018, n° 146.

<sup>404</sup> A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 4<sup>ème</sup> éd, PUF, 2016, n° 281.

- le droit à l'information concernerait les décisions relatives au patrimoine commun et plus seulement les informations relatives à l'environnement. Mais évidemment, un point essentiel tiendra en la définition des « décisions ayant une incidence sur le patrimoine commun ». En matière environnementale, le législateur a restreint le domaine de l'obligation aux décisions ayant une incidence « directe et significative », sans que le Conseil constitutionnel ne le censure<sup>405</sup>. Pour autant, ces hésitations déjà présentes pour l'environnement se retrouveront donc sur le patrimoine commun<sup>406</sup>.
- les informations communicables ne sont pas seulement celles détenues par les autorités publiques, mais peuvent également être celles détenues par des personnes privées. En effet, des acteurs privés peuvent être détenteurs d'informations cruciales pour la gestion du patrimoine commun. Il reviendra à la loi de définir quelles sont les personnes privées concernées et les modalités de communication<sup>407</sup>.

Pour le **droit à la participation** au sens strict, la seule modification à introduire par rapport à la Charte de l'environnement est d'élargir le domaine aux décisions publiques ayant une incidence sur le patrimoine commun. Quant au droit à la participation pour des décisions privées, il n'est pas totalement absent de notre droit<sup>408</sup>, même s'il demeure limité y compris quand ces décisions portent sur un élément relevant du patrimoine commun.

Enfin, comme dans l'article 7 de la Charte, le droit à l'information et le droit à la participation s'exercent « dans les conditions et limites de la loi ». En conséquence, seul le législateur serait compétent pour définir les conditions et les limites de ces deux droits<sup>409</sup>. Depuis l'entrée en vigueur du texte constitutionnel, le pouvoir réglementaire ne peut adopter que des mesures d'application<sup>410</sup>.

#### *d/ L'utilité contentieuse des droits à l'information et à la participation*

L'expérience acquise à propos de l'article 7 de la Charte de l'environnement laisse présager les utilisations possibles des droits ainsi généralisés :

**Contentieux constitutionnel** : L'article 7 de la Charte pouvant être invoqué au soutien d'une QPC<sup>411</sup>, il en irait de même pour les droits proposés :

- Le Conseil constitutionnel pourrait censurer les lois qui soit ne mettent pas en œuvre le droit à l'information ou à la participation<sup>412</sup>, soit qui transfèrent la mise en œuvre de ces droits au pouvoir réglementaire<sup>413</sup>. Le législateur méconnaîtrait ici l'étendue de sa compétence s'il ne définissait pas la procédure d'information et de participation à établir.

<sup>405</sup> Cons. Const., 23 nov. 2012, n° 2012-282 QPC, *Association FNE et autres*.

<sup>406</sup> V. sur ce point L. FONBAUSTIER, « La participation du public », *AJDA* 2015, spéc. p. 520 et s.

<sup>407</sup> Sur cette question, v. *infra* A.-S. EPSTEIN, « La reconnaissance d'un droit à l'accès aux données d'intérêt commun ».

<sup>408</sup> Ainsi, divers mécanismes permettent aux salariés de participer aux décisions de l'entreprise en matière environnementale ; de même, on peut considérer que la loi du 27 mars 2017 reconnaît aux ONG un quasi-droit de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre du devoir de vigilance.

<sup>409</sup> Cons. Const., 19 juin 2008, n° 2008-564 DC. Pour l'article 7 de la Charte, l'organisation du droit à la participation se trouve dans le Titre II du Livre 1 du Code de l'environnement.

<sup>410</sup> CE, Ass., 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931.

<sup>411</sup> Cons. Const., 14 oct. 2011, n° 2011-183/184 QPC.

<sup>412</sup> V. par exemple Cons. Const., 23 nov 2012, n° 2012-283 QPC.

<sup>413</sup> V. par exemple Cons. Const., 14 oct. 2011, n° 2011-183/184 QPC.

- Même si le législateur bénéficie d'une assez large marge d'appréciation dans l'organisation des modalités de ces droits, le Conseil constitutionnel pourrait censurer les modalités qui lui sembleraient insuffisantes au regard de l'article 7<sup>414</sup>.

**Contentieux administratif** : Comme l'énonce Yann Aguila dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune d'Annecy*, « le fait qu'une disposition de la Charte [l'art. 7] renvoie à la loi ne constitue pas un obstacle à son invocation contre un acte administratif »<sup>415</sup>. En particulier, le justiciable pourrait exercer un recours en excès de pouvoir s'il estimait que l'acte a été pris hors du champ de compétence du pouvoir réglementaire. C'est ce qu'une autrice appelle « l'invocabilité-compétence »<sup>416</sup>. En revanche, lorsque la loi a organisé les modalités d'information et de participation, le recours contre un acte administratif ne peut pas être *seulement* fondé sur un manquement à l'article 7 : il est nécessaire d'invoquer également un manquement à la disposition législative mettant en œuvre ce droit à l'information et à la participation<sup>417</sup>. Il n'existerait donc pas d'« invocabilité de fond » de l'article 7 dans le contentieux administratif. Cette position du Conseil d'État est toutefois paradoxale en ce que l'article 7 est invocable directement pour servir de fondement à une QPC. La raison de ce régime particulier vient de la formulation du droit : c'est un droit fondamental qui s'exerce cependant dans les « conditions et limites » de la loi.

Pour autant, malgré ces hésitations actuelles sur le degré d'invocabilité, il ne paraît ni possible ni opportun de modifier la formulation de l'article 7, mais seulement de la généraliser. En effet, le contentieux de l'information et de la participation donne déjà lieu à une jurisprudence fournie du Conseil d'État, même s'il s'agit d'un simple contrôle de légalité. À titre d'exemples, le justiciable peut contester la validité d'un acte administratif qui serait radicalement différent du projet présenté pour l'exercice du droit à la participation<sup>418</sup> ; il peut également contester l'acte administratif qui serait adopté le lendemain de la fin de la consultation, ce qui prouve que la décision a été prise sans qu'une synthèse des résultats de la consultation ait été faite<sup>419</sup>.

#### *e/ Les prolongements des droits à l'information et à la participation*

Les droits à l'information et à la participation trouvent leur prolongement naturel dans les lois et règlements chargés de les mettre en œuvre. Si le droit de l'environnement possède déjà l'arsenal législatif nécessaire, la reconnaissance d'un principe de participation et d'information de niveau constitutionnel obligerait à une intervention législative, notamment en matière de biens culturels. La matière est en effet d'une grande pauvreté sous ce rapport de la participation du public, y compris au niveau minimal de l'information. Dans une décision QPC, le juge constitutionnel a en l'occurrence considéré que le défaut d'information à propos d'une décision d'inscription d'un immeuble au titre des monuments historiques n'était pas contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution<sup>420</sup>.

### **2.3.3. Le principe de non-régression**

Le principe de non-régression vise à empêcher tout « retour en arrière » dans l'exigence de protection, d'accès et d'usage partagé, ainsi que de participation. Autrement dit : **on ne peut que « progresser » dans l'échelle de communalité.**

Il s'agit sans doute du principe le plus fort parmi ceux qui sont proposés.

<sup>414</sup> V. par exemple Cons. Const. 23 mai 2014, n° 2014-396 QPC (la simple consultation des comités de bassin ne remplit pas les exigences de l'article 7).

<sup>415</sup> Y. AGUILA, conclusions sur l'arrêt CE, Ass., 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, RFDA 2008, 1147 et s.

<sup>416</sup> A. ROBLOT-TROIZIER, « Les clairs-obscur de l'invocabilité de la Charte de l'Environnement », AJDA 2015, p. 500.

<sup>417</sup> CE, 12 juin 2013, n° 360702, Fédération des entreprises de recyclage.

<sup>418</sup> CE, 29 janv. 2018, *Sté Marineland et a.*, n° 412210 : l'arrêt autorise que des modifications soient apportées, mais ces modifications ne doivent pas « dénaturer » le projet soumis à consultation publique.

<sup>419</sup> CE, 12 juillet 2019, *Fédération nationale des chasseurs*, n° 424600 ; AJDA 2019, 2129, note L. DE FOURNOUX.

<sup>420</sup> Cons. Const., Décision n° 2011-207 QPC du 16 décembre 2011.

a/ *Le fondement du principe de non-régression*

Le principe de non-régression ne peut pas véritablement se déduire de l'intérêt commun en tant que tel. Il s'agit d'un choix axiologique assumé, à savoir que le patrimoine commun mérite d'être défendu contre toute tentative visant à réduire sa portée ou sa viabilité<sup>421</sup>.

b/ *L'origine du principe de non-régression*

Le principe existe déjà dans d'autres domaines du droit, avec une intensité et des formulations variables. On le trouve ainsi exprimé en droit des libertés publiques sous la forme de l'effet-cliquet<sup>422</sup> ou en droit de l'environnement dans de nombreux instruments, internationaux ou nationaux, en particulier à l'article L. 110-1 II 9° du Code de l'environnement<sup>423</sup>.

La formulation proposée s'inspire de la définition de l'effet cliquet en matière de libertés publiques telle qu'il a été défini par le Conseil constitutionnel<sup>424</sup>.

c/ *La substance du principe de non-régression*

La formulation choisie mérite alors de plus amples explicitations. Le principe de non-régression ne crée pas de « droit acquis à la norme », mais plutôt l'obligation de maintenir un degré de protection, de participation et de partage équivalent<sup>425</sup>. Il est possible d'être plus précis sur les règles soumises au principe de non-régression et la manière dont s'effectue la conciliation.

• **Le domaine de la non-régression**

Quelles sont les normes devant faire l'objet d'un contrôle au regard du principe de non-régression ? Même si le texte proposé reste général, il est possible d'identifier les différentes catégories de règles concernées :

- *les lois définissant les éléments appartenant au patrimoine commun* : Du fait de l'article 34, le législateur est seul compétent pour définir les éléments relevant du patrimoine commun<sup>426</sup>. Le principe de non-régression lui interdirait de *retirer* des éléments de ce patrimoine.
- *les lois et règlements assurant la protection du patrimoine commun* : Le législateur ne peut pas diminuer les règles visant à protéger l'intégrité des éléments relevant du patrimoine commun. Sont concernées toutes les règles de protection, et non seulement les règles relatives à la prévention des atteintes graves et irréversibles.
- *les lois et règlements définissant la participation du public dans la gestion du patrimoine commun* : Le législateur est libre de fixer les modalités de participation et d'information. Il ne peut cependant pas diminuer le niveau de participation. L'appréciation de la diminution peut

---

<sup>421</sup> Comp. M. PRIEUR *et alii*, *Droit de l'environnement*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, n° 84 : « Le principe de non-régression du droit de l'environnement est inhérent aux lois environnementales qui ont toujours eu pour finalité une plus grande protection de l'environnement ».

<sup>422</sup> V. par exemple Décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse*.

<sup>423</sup> Pour un aperçu général de droit international et de droit comparé, v. M. PRIEUR, « Le nouveau principe de non-régression », in M. PRIEUR, G. SOZZO, *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012, p. 5 et s.

<sup>424</sup> En matière de libertés publiques, le législateur ne fixe des règles « qu'en vue d'en rendre l'exercice plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle » (Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, consid. 81).

<sup>425</sup> Sur cette conception de la non-régression v. I. HACHEZ, « Le principe de non-régression en droit de l'environnement : une irréversibilité relative ? », in M. PRIEUR (dir.), *Le principe de non-régression en droit de l'environnement*, Bruylant-LGDJ, 2012, spéc. p. 506.

<sup>426</sup> L'article 34 de la Constitution habilite le législateur à définir le « régime de propriété ».

s'avérer délicate lorsque le législateur n'opèrera pas une abrogation « sèche », mais en change les modalités. Il appartiendra donc au juge d'apprécier, si, de manière globale et concrète, l'exigence de participation du public a été réduite par le nouveau système.

- *les lois et règlements instituant des accès ou usages partagés sur le patrimoine commun* : Ce point est plus difficile et appelle des explications plus fournies. Un certain nombre d'éléments du patrimoine commun sont ouverts à un usage partagé. C'est en particulier le cas des choses communes (art. 714, C. Civ.)<sup>427</sup>, mais aussi du domaine public. C'est également le cas de certains biens privés, qui doivent supporter des droits exercés par des tiers (par exemple les sources d'eau). L'idée de partage des utilités et d'ouverture de l'accès est par ailleurs essentielle dans la réflexion sur les communs et les biens communs de façon générale. Néanmoins, il n'a pas été jugé possible de faire figurer cette caractéristique sous la forme d'un principe constitutionnel car tous les éléments du patrimoine commun n'admettent pas une telle répartition des utilités. En revanche, la protection des usages partagés peut se placer sous la bannière du principe de non-régression : si certains biens du patrimoine ne feront jamais l'objet d'un usage partagé, ceux qui l'admettent doivent être protégés contre toute réduction de cet usage, la réduction consistant à supprimer les possibilités acquises des usagers sur le patrimoine commun. En d'autres termes, le principe de non-régression peut aider à lutter contre les *enclosures*. Néanmoins, doivent être totalement exclus du domaine du principe de non-régression **les actes privés**. L'application d'un principe de non-régression en matière contractuelle serait en effet d'une extrême complexité et désinciterait les particuliers à donner une destination commune à leurs biens. Seuls sont donc concernés les lois et les règlements : le contrôle de l'activité contractuelle doit se faire par l'édition de règles impératives.

• **L'exception à la non-régression : la conciliation avec d'autres principes de valeur constitutionnelle.**

Les règles assurant la protection du patrimoine commun peuvent toujours se *renforcer* : le législateur peut ainsi augmenter les éléments relevant du patrimoine commun, le degré d'exigence dans sa préservation, le degré de participation et le degré de partage des usages ou d'accès. Dans le cas contraire, toute modification doit *être conciliée avec les principes et droits de valeur constitutionnelle*, précision étant livrée que l'usage du mot « conciliation » est ici un euphémisme : l'idée est d'autoriser la régression dès lors qu'elle est justifiée par un principe ou un droit de valeur constitutionnelle.

Cette exception pourrait néanmoins paraître amoindrir trop le principe de non-régression. On peut, pour contrer cette objection, formuler quelques remarques :

Ne pas instaurer d'exception reviendrait à hiérarchiser les valeurs constitutionnelles, en posant que la protection du patrimoine commun l'emporte sur toutes les autres. Cette démarche serait non seulement irréaliste, mais théoriquement contestable.

Le domaine du principe de non-régression proposé étant très large, un principe effectif et réaliste suppose que des arbitrages soient faits. Il faut faire confiance au juge dans la pesée des intérêts en présence, au moyen du contrôle de proportionnalité.

Quand bien même le principe n'empêcherait pas une régression de se produire du fait d'une autre valeur constitutionnelle, sa présence oblige dans tous les cas l'autorité à se *justifier* sur les raisons d'une réforme réduisant le degré de communalité d'une chose. C'est en soi un progrès dans la prise de conscience de l'importance du patrimoine commun.

---

<sup>427</sup> V. *infra*, Section 2 - La chose commune.



La formulation proposée reste plus contraignante que le principe constitutionnel de non-régression reconnu en droit belge sur le fondement de l'article 23 de la Constitution belge par la Cour Constitutionnelle<sup>428</sup>. En effet, selon les mots de la Cour, « l'article 23 de la Constitution implique, en ce qui concerne la protection de l'environnement, une obligation de *standstill* qui s'oppose à ce que le législateur compétent réduise *sensiblement* le niveau de protection offerte par la législation applicable, sans qu'existent pour ce faire des *motifs liés à l'intérêt général* ».

*d/ L'utilité contentieuse du principe de non-régression*

Dans le domaine où le principe de non-régression existe déjà, soit le droit de l'environnement, la principale utilité de la réforme proposée est de l'élever au niveau constitutionnel<sup>429</sup>. Le législateur serait alors tenu par le principe, et plus seulement l'administration et les particuliers comme c'est le cas actuellement<sup>430</sup>. Ce faisant, le droit français s'alignerait sur les ordres juridiques reconnaissant déjà une portée constitutionnelle à ce principe<sup>431</sup>. Dans les autres domaines où le principe n'existe pas, il pourrait se montrer riche de potentialités, principalement en matière de lutte contre les « enclosures »<sup>432</sup>. Il en irait ainsi du :

- **Contentieux constitutionnel** : Le principe de non-régression de niveau constitutionnel viserait essentiellement à contraindre le législateur. Le Conseil constitutionnel pourrait donc censurer les lois violant le principe, le plus souvent au titre de son contrôle *a priori*. La particularité du principe de non-régression est, en effet, que les lois antérieures à l'entrée en vigueur du principe ne peuvent, par construction, être contestées sur ce fondement, ce qui réduit l'utilité des QPC.
- **Contentieux administratif** : Sous réserve d'une éventuelle application de la théorie de la loi-écran, toute personne pourrait, sur le fondement du principe de non-régression, exercer un recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif y portant atteinte. Il faut néanmoins préciser que, à l'heure actuelle, les juges administratifs font une lecture restrictive du principe prévu à l'article L. 110-1 II 9° du Code de l'environnement en estimant qu'il ne concernerait que les actes réglementaires, à l'exclusion des décisions administratives non réglementaires<sup>433</sup>. À titre de piste de réflexion enfin, on peut se demander si la reconnaissance d'un principe de non-régression ne pourrait pas améliorer le contrôle des décisions de déclassement du domaine public.

---

<sup>428</sup> Cour Constitutionnelle, 14 sept. 2006, n° 135/2006 et n° 137/2006.

<sup>429</sup> Certains auteurs défendent l'idée que le principe de non-régression aurait pu être déjà reconnu du fait de la formulation des articles 1 et 2 de la Charte (v. R. BRETT, « Le traitement contentieux du principe de non-régression de la protection de l'environnement par le juge administratif : une application stricte et des incertitudes », *RJ Env.*, 2018/3, p. 635).

<sup>430</sup> Cf. Cons. Const., n° 2016-737 DC, 4 août 2016, « Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages », § 10-11 : « Ce principe s'impose, dans le cadre des dispositions législatives propres à chaque matière, au pouvoir réglementaire. [...] il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter, pour la réalisation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité. Il peut également à cette fin modifier des textes antérieurs ou abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ».

<sup>431</sup> C'est le cas notamment de la Belgique, de l'Espagne, de la Hongrie, du Pérou, du Bhoutan et de l'Équateur. Cf. H. RAIMANA LALLEMANT-MOE, « La non-régression en droit français : mythe ou réalité ? », *RJ Env.* 2018/2, p. 346.

<sup>432</sup> Il empêcherait, dans le domaine de l'immatériel, la constitution de droits privatifs sur le domaine public informationnel, sans que cette constitution ne soit justifiée par un intérêt constitutionnellement protégé.

<sup>433</sup> TA Réunion, 14 décembre 2017, *RJ Envir.* 2018/3, p. 631, note R. BRETT.

La catégorie de patrimoine commun renvoyant à un seuil minimal de communalité, il a vocation à fournir un socle commun à plusieurs types de biens ou d'institutions, qui sont déjà, dans le droit positif, identifiés comme relevant de cette catégorie de patrimoine collectif. Leur protection et régime se trouvent alors régis à un niveau législatif et représentent une spécialisation par rapport au régime transversal décrit. C'est le cas, répétons-le, des biens culturels reliés à la notion de patrimoine national d'intérêt majeur (§2), de l'eau déclarée comme telle dans la loi sur l'eau (§3) et du patrimoine commun des êtres vivants (§4). A partir du régime primaire décrit, on proposera donc pour chacun de ces objets des règles plus spécifiques et des voies de réformes (les propositions précises sont en annexe).

## §2. Les biens culturels comme patrimoine commun

Cette catégorie des biens culturels peut aisément être reliée à celle de patrimoine commun. Quand bien même les textes ne le précisent pas explicitement, les biens culturels renvoient, même dans la présentation classique de la catégorie (1), puis dans celle plus fine de ces divers éléments (2) à des composantes d'un patrimoine commun culturel dont les textes précisent la dimension collective. Des propositions dévolutions seront néanmoins proposées, conçues en articulation avec les propositions plus transversales émises au titre du patrimoine commun (3).

### 1. Présentation « classique » de la catégorie juridique de bien culturel et liens avec la notion de patrimoine commun

Le champ des biens culturels compose un monde très hétérogène, d'abord du point de vue des objets, mais aussi du point de vue des régimes mis en place. Par conséquent, la question de la communalité ne se posera pas dans les mêmes termes selon les objets considérés. On y observe en effet une grande diversité, même si l'on dispose d'une définition juridique commune de ce que sont les biens culturels et de ce que recouvre le patrimoine culturel. L'article L. 1 du Code du patrimoine, d'une façon indifférenciée et peu explicite de cette diversité, énonce ainsi que « le patrimoine s'entend, au sens du présent code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique. Il s'entend également des éléments du patrimoine culturel immatériel, au sens de l'article 2 de la convention internationale pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, adoptée à Paris le 17 octobre 2003 »<sup>434</sup>.

Cette définition de l'article L. 1 du Code du patrimoine, qui reste dans une description sommaire de ce qui peut être rattaché au patrimoine, ne dit pas grand-chose au premier abord. Son trait d'identité principale est son ambition « objectiviste », en ce sens que cette définition entend *se fonder sur les seules valeurs intrinsèques des choses (leur « intérêt artistique », « historique », etc.), indépendamment des droits subjectifs (les droits de propriété, en premier lieu) dont ces choses sont l'objet*. En cela, cette définition apparemment lisse exprime, en réalité, l'idée-force autour de laquelle le patrimoine culturel et son droit se sont progressivement construits au cours des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles : *une chose est patrimoine du fait de son intérêt propre pour la collectivité, et par-delà la seule personne à laquelle elle appartient*. C'est précisément cet intérêt « extra-propriétaire » que protègent les dispositions du Code du patrimoine, et c'est pourquoi, par clin d'œil à la célèbre formule de Rudolf von Jhering, l'on a pu parler d'« intérêt culturel juridiquement protégé »<sup>435</sup>.

---

<sup>434</sup> Le deuxième paragraphe a été ajouté par la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 sur la liberté de création, l'architecture et le patrimoine (art. 55).

<sup>435</sup> M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, préf. de D. TALLON, Bruxelles, Bruylant, 1996.

En matière de patrimoine, *il s'agrège donc au lien de propriété un ou plusieurs rapports juridiques institués du fait de l'intérêt commun* que présentent les choses ainsi qualifiées. La situation est néanmoins rendue plus complexe par le fait que, dans le Code du patrimoine, ces rapports juridiques qui s'agrègent au lien de propriété sont extrêmement éclatés. On observe en effet qu'aucun régime particulier n'est accroché à la définition du patrimoine de l'article L. 1 (technique assez courante dans les textes de droit français, comme le rappelle l'article L. 101-1 – nouvelle numérotation – du Code de l'urbanisme)<sup>436</sup>. De ce point de vue, on peut dire que cette définition a d'abord et avant tout une fonction de chapeau qui annonce les différents dispositifs de protection qui composent le Code du patrimoine.

En effet, à y regarder de plus près, on observe qu'à l'intérieur du Code, la notion se dissémine en plusieurs catégories juridiques, autour desquelles l'architecture du Code a été constituée<sup>437</sup> :

- les monuments historiques, première grande catégorie juridique, la première qui vient dans l'histoire du droit du patrimoine à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle – et par extension les différents dispositifs de protection des espaces (qui figurent aujourd'hui dans le livre VI du code),
- les musées rassemblant des collections affectées au public (livre IV),
- les archives, et en particulier les archives publiques, toutes les traces donc les preuves de l'activité administrative, les documents qui procèdent d'une activité publique ou de service public (livre II),
- l'archéologie, les produits découverts, le sous-sol, gisements et grottes ornées par exemple (livre V),
- depuis peu le patrimoine culturel immatériel (al. 2 de l'art. L. 1),
- les bibliothèques, tout du moins les bibliothèques de lecture publique des collectivités territoriales (livre III),
- les biens culturels, catégorie qui fait surtout sens pour les règles de circulation et le contrôle à l'exportation, avec la notion de trésor national signalant l'importance de ces biens et la conséquence qu'ils ne peuvent sortir du territoire, du moins à titre définitif (livre I).

En ce qui concerne la diversité des régimes, ces objets obéissent à des règles spécifiques dans la mesure où la mise en forme de l'intérêt collectif et son mode de cohabitation avec la propriété se réalisent selon des modalités variables. D'une façon générale, on peut tout de même dire que dans l'ensemble des dispositifs juridiques du Code du patrimoine, *deux figures dominent*<sup>438</sup>, *celle de la propriété publique, celle de la servitude d'utilité publique* – deux institutions qui cependant s'organisent dans des termes différents selon l'objet considéré.

La seconde de ces figures est celle qui a, et de loin, le plus retenu l'attention de la doctrine juridique spécialisée, depuis la première thèse en la matière, celle d'Ernest Pariset en 1891<sup>439</sup>. *Une présentation « classique » du droit du patrimoine s'est progressivement imposée qui le résume à l'antagonisme entre propriété et souveraineté*, caractéristique des régimes de police administrative. C'est ainsi qu'il est largement tenu pour acquis que l'enjeu doctrinal du droit du patrimoine culturel tiendrait tout entier dans la question suivante : à partir de quand l'atteinte portée, au nom de la protection du patrimoine culturel, par la

---

<sup>436</sup> On pourrait peut-être discuter de l'absence de charge juridique de cet article L. 1, mais ce qui est sûr c'est qu'elle n'est pas immédiatement perceptible, et du coup qu'elle n'est pas mobilisée comme telle.

<sup>437</sup> Dans le cadre de ce rapport, et par un souci de clarté, nous laissons de côté les occurrences de la notion de patrimoine présentes dans d'autres Codes (environnement et urbanisme notamment), tout en rappelant qu'il est très intéressant de faire des comparaisons entre ces dispositifs, par exemple avec les outils de gestion des espaces naturels, tels les sites, les parcs naturels régionaux, les parcs nationaux, la gestion du littoral, etc.

<sup>438</sup> Il serait cependant réducteur de ramener le droit du patrimoine culturel à ces deux seules formes juridiques. Le législateur mobilise aussi le levier du contrat – entre autres par l'intermédiaire des « labels » qui se multiplient en matière patrimoniale – qui vient en contrepoint.

<sup>439</sup> E. PARISET, *Les monuments historiques*, thèse de droit (Lyon), Paris, A. Rousseau, 1891.

puissance publique au droit de propriété, et plus généralement aux droits fondamentaux, doit-elle être considérée comme excessive ? Autrement dit, *où, précisément, se trouve le point d'équilibre entre la protection des droits et la satisfaction des intérêts ?*

Cette « grammaire » propriétaire (et même propriétaire) – qui s'est constituée beaucoup plus tardivement qu'on ne le dit généralement<sup>440</sup> – est la matrice juridique de la protection du patrimoine culturel telle qu'elle est couramment conçue aujourd'hui. Les autres lignes de clivage qui structurent puissamment la matière du droit du patrimoine s'y sont arrimées. Le premier, inégalement abordé dans les multiples dispositifs, mais d'une importance majeure, est celui de la qualité du propriétaire privé ou public. La propriété publique demeure une figure symbole, sans aucun doute soumise à des obligations de plus lourde portée en termes de conservation et surtout de mise à disposition du public. Pour ne prendre qu'un exemple, les servitudes d'accès imposées ne sont guère conçues qu'à la charge du propriétaire public, sauf exception. Sans entrer plus dans les détails ici, cette différenciation peut trouver une justification dans la nature de l'activité publique et le fait qu'elle relève plus explicitement d'une mission de service public. Si le lien entre propriété publique et service public semble aujourd'hui se distendre dans le droit commun des propriétés publiques, il reste que c'est précisément cette notion de service public culturel qui fait que se consolide dans la jurisprudence la figure de la domanialité publique mobilière<sup>441</sup>. Des zones frontières ou d'autres formes d'articulation peuvent cependant être ménagées entre le public et le privé, lorsque, notamment le secteur privé est plus nettement investi d'une mission de service public (le cas des musées de France privés dont le statut est très proche de celui des musées de France publics ou encore celui des archives publiques dont les producteurs peuvent être des personnes privées).

Un deuxième clivage est celui de la distinction entre meubles et immeubles, caractéristiques physiques qui n'appellent pas les mêmes mises en place, tant sur le terrain de la conservation que sur celui de l'accès. Cette division adossée à la classification du Code civil est de nature à fragiliser certains ensembles composites, dont les éléments sont soumis à des régimes distincts, même si la loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (LCAP) du 7 juillet 2016 introduit des mécanismes de protection d'ensembles dits mixtes, mais ceux-ci ne concernent que les entités de caractère exceptionnel et ainsi ne remettent pas en cause ce mode de division des choses.

Un troisième clivage concerne le traitement juridique distinctif du patrimoine matériel et du patrimoine immatériel qui finalement assèche toute réflexion qui tenterait de saisir ensemble ces deux aspects. Et cette direction de travail influence la façon dont sont pensées les finalités de la protection. La conservation sera traduite, quoique les textes ne le disent pas, comme la conservation du corpus et non la conservation des savoirs ou pratiques qui l'ont permis, quand bien même cette lecture serait possible sur le fondement des textes actuels. La question de l'accès ou de la participation est aussi abordée selon ce schéma divisoire. La formulation de la définition du Code du patrimoine est édifiante de ce point de vue. Le premier paragraphe traite du patrimoine tangible quand le second, introduit en 2016, désigne le patrimoine immatériel tel qu'entendu au sens de la Convention UNESCO de 2003. Il semble qu'à aucun moment une définition commune n'ait été envisagée. Il est vrai que l'exercice est complexe compte tenu des différences d'approches qu'ont empruntées les textes dans l'un et l'autre des ressorts des patrimoines matériel et immatériel.

---

<sup>440</sup> Cf. M. CORNU, N. WAGENER, « Quelle conception de la propriété dans la loi du 31 décembre 1913 ? », in J.-P. BADY, M. CORNU, J. FROMAGEAU, J.-M. LENIAUD, V. NEGRI (dir.), *1913. Genèse d'une loi sur les monuments historiques*, Paris, La Documentation française / Comité d'histoire du ministère de la culture, 2013, p. 215.

<sup>441</sup> À propos d'un tableau du musée du Louvre, la Cour de cassation estime qu'il fait partie du domaine public en ce que la conservation et la présentation au public fait l'objet du service. Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> Chambre, 2 avril 1963 ; dans le même sens à propos du domaine public d'une commune ; À propos de tableaux, « à raison de leur affectation au musée municipal de la ville et par suite au service culturel de cette ville, les tableaux (...) relèvent des règles de la domanialité publique ». Cour de cassation, crim. 4 février 2004.

## **2. Présentation par régimes des divers biens culturels (monuments historiques, archives publiques et privées, musées) et lien avec la notion de patrimoine commun**

À partir de cette présentation très sommaire de la catégorie juridique de patrimoine, trois sous-catégories seront plus particulièrement approfondies en ce que, marquées par des spécificités, elles renvoient chacune, à une économie particulière du commun : les monuments historiques, les archives privées et publiques, les musées<sup>442</sup>. C'est une autre des caractéristiques du droit du patrimoine que de fonctionner en silos.

Parmi les invariants, même si l'obligation ne se manifeste pas partout dans les mêmes termes, on peut isoler l'obligation de conservation à des fins de transmission. Dans les textes relatifs à la protection des biens culturels, le projet se concentre dès l'origine et durablement sur cette notion de transmission, bien davantage que sur l'idée de son usage collectif. La technique d'intervention dominante est la servitude d'utilité publique et le cas échéant, l'expropriation. La propriété publique occupe une place importante dans le parc des éléments protégés. La technique du contrat a progressivement pénétré la matière, sans doute d'une façon plus nette à partir des mouvements de décentralisation. Elle est présente dans les trois terrains envisagés, dans des termes propres, qu'il s'agisse des monuments historiques, des archives ou des musées. Partant de là, il faut travailler sous une approche différenciée.

### **2.1. Les monuments historiques classés**

Les monuments historiques sont classés dès lors que leur conservation présente un intérêt public d'histoire ou d'art. Le propriétaire privé ou public d'un bien classé – cette première catégorie transcende très largement la distinction entre ces deux propriétés – n'est pas le maître absolu sur son bien. Il est limité dans son pouvoir de disposer matériellement de la chose grevée d'une servitude administrative de conservation décidée et parfois même imposée par l'État. C'est cette servitude qui exprime l'intérêt collectif sous le contrôle scientifique et technique de l'État, dessinant ainsi une forme particulière de police administrative spéciale. Dans ce schéma, l'obligation se concentre sur la conservation, étant entendu que l'usage, plus largement la jouissance du bien reste sous la maîtrise du propriétaire, notion entendue au sens de l'article 544 du Code civil, comme l'attribut qui consiste à se servir de la chose et d'en tirer les fruits naturels et juridiques. C'est le propriétaire, en principe, l'usager de la chose ; il est libre de concéder ou d'autoriser un usage de son bien, mais il n'existe pas de servitude d'accès imposée par la protection décidée au titre des monuments historiques. Des systèmes d'incitation fiscale à l'ouverture existent dans le Code général des impôts pour les propriétaires qui ouvrent à la visite pendant une certaine durée annuelle, mais il n'existe aucune mesure contraignante de ce point de vue.

C'est là où le recours au contrat peut venir renforcer la charge juridique des obligations qui pèsent sur le propriétaire ou le détenteur. Plusieurs exemples sont intéressants, en particulier le cas où l'État a décidé d'exproprier en raison d'une négligence du propriétaire et que le monument historique est menacé de péril. En ce cas, la loi prévoit que l'État peut, après expropriation, rétrocéder le bien à un tiers et préciser alors dans un cahier des charges les conditions de conservation, mais aussi de jouissance du bien dans des termes plus contraignants que ne le prescrit l'obligation légale. Un autre exemple concerne les transferts de propriété de monuments historiques de l'État vers les collectivités territoriales, en application de loi de décentralisation de 2004 sur les libertés et responsabilités des collectivités locales qui s'accompagnent à nouveau de cahiers des charges qui peuvent contraindre le nouveau propriétaire dans

---

<sup>442</sup> Il est à noter que l'archéologie obéit aussi à des règles propres et tout à fait singulières. Ce volet, qui sera étudié dans le rapport final, est laissé de côté à ce stade car il est actuellement travaillé par les auteurs dans le cadre d'un autre projet retenu par la Mission de recherche Droit et Justice, dans le cadre de ce même appel à projets sur « Le(s) bien(s) commun(s) » (Conservation et dispersion des biens archéologiques : figures de la propriété et du préjudice archéologiques, coord. Vincent NEGRI).

l'utilisation de son bien. À sa suite, la notion d'utilisation culturelle a été approfondie dans la proposition de loi relative au patrimoine monumental de l'État<sup>443</sup>. Le transfert devait, en cas d'utilisation s'accompagner d'un projet culturel qui, s'il était insuffisant pouvait mettre en cause le principe du transfert. Par ailleurs, la convention conclue entre l'État et la collectivité territoriale cessionnaire devait rappeler « les prescriptions liées à l'utilisation culturelle du monument telles que définies à l'article L. 611-4 du Code du patrimoine ». Elle devait en outre « présenter également le projet culturel de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités sur la base duquel le transfert à titre gratuit a été décidé » et fixer « notamment les conditions d'ouverture au public et de présentation des objets que renferme le monument ».

## 2.2. Les Musées de France : collections conservées et présentées au public

Au sens du Code du patrimoine, « Est considérée comme musée, au sens du présent livre, toute collection permanente composée de biens dont la conservation et la présentation revêtent un intérêt public et organisée en vue de la connaissance, de l'éducation et du plaisir du public »<sup>444</sup>. On travaille à nouveau sur les collections privées ou publiques, dans le sillage de la méthode initiée par la loi du 31 décembre 1913.

Ici, le projet est de conserver des collections affectées au public. L'utilisateur est cette fois-ci le public. Présentation et conservation sont ensemble mentionnées dans la définition du musée de France. Cela étant, c'est l'obligation de conservation qui est à nouveau la plus chargée juridiquement. Sa mise en forme est très voisine de celle que connaît le droit des monuments historiques. La loi sur les musées de France adoptée en 2002 s'est en l'occurrence inspirée de la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques. L'obligation de présentation au public ou de livrer accès au public est plus diffuse même si elle n'en pas moins une réalité, en particulier au travers de l'obligation qu'ont aujourd'hui les musées d'adopter un projet scientifique et culturel et de le soumettre à l'approbation du ministère de la Culture. Ce document est destiné à préciser « la manière dont sont remplies ces missions. Le projet inclut un volet éducatif qui précise les activités et partenariats proposés aux établissements d'enseignement scolaire ». Où s'introduit, dans ce système, un ressort contractuel qui vient donner corps aux différentes missions du musée énoncées à l'article L. 441-2 du Code du patrimoine<sup>445</sup>. Il apparaissait de façon assez diffuse dans le texte originaire. Le projet culturel devient clairement une obligation des institutions sous label musée de France. De ce point de vue, on peut voir que le dispositif musée de France s'est quelque peu distancié du modèle de la loi de 1913 en ce qu'il est fortement imprégné de la figure du service public du musée. La prise en charge de l'intérêt collectif est très explicitement reliée à cette notion de service public, ce qui ressort nettement des travaux préparatoires de la loi du 4 janvier 2002, dans lesquels on rappelle le rôle de gardien de l'État et la nécessité qu'il continue d'assurer un contrôle sur le patrimoine national. Le contexte de la décentralisation explique sans aucun doute la façon dont le texte est négocié, en tension avec d'un côté le désir de centralité de l'État, de l'autre, la nécessaire prise en compte des pouvoirs des collectivités territoriales.

On pourrait, en parallèle, évoquer l'univers des bibliothèques, encore que la conservation des collections documentaires est beaucoup moins exigeante que dans le champ des musées.

---

<sup>443</sup> Texte transmis à l'Assemblée nationale le 2 juillet 2012, processus non abouti en raison des élections. Le dispositif pourtant intéressant ne sera pas repris par la loi LCAP du 7 juillet 2016.

<sup>444</sup> Article L 410-1, CP.

<sup>445</sup> Article L. 441-2 : « Les musées de France ont pour missions permanentes de : a) Conserver, restaurer, étudier et enrichir leurs collections ; b) Rendre leurs collections accessibles au public le plus large ; c) Concevoir et mettre en œuvre des actions d'éducation et de diffusion visant à assurer l'égal accès de tous à la culture ; d) Contribuer aux progrès de la connaissance et de la recherche ainsi qu'à leur diffusion. Ils établissent un projet scientifique et culturel, qui précise la manière dont sont remplies ces missions. Le projet inclut un volet éducatif qui précise les activités et partenariats proposés aux établissements d'enseignement scolaire. »

### 2.3. Les archives privées et publiques

« Les archives sont l'ensemble des documents, y compris les données, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, produits ou reçus par toute personne physique ou morale et par tout service ou organisme public ou privé dans l'exercice de leur activité ». À nouveau ici s'exprime l'idée de la conservation des documents qui procèdent de l'activité publique. Les finalités dans la conservation des archives dépassent cependant le seul projet patrimonial, puisque la conservation des documents est organisée « dans l'intérêt public tant pour les besoins de la gestion et de la justification des droits des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, que pour la documentation historique de la recherche » (art. L. 211-2 CP).

La loi du 3 janvier 1979 distingue, sous cette catégorie, les archives publiques et les archives privées, les deux obéissant à un régime ici largement dissocié. La notion d'archives publiques ou privées n'est pas, contrairement aux autres ressorts de protection du patrimoine, conçue comme un régime de propriété. Même si la qualité du propriétaire influence la qualification des archives, c'est davantage le mode de production de l'archive qui la range dans telle ou telle catégorie. Parce qu'il émane d'une entité publique, un document est considéré comme ayant un caractère public. Généré par une activité privée (archives d'entreprises, d'éditeurs, familiales, du monde du travail, etc.), il aura un caractère privé et le conservera y compris lorsque ce document est acquis par une institution publique.

En ce qui concerne les archives publiques, la chaîne patrimoniale se distingue de plusieurs points de vue de celle des musées ou des monuments historiques. D'une part, elle intègre pleinement un droit d'accès et un droit de communication au public, que ce dernier peut faire valoir en justice (il doit auparavant saisir la commission d'accès aux documents administratifs (CADA), autorité administrative indépendante chargée de veiller à la liberté d'accès aux documents). D'autre part, elle concerne des documents dont la valeur se révélera plus tard. Par précaution, on les protège dès leur création et tout le temps de leur durée d'utilisation administrative, ce qui les différencie des autres biens culturels qui procèdent d'une reconnaissance de valeur (monuments historiques, collections des musées). Cette perspective propre aux archives et quelque part à l'archéologie n'est pas toujours comprise notamment par le législateur ce que montre le projet de loi sur la surtransposition qui suggère de n'affecter la qualité de trésor national qu'aux documents ayant fait l'objet d'un tri. À la fin de leur durée d'utilisation administrative, les documents doivent rejoindre un service d'archives et passent alors par une phase de tri/sélection. En vertu de l'article L. 212-2 du Code du patrimoine « À l'expiration de leur période d'utilisation courante, les archives publiques autres que celles mentionnées à l'article L. 212-3 font l'objet d'une sélection pour séparer les documents à conserver des documents dépourvus d'utilité administrative ou d'intérêt historique ou scientifique, destinés à l'élimination ». Et même à cette période, le tri se fait avec l'idée que ces documents seront utiles à la science de demain. Il y a un régime d'anticipation de l'intérêt culturel. Les documents dont on pense qu'ils sont dépourvus d'intérêt, sous cette approche prospective, sont détruits.

Pour les archives privées, elles peuvent être classées comme archives historiques et sont alors régies par une servitude assez voisine de celle des monuments historiques. En l'occurrence, avant la loi du 3 janvier 1979, leur protection relevait de la loi du 31 décembre 1913. Ce qui est intéressant, dans le classement des archives historiques, c'est que c'est le premier exemple de prise en compte de l'intérêt d'un ensemble, le fonds d'archives. Si juridiquement, jusqu'à une époque récente, la préservation de l'intégrité de l'ensemble n'était guère assurée, la loi CAP du 7 juillet 2016 a très fortement renforcé cet aspect. C'est en effet une des singularités des archives que de tirer leur valeur de l'appartenance à un ensemble qui donne la possibilité de mettre en relation les documents qui le composent. Cette spécificité n'est pas toujours comprise, lorsque, notamment se présente le moment du tri/sélection.

C'est aussi un domaine à part parmi les biens culturels, en ce que la valeur entre supports en contenu peut être plus aisément dissociée que d'autres champs patrimoniaux. C'est ce qui explique que, plus facilement, on ait pu envisager de traiter distinctement le document matériel et le contenu dont il est porteur ou encore d'intégrer, dans la réflexion du régime juridique des archives cette question d'un possible dédoublement. Deux exemples illustrent cette particularité. D'une part, en matière d'archives privées, le législateur a institué un droit de reproduction des documents, à qui on délivre un certificat d'exportation. Cette faculté dont dispose l'État permet en effet de conserver le contenu d'archives intéressantes, sans gêner la circulation physique du document et leur sortie du territoire. D'autre part, c'est aussi en matière d'archives, sur le plan international que la notion de patrimoine partagé a été la plus travaillée avec des solutions originales de propriété collective, dont on trouve certaines traces dans les traités abordant la question de la restitution d'archives et en matière de succession d'États<sup>446</sup>.

Quant à la logique contractuelle, elle a pu être mobilisée par la pratique, en matière d'archives du personnel politique, puis intégrée par la loi du 15 juillet 2008, qui légalise un usage jusqu'alors *contra legem*. Le dispositif du droit des archives prévoit d'autres ressorts contractuels, en amont et en aval, sur la question de l'archivage et de la gestion et la conservation des archives.

### 3. Les sources d'inspiration de l'approfondissement de la communalité des biens culturels

Il est désormais temps de bien marquer les liens des biens culturels avec la communalité. Au préalable, il semble important de faire plusieurs observations liminaires.

À titre d'une première, on note que le patrimoine culturel est à plusieurs reprises cité comme exemple de communs ou de biens communs déjà concrétisés en droit positif, mais qu'on ne le voit pas comme tel *faute de disposer de bons concepts pour le décrire*<sup>447</sup>.

L'idée qui est derrière ces références au patrimoine culturel, et à laquelle l'on peut pleinement souscrire, est que le droit du patrimoine culturel exprime des formes juridiques de communs ou de biens communs *déjà là*, de sorte que celles-ci n'auraient pas tant à être instituées qu'à être, *d'abord*, identifiées. En cela, l'échelle de communalité partage le même point de départ que les théories du droit social du début du XX<sup>e</sup> siècle : il y a tout lieu de penser que nous sommes en présence d'un problème de grammaire juridique, en ce sens que nos manières de lire le droit n'expriment que partiellement les préoccupations collectives que le droit organise effectivement.

L'enjeu – qui, de ce point de vue, et en dépit de ses incidences fortement politiques, est un enjeu *d'abord* scientifique – est donc de montrer que, s'agissant du droit du patrimoine culturel, les analyses en termes de propriété expriment moins bien que celles en termes de communalité les rapports juridiques réellement à l'œuvre. En caricaturant un peu, on pourrait dire qu'il se joue ici une opposition entre une vision en négatif et binaire, d'une part, et une vision en positif et plurielle, d'autre part :

- Dans le premier cas (qui correspond à une lecture en termes de propriété), on étudie ce que le propriétaire n'a plus, en se focalisant sur les limitations à la propriété consécutives à la reconnaissance de la valeur patrimoniale de son bien (*vision en négatif*) et on se concentre sur la

---

<sup>446</sup> Sur ces ouvertures très intéressantes et l'émergence d'une figure de propriété collective des archives, C. KEKCEMETI, *L'histoire des contentieux archivistiques, Archives et Patrimoine*, L'Harmattan, Coll. Droit du patrimoine culturel et naturel, 2004.

<sup>447</sup> C'est ainsi que l'exemple de la législation sur les monuments historiques est notamment mobilisé par Judith ROCHFELD (v. par ex. « Quel modèle pour construire des "communs" », in Béatrice PARANCE et Jacques de SAINT-VICTOR (dir.), *Repenser les biens communs*, CNRS Éditions, 2014, p. 125) et servait déjà d'illustration à la transpropriation dans François OST (not. « Le milieu, un objet hybride qui déjoue la distinction public-privé », in CURAPP, *Public/privé*, Paris, PUF, coll. Publications du CURAPP, 1995, p. 102). On pourrait même dire, toutes choses égales par ailleurs, que c'est le même souci qui préside aux réflexions de Saleilles sur la « propriété artistique » et à l'intérêt qu'il porte à la première législation sur les monuments historiques (loi du 30 mars 1887), v. nos deux articles sur cette question.



seule relation entre le propriétaire et l'État (vision *binnaire*). Cette lecture, qui, nous l'avons vu, domine largement les représentations du droit du patrimoine culturel depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, assèche évidemment la réflexion sur l'intérêt commun et ceux qui devraient en être les bénéficiaires.

- Dans le second cas (qui correspond davantage à une lecture en termes de communalité), on cherche à observer la diversité des prérogatives sur les choses, et la possibilité d'une pluralité d'intérêts (vision *en positif*), passant à une structure multilatérale dans laquelle les personnes de l'État et du propriétaire ne sont pas les seuls à disposer d'un intérêt juridiquement protégé (vision *plurielle*, par laquelle on voit le propriétaire, l'État et... le reste du monde).

À titre de deuxième observation, on note qu'une multitude de discours expriment la dimension collective des choses qualifiées de patrimoine, que ce soit dans le langage courant (dans la vie de tous les jours, dans la presse, dans les débats parlementaires ...), avec des formulations du type : « cette grotte ornée appartient à l'humanité tout entière », « cette cathédrale est celle de tous », « c'est notre patrimoine commun », « la nation a des droits à faire valoir », « ce monument est notre histoire, le propriétaire n'a pas le droit de tout faire », « ce sont nos ancêtres communs qui nous ont légué cette chose », etc.), ou dans les énoncés juridiques, avec des formulations du type : « patrimoine national », « patrimoine mondial », « trésor national », etc.

L'erreur, semble-t-il, serait de balayer ce vocabulaire comme autant d'expressions d'une approche naïvement essentialiste des communs ou biens communs. *Ce ne sont pas les qualités intrinsèques de la chose que ce vocabulaire exprime, mais le rapport juridique qui est revendiqué à l'égard de celle-ci*, ce qui est très différent d'une approche fondée sur la nature des choses. Dans ces conditions, il n'est pas interdit – ne serait-ce qu'à titre d'hypothèse de travail – de voir dans ce vocabulaire des expressions sociales *qui, en tant que telles, n'ont pas une valeur descriptive différente de celle des concepts par lesquelles on décrit classiquement le droit du patrimoine culturel*. Nous voulons exprimer par là que dire du patrimoine qu'il est à « tout le monde », à la « nation » ou à l'« humanité », ce n'est pas forcément user d'une belle métaphore ; *ce peut être aussi une manière d'exprimer, selon une autre grammaire certes et de manière plus ou moins rigoureuse, quelque chose qui se passe effectivement en droit*.

Les deux observations qui précèdent, et c'est la troisième observation, ne se situent pas sur le même plan, mais doivent être articulées :

- Dans le premier cas, l'enjeu est de regarder le droit du patrimoine culturel et de *faire « comme si » le concept de propriété n'existait pas*, afin de se mettre en capacité d'observer le plus précisément possible ce qui se passe « pour de vrai » dans cette branche du droit. Mettant de côté le rapport de propriété, on part de la chose elle-même et des différents intérêts juridiquement protégés qui s'expriment avec plus ou moins de force sur cette chose. On cherche alors à répondre à la question suivante : grâce à cette méthode réaliste, au sens de « démystificatrice » (méthode « à la Duguit », si l'on ose dire), parvient-on effectivement à établir que le droit du patrimoine culturel organise des formes de commun ?
- Dans le second cas, on regarde ce que disent les gens lorsqu'ils évoquent le patrimoine, et *on le prend au sérieux* ; on interroge alors le lien susceptible d'exister entre 1° le fait que l'on dit couramment du patrimoine qu'il est à « tout le monde », à la « nation » ou à l'« humanité » et 2° le fait que le droit du patrimoine culturel organise des formes de commun. On cherche à répondre à la question suivante : dans quelle mesure le droit du patrimoine culturel est-il la mise en forme, plus ou moins biaisée, d'une préoccupation partagée dans le corps social ?

En résumé, et si l'on voulait employer un vocabulaire un peu éculé, on dirait que dans le premier cas, on observe *la dimension sociale du droit du patrimoine culturel*, et dans le second cas, *les sources sociales de ce droit*.

Arrivé à ce stade, il est tentant, en tant que juriste, de considérer : 1° que l'étude de la dimension sociale du droit du patrimoine culturel (en quoi le droit du patrimoine culturel organise-t-il des formes de commun ?) relève d'une tâche de sciences du droit, ce, 2° à la différence de l'étude des sources sociales du droit du patrimoine (dans quelle mesure le droit du patrimoine culturel est-il la mise en forme, plus ou moins biaisée, de préoccupations sociales ?), qui relève, elle, d'une tâche de sociologie du droit. Il semble néanmoins qu'évacuer cette seconde interrogation dans une recherche comme celle présente (autrement dit, faire la première étude sans faire, en même temps, la seconde) pose un problème de taille : cela revient à occulter le fait que *l'organisation juridique des prérogatives sur un bien patrimonial reste toujours, d'une manière ou d'une autre, le fait de l'État*. Or n'étudier que les formes du commun sans observer comment celles-ci sont instituées par l'État conduit à considérer que *n'importe quelle servitude administrative, parce qu'elle est une limitation du droit du propriétaire au nom de l'intérêt collectif de la chose, doit s'analyser comme une forme de commun qui ne demande qu'à être nommée*.

Il résulte de ce qui précède qu'il importe non pas seulement d'étudier la plus ou moins grande ouverture de l'usage et de la gestion de la chose, mais aussi d'interroger le mode d'institution de cette ouverture par l'État. L'objectif de cette interrogation est de se donner les moyens de répondre à des questions concrètes du type : est-on vraiment sûr que la législation sur les monuments historiques institue un commun ou un bien commun ? Ou, au contraire, ne faut-il pas considérer que cette législation n'exprime jamais que quelque chose de très classique, à savoir la fonction sociale de l'État qui fait que celui-ci agit couramment, grâce à son pouvoir souverain, au bénéfice du plus grand nombre ? Bref, qu'est-ce que nous apporte ici la notion de communalité, si ce n'est le fait, bien connu, selon lequel on ne saurait dire que la limitation des droits « diminue la liberté de l'individu [...], quand on songe à son effet sur la condition réelle de tous les autres » (sauf, bien sûr, à « s'identifier, inconsciemment peut-être, mais totalement au point de vue d'un des groupes intéressés, on nous permettra de dire : des “anciens maîtres” [...] »)<sup>448</sup> ?

C'est pourquoi l'échelle de communalité ne doit donc pas seulement se déployer sur le plan horizontal, en étudiant la plus ou moins grande ouverture de l'usage et de la gestion de la chose, et la réalité des différents usages sur la chose, mais aussi sur le plan vertical, en interrogeant le mode et le processus d'institution de cette ouverture par l'État<sup>449</sup>. Si, dans la propriété, il se niche sans cesse des effets de domination du propriétaire (auxquelles on oppose des limitations), dans les communs, il se niche sans cesse des effets de domination de l'État (auxquelles il convient d'opposer des limitations). Le droit du patrimoine culturel est un exemple caractéristique de cette recherche d'équilibre entre le plan horizontal et le plan vertical par lequel on institue le bien culturel comme bien commun, un équilibre très brouillon, car encore extrêmement mal décrit aujourd'hui.

Sous cette perspective qui consiste à partir de la chose pour comprendre quels droits et intérêts s'y expriment et dans quelle relation à l'intérêt commun, la question se pose de savoir quels outils d'analyse mobiliser. On partira évidemment des apports des théories développées autour des communs<sup>450</sup>, mais aussi dans d'autres branches du droit (droit de l'environnement, droits de l'homme dont les droits culturels) ou dans d'autres droits.

### **3.1. Les autres branches du droit comme sources d'approfondissement (environnement, urbanisme)**

---

<sup>448</sup> C. EISENMANN, « Droit public, Droit privé (en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX<sup>ème</sup> au XX<sup>ème</sup> siècle) », *RDP*, 1952, p. 914.

<sup>449</sup> V. *supra*, Partie 1.

<sup>450</sup> Sur cette mobilisation des communs, voir *supra* Introduction, II - La notion de communalité. Sur les *beni comuni* : Annexe 2, Leçon de droit comparé n° 6 : La reconnaissance de l'intérêt commun en rapport avec les droits fondamentaux au sein des *beni comuni* en Italie.

Quand bien même le Code de l'environnement développe une vision propre de la notion de patrimoine, les conséquences juridiques qu'elle y attache peuvent être intéressantes à transposer dans le champ du patrimoine culturel. En particulier, l'énoncé de certains principes dont le principe de participation ou le principe de non-régression pourrait bien inspirer le législateur patrimonial ou encore plus concrètement les modalités d'association et d'information du public. En ce qui concerne le droit de l'urbanisme, certains dispositifs d'enquête, d'information du public, d'association des usagers à la prise de décision peuvent aussi inspirer des solutions dans un domaine qui reste très imperméable à ces problématiques.

### **3.2. Les droits culturels comme source d'approfondissement**

La notion de droits culturels a été récemment introduite dans plusieurs textes. La loi « Notre » du 7 août 2015<sup>451</sup> impose notamment à l'État et aux collectivités territoriales de prendre en compte les droits culturels dans la conduite de leurs politiques publiques. Quant à la loi sur la liberté de création, l'architecture et le patrimoine, en forme programmatique, elle s'inscrit dans le sillage de la convention sur la promotion et la protection des expressions culturelles. On peut de ce point de vue considérer les droits culturels comme nouveau paradigme des politiques publiques culturelles et patrimoniales, et au-delà, se demander quelle charge juridique potentielle conférer à ce nouveau droit. Dans l'intention, ces droits culturels sont conçus comme renvoyant à une catégorie d'action publique (il s'agit pour les acteurs publics d'intégrer cette dimension *bottom up* en matière de politique culturelle) et non à la reconnaissance d'un droit fondamental. Il n'empêche que paraissant dans le grain du droit, on peut se demander quelle pourrait en être la charge juridique ?

La notion de droits culturels est, dans la littérature, entendue de façon plus ou moins extensive. Certains la contiennent dans le cercle des politiques culturelles comme désignant le droit d'accès à la culture et encore le droit de participation culturelle. Dans une veine assez proche, certaines conventions internationales instituent le droit au patrimoine comme droit culturel d'accéder au patrimoine (Convention de Faro), levier mobilisé dans le rapport *Savoy/Sarr* sur la restitution des biens culturels africains. La Convention sur la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de 2003 et la Convention sur la diversité des expressions culturelles de 2005, nouvelle génération de textes internationaux en matière de droit de la culture prenant pour point d'entrée le droit à la culture sont aussi en voisinage.

Dans une approche beaucoup plus extensive, portée notamment par le groupe de Fribourg, d'autres les relient à la défense des identités culturelles. Cette deuxième notion de droits culturels, qui renvoie davantage à une conception philosophique qu'à un projet juridique n'est guère opérationnelle dans notre droit. La première acception des droits culturels peut sans doute alimenter une réflexion sur la communalisation des biens culturels étant entendu que, sous la perspective dans laquelle nous nous engageons, l'idée n'est pas en toute hypothèse de fondamentaliser les droits et intérêts culturels, mais plus largement de réfléchir à la façon dont la diversité des intérêts observés sur une chose culturelle peut trouver à s'exprimer juridiquement.

### **3.3. Le droit comparé comme source d'approfondissement**

Le droit comparé peut également servir pour penser des pistes d'évolutions, notamment dans deux directions.

En premier lieu, le droit belge se révèle intéressant en ce qu'il montre une mobilisation en justice de la notion de patrimoine commun de la nation en Belgique.

---

<sup>451</sup> Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, JORF du 8 août 2015.

Plus précisément, le Conseil d'État a accueilli l'action d'une personne critiquant le projet touristique prévu par les autorités publiques sur le site de Waterloo et a reconnu son intérêt à agir sur le fondement de la règle selon laquelle le territoire est le patrimoine commun de la nation au sens du Code de l'urbanisme, formule que le Code français de l'urbanisme contient également (laissée inactivée par les juges)<sup>452</sup>. Il faut préciser que cette personne n'était pas une habitante des lieux ; néanmoins, elle y portait intérêt en tant qu'historienne (intérêt attesté). Il est également nécessaire de relever que le Conseil d'État belge annule en conséquence le permis de construire sur ce site protégé<sup>453</sup> en s'appuyant encore plus spécifiquement sur la notion de patrimoine commun du territoire. Ainsi, se fondant sur l'article 1<sup>er</sup> du Code wallon de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme (CWATUP), lequel reprend la formule du Code français et prescrit que « le territoire de la région wallonne est le patrimoine commun de ses habitants »<sup>454</sup>, les juges ont décidé que :

« en présence d'un site classé et, qui plus est, d'un site faisant partie du patrimoine exceptionnel de la Région, une personne, physique ou morale, de droit privé, (peut) agir en justice pour la préservation de ce patrimoine qui est, selon elle, menacé par un permis d'urbanisme, lorsque cette personne démontre, par ses activités ou par d'autres circonstances pertinentes, avoir consacré du temps et de « l'intérêt » au bien patrimonial concerné, en l'espèce, au lieu de mémoire insigne que constitue le champ de bataille de 1815 ; que cet intérêt à agir est renforcé par le fait que le CWATUP associe la population aux décisions de classement (voir l'article 197, 4o, du CWATUP). »

L'intérêt accueilli par le juge est ainsi particulièrement intéressant en ce qu'il dépasse l'intérêt personnel que peut invoquer un habitant du site pour admettre l'action de personnes au nom d'un intérêt commun, celui de la protection du patrimoine. Une restriction est cependant ici tirée de « l'intérêt porté au bien patrimonial ».

Sous cette réserve, c'est bien la reconnaissance de la dimension collective du site qui fonde l'action à agir, ce qui signifie que c'est une propriété d'un genre particulier :

« Considérant qu'à partir du moment où un bien est reconnu comme faisant partie du patrimoine culturel, il ne peut plus, par définition, être considéré comme étant la "chose exclusive" d'une personne morale de droit public quelconque, même propriétaire des lieux, d'une collectivité déterminée ni même de la génération présente, à plus forte raison des voisins ou des habitants du quartier; que c'est plus l'intérêt de ceux qui se dévouent à sa conservation qu'une proximité géographique aléatoire qui peut justifier l'action tendant à assurer la préservation du bien culturel ; »

---

<sup>452</sup> CE, section administration, n° 165.965 du 15 décembre 2006.

<sup>453</sup> Notamment protégé par la loi du 26 mars 1914 et inscrit sur la liste du patrimoine exceptionnel de Wallonie par arrêté du Gouvernement wallon du 5 septembre 2002.

<sup>454</sup> Art. 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup> du CWATUP : « Le territoire de la Région wallonne est un patrimoine commun de ses habitants. La Région et les autres autorités publiques, chacune dans le cadre de ses compétences et en coordination avec la Région, sont gestionnaires et garants de l'aménagement du territoire. Elles rencontrent de manière durable les besoins sociaux, économiques, énergétiques ». *Adde* Décret-cadre du 19 avril 2007 (art. 3) (de mobilité) – Décret du 15 février 2007 (art. 1<sup>er</sup>) patrimoniaux et environnementaux de la collectivité par la gestion qualitative du cadre de vie, par l'utilisation parcimonieuse du sol et de ses ressources (par la performance énergétique de l'urbanisation et des bâtiments – Décret du 20 septembre 2007, art. 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> et par la conservation et le développement du patrimoine culturel, naturel et paysager.

En second lieu, les droits ibériques et lusophones sont intéressants<sup>455</sup> en ce qu'ils reconnaissent des intérêts collectifs sur certaines ressources — intérêts diffus — aux mains de collectivités indéfinies et non personnifiées. Ces notions seront précisées par la suite<sup>456</sup>, mais l'on peut souligner que, d'abord apparues dans le champ du droit de l'environnement, elles deviennent également utilisées dans certains États au service de la protection du patrimoine. Par exemple en droit portugais, l'action diffuse peut être exercée par une personne qui, distinctement de son intérêt propre, invoque l'atteinte à un intérêt collectif patrimonial.

#### 4. Directions d'évolutions et propositions de réformes

À partir de ces outils d'analyse, l'idée a été de travailler sur cet espace commun qui caractérise les biens culturels. Plus précisément, de comprendre la façon dont cet intérêt commun pourrait être garanti ; dans quels termes. Laisant de côté l'approche négative qui consiste à se demander quelle charge le droit de propriété peut supporter, l'idée est de penser positivement cet espace de l'intérêt commun, ces valeurs sociales inappropriables qu'évoque Marcel Waline à propos des monuments historiques et de les penser non comme sphères hors d'atteinte du droit de propriété, mais plus concrètement comme un domaine d'emprise de droits et d'obligations (ou autres prérogatives) liées à leur condition de bien commun. Finalement, cette perspective n'est pas si éloignée de la démarche proposée pour sanctuariser le domaine public au sens du droit d'auteur.

Sur ces fondements, deux directions de travail ont été entreprises. Il s'est agi, d'une part, de comprendre, quelle est aujourd'hui la traduction juridique de la communalité dans le champ des biens culturels, soit d'entreprendre une sorte de cartographie mettant en lumière différents registres et modalités de communalité.

A cet égard, on a repris des théories d'Ostrom plusieurs éléments :

1. l'idée d'une ressource en accès partagé,
2. qui nécessite la mise en place d'un système de droits et d'obligations,
3. garanti par un certain mode d'organisation collective,
4. gouverné par un ensemble de principes (le droit du patrimoine est peu pensé et peu formulé sous cet angle contrairement au droit de l'environnement).

D'autre part, il s'est agi, dans une perspective plus prospective, de mieux faire apparaître ou encadrer cette logique de commun en face de défaillances ou de fragilités ou encore d'angles morts sous cette perspective de communalité.

Parmi ces hypothèses, on peut citer par exemple :

- le faible degré d'implication de la société civile tout au long de la chaîne patrimoniale,
- l'absence de délimitation et de détermination claire des responsabilités collectives, quand il ne s'agit pas de l'absence de mécanismes de responsabilité,
- la faiblesse des mécanismes de contrôle et de contre-pouvoirs (ex. de l'action des associations de protection du patrimoine, cas des Halles de Fontainebleau),
- la faiblesse des réflexions autour de la gestion des biens communs,
- d'une façon générale, l'absence de réflexions autour de la participation à la prise de décision patrimoniale.

---

<sup>455</sup> V. Annexe 2, Leçon de droit comparé n° 5 : La reconnaissance des intérêts diffus au Portugal.

<sup>456</sup> V. Partie 2, Titre 2, Section 1.

L'exercice fut alors, à partir de ces constats et au regard du schéma précédent, de réfléchir à la façon d'encadrer, d'organiser et garantir l'exercice de ces droits.

En l'état le constat d'ensemble était le suivant : la cartographie des droits et intérêts qui s'expriment sur les biens culturels montre que les solutions varient en fonction des secteurs, sans toujours que l'on en saisisse la cohérence générale. En particulier, on peut observer un grand désordre dans le droit du patrimoine tel qu'il est appliqué au « secteur public » (au sens large : personnes publiques et services publics), qui organise juridiquement l'ouverture selon des formes plus ou moins abouties selon que l'on considère, par exemple, les archives publiques, les monuments historiques propriétés publiques ou encore les musées gérés dans le cadre d'une mission de service public pour lesquels l'obligation centrale reste la conservation.

L'une des raisons tient au fait que le prisme propriétaire est largement dominant et que celui-ci empêche de penser correctement *sur le plan juridique* les effets d'exclusion et de fermeture qui sont à l'œuvre. Entre autres exemples, on se rend incapable d'exprimer juridiquement ce qui est « retiré » au public lorsqu'un musée public voit l'un de ses espaces privatisé<sup>457</sup> ou lorsqu'un élément du patrimoine culturel public se trouve dispersé<sup>458</sup>.

C'est très précisément l'enjeu, pour le droit de la culture, d'une lecture en termes de communalité : arriver à penser juridiquement *l'ensemble des utilités* retirées d'un bien ou d'un service culturel (et en particulier les utilités que le prisme propriétaire « invisibilise »), de façon à rendre visibles celles qui, au gré de la vie de la chose ou du service, se trouvent imperceptiblement rognées.

Cela ne signifie en aucun cas que la dimension propriétaire du débat doit être évacuée. Il est évident, en particulier, que la charge pesant sur la propriété privée ne peut être de même amplitude que celle s'exerçant sur le secteur public<sup>459</sup>. Mais il n'en demeure pas moins que le constat uniquement concentré autour de l'intensité de la charge et du seuil d'acceptabilité de cette charge évacue toute réflexion sur la place de l'intérêt commun et la façon dont il pourrait être juridiquement délimité, et de ce point de vue, simplifie à outrance le débat juridique. D'une certaine façon, la problématique est voisine de celle que rencontre le droit de la propriété intellectuelle, lorsque celui-ci se refuse à penser juridiquement *de manière positive* le domaine public, se rendant alors imparfaitement capable de garantir les utilités que le public en retire *d'ores et déjà*.

Appréhender le droit de la culture en termes de « communalité » soulève bien sûr des questions difficiles (qui ne sont pas propres à la question culturelle). Si l'on part de l'hypothèse que *l'objectif est de parvenir à mieux garantir l'ensemble des utilités retirées d'un bien ou d'un service culturel, et en particulier les utilités qu'en retire le public*, la réflexion prospective en termes de « communalité » implique deux grandes distorsions par rapport à la façon traditionnelle de raisonner.

La première difficulté, qui sera commune à nombre d'objets traités dans ce rapport, tient à la perspective de **protéger juridiquement les intérêts collectifs sans nécessairement passer par l'attribution de droits subjectifs sur la chose**. Penser les moyens de mieux protéger la diversité des intérêts qui s'attachent aux biens culturels nécessite de réfléchir à la forme juridique par laquelle, effectivement, on protège ces intérêts. Cela soulève la question de savoir si cette forme peut être exprimée de manière satisfaisante, c'est-à-dire avec suffisamment de subtilité, si on l'exprime exclusivement en termes de

---

<sup>457</sup> On peut ici citer le cas de certains grands musées sommés de réduire les temps d'exposition pour laisser le champ plus libre aux locations d'espaces par des entreprises privées (ex. du musée de l'homme).

<sup>458</sup> L'exemple de l'imprimerie nationale est édifiant de ce point de vue. On pourrait ici évoquer le rapport *Jouyet Levy* qui envisage la vente de certains éléments de collection comme mode de valorisation du patrimoine.

<sup>459</sup> Ce que, déjà soulignait Saleilles dans son article sur la législation italienne à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle : « La législation italienne relative à la conservation des monuments et objets d'art. Étude de droit comparé », *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1895, p. 1-98.

droits subjectifs, qu'il s'agisse de droits à attribuer (pour le public) ou de droits à démembrer (pour le propriétaire). L'enjeu est alors de savoir, très prosaïquement, par quel canal « ouvrir », c'est-à-dire protéger juridiquement d'autres intérêts que ceux du propriétaire).

**La seconde difficulté tient à l'idée de protéger juridiquement les intérêts collectifs sans nécessairement déléguer cette protection à la puissance publique.** C'est pourtant la voie traditionnelle et historique par laquelle on a tenté d'exprimer la garantie d'intérêts collectifs (autrement que par l'attribution à d'autres individus que le propriétaire de droits sur la chose). La puissance publique, qu'elle prenne la forme d'une police ou d'une propriété, y a été instituée comme centrale. Or, s'il n'est pas ici question de liquider cet héritage et de perdre cet acquis, il est nécessaire de borner son rôle de manière plus forte : il faut s'assurer que, effectivement, il n'y ait pas de captation (et donc de privatisation) des intérêts collectifs par la puissance publique chargée de protéger ces intérêts collectifs. Ce qui suppose : 1° de placer cette puissance publique davantage sous contrôle ; 2° de laisser des possibilités pour ces intérêts collectifs de s'exprimer hors de l'intermédiaire de la puissance publique. En somme tout l'enjeu dans la mise en œuvre de cette échelle de communalité consiste à dépasser la grammaire juridique classique et d'explorer d'autres façons de satisfaire l'intérêt collectif, par des moyens qui ne passent pas en toute hypothèse par l'attribution de droits sur la chose ou encore par le renforcement des prérogatives de l'État.

#### **4.1. Directions d'évolutions**

Sur ces fondements, trois pistes sont proposées qui, toutes, impliquent de travailler la propriété culturelle au plan national selon une échelle de communalité qui impose de repenser la place du public et de mieux articuler les deux notions de propriété publique et de service public. Sur le plan international, les récents développements autour de la question de la restitution des biens culturels pourraient plus sérieusement alimenter une réflexion autour des patrimoines partagés dont plusieurs États revendiquent un lien d'appartenance.

##### **4.1.1. Penser juridiquement la figure du public**

En premier lieu, il est intéressant de repenser positivement la place du public sous une perspective particulière, en mobilisant la notion de communalité avec l'idée à la fois qu'il y a une gradation nécessaire dans le degré de communalité - ce qu'on a appelé l'échelle de communalité - et que s'impose un seuil minimal de communalité dès lors qu'un bien fait ou devrait faire partie du patrimoine commun. Cette direction de travail appelle des évolutions juridiques précises du Code, avec des contraintes générales de communalité quel que soit le propriétaire et des contraintes spécifiques de « communalité » dès qu'il y a service public ou personne publique.

Ainsi, cette place du public peut notamment se traduire par la reconnaissance ou la consolidation de droits subjectifs (par exemple des droits d'accès ou de jouissance, à l'information, de participation, etc.), mais également par la reconnaissance et la consolidation de certaines actions entre les mains des associations et plus largement des personnes défendant non seulement leur intérêt propre, mais aussi plus diffusément un intérêt commun à l'existence, à la conservation et à la transmission de la chose (d'où la nécessité du recours à la notion d'intérêt diffus). Aussi, l'approche ne saurait se réduire à la reconnaissance de droits subjectifs : si certaines personnes ont un droit direct sur le bien culturel, un intérêt propre à la chose (celui du propriétaire d'en jouir et d'en disposer, celui de l'utilisateur d'y accéder, celui de l'État d'en contrôler certains usages), un intérêt collectif peut s'exprimer sous une autre forme par des actions en justice, ce que certaines constitutions et droits traduisent, on l'a mentionnée, par la

reconnaissance de la notion d'intérêt diffus (Portugal, Brésil)<sup>460</sup>. Cette approche déporte la défense de la protection vers la chose elle-même et non vers la personne qui la revendique.

#### **4.1.2. Penser la propriété publique en lien plus étroit avec le service public**

Une deuxième direction suppose de retravailler les différents leviers du droit du patrimoine autour de notions actuellement peu élaborées comme les notions de service public culturel, de domaine public culturel, d'affectation culturelle. Il conviendrait également d'harmoniser les régimes de communalité publique.

#### **4.1.3. Instituer au plan international des modes de propriété ou de garde partagées**

Enfin, l'actualité du Rapport rendu par Bénédicte Savoy et Felwine Sarr invite à réfléchir à la notion de patrimoine partagé aux plans national et international, c'est-à-dire à l'idée que pour certains objets qui relèvent d'une histoire partagée, pourrait être reconnue la notion d'intérêt commun à plusieurs États. Cela suppose de penser le sort de ces biens non pas en termes de propriété et de conflits de restitution, mais d'imaginer les modalités d'une garde partagée dans le cas de biens culturels qui, parce qu'ils recèlent une part d'universalité, excluent toute forme d'appropriation privative. Dans un système juridique libéral, cette catégorie n'est évidemment concevable que pour les biens en mains publiques. Les réflexions du Conseil international des archives sur le sort des archives en cas de succession d'États et sur la reconnaissance d'une possible propriété collective pourraient ici être utilement exploitées. La difficulté la plus complexe est de déterminer qui pourrait porter cet intérêt (État, communauté ou autre groupe).

### **4.2. Propositions de réformes : le régime spécial des biens culturels, patrimoine commun culturel**

Sur ces fondements, les propositions s'organisent sur plusieurs niveaux d'intervention<sup>461</sup>.

On ne fera que rappeler le premier niveau, soit le degré minimal de communalité pris en charge par la notion de patrimoine commun : son régime a vocation à s'appliquer en tant que régime primaire<sup>462</sup>.

Il s'agit cependant de bien spécifier ici les différents principes énoncés (conservation, participation, usage raisonnable, non-régression) pour le domaine du patrimoine culturel et de les moduler au regard des particularités de régime des biens culturels.

À ce stade, des dispositions factuelles concernant, dans le Code du patrimoine, l'ensemble des catégories prises dans cet ensemble du patrimoine culturel ont été dégagées : certaines s'appliquant par-delà le régime de propriété ; d'autres se distribuant selon la qualité publique ou privée de la propriété.

Un deuxième niveau de modifications proposées se rapporte plus spécifiquement aux différents secteurs dans le champ du patrimoine.

En réalité, l'application spéciale de la notion transversale au patrimoine culturel a plus travaillé, des pistes possibles pour le dernier versant ayant seulement été esquissées.

---

<sup>460</sup> V. *infra*, Annexe 2, Leçons de droit comparé, n°4 et 5.

<sup>461</sup> V. *infra*, Annexe 1, n° 2, Propositions de réforme relatives aux biens culturels.

<sup>462</sup> V. *supra* Section 1.1.



#### 4.2.1. Poser une définition du patrimoine culturel mettant l'accent sur l'intérêt commun et la responsabilité des acteurs

**Justification et explication :** Dans l'optique de rattacher le patrimoine culturel à une catégorie plus générale de patrimoine commun, il est utile de signaler explicitement ce lien. D'une façon quelque peu surprenante, le Code du patrimoine, à aucun moment, ne relie les deux, en particulier dans la définition actuelle.

Ce peut être aussi l'occasion de retravailler cette définition qui ne dit rien des finalités que poursuit le Code du patrimoine et peu de l'intérêt collectif qui justifie le rattachement de certains biens à cette catégorie de patrimoine culturel. C'est parce que ces biens appartiennent à tous qu'ils sont ainsi distingués. Elle traite par ailleurs de façon dissociée le patrimoine matériel et le patrimoine immatériel, suggérant par là même que les deux notions relèvent de deux régimes distincts.

**Mise en forme juridique de la définition :** (étant entendu que certains de ces éléments doivent être repris et déclinés au fil de dispositions spécifiques, par exemple l'intérêt collectif) :

« Le patrimoine au sens du présent Code relève du patrimoine commun de la nation et réunit l'ensemble des biens ou ressources culturels dont la désignation, la jouissance et la transmission sont d'intérêt commun. Le propriétaire et l'affectataire domanial sont responsables de la conservation, de l'accès et de l'utilisation durable du bien qui lui appartient ou qui lui est affecté (la formule est déjà dans les textes à propos des immeubles et objets classés au titre des monuments historiques, a. L. 621-29-1 CP). L'État est responsable des biens culturels qu'il a sous sa garde ».

Une autre version inspirée de la Convention de Faro de 2005 pourrait être :

« Le patrimoine culturel relève du patrimoine commun de la nation et constitue un ensemble de ressources héritées du passé, qui, par-delà leur régime de propriété, sont d'intérêt commun. Leur conservation, accès, utilisation durable et transmission sont de la responsabilité des propriétaires, affectataires et des collectivités publiques qui les ont sous leur garde ».

Le renvoi à l'intérêt commun permettrait d'intégrer l'idée d'un droit au patrimoine sans nécessairement que cette référence fasse naître un droit fondamental au patrimoine ou encore des droits subjectifs sur la chose.

**Observations sur la définition :** En ce qui concerne la caractérisation de la valeur, on peut s'interroger sur l'opportunité de décliner cette valeur d'un point de vue général, comme le fait actuellement l'article premier du Code du patrimoine lequel évoque l'intérêt d'histoire, d'art, etc. On pourrait se dire que la formulation de cet intérêt culturel pourrait plutôt se retrouver dans la caractérisation de catégories plus spécifiques (ex. monuments historiques, archives historiques, etc.). Et le fait est que les contours de cet intérêt public varient d'un objet à un autre. En même temps, en l'absence de cette mention dans l'article premier définissant le patrimoine en général, le lien est sinon rompu du moins rendu moins visible avec le Code général de la propriété des personnes publiques qui définit le domaine public mobilier culturel. D'un autre côté, on peut soutenir que ce changement de formulation précisément permet de prendre de la distance avec une approche propriétaire du patrimoine culturel.

#### 4.2.2. Énoncer à l'article L.2 du Code du patrimoine et au titre des dispositions communes un ensemble de principes spécifiant ceux transversaux énoncés pour le patrimoine commun

a) Principe d'accès au patrimoine

**Justification et explication :** Ce principe d'accès se situe en amont du principe d'usage raisonnable. Le principe d'usage raisonnable postule l'accès à la ressource. Il se met en mouvement dès lors que cet accès est acquis. Mais certaines ressources du patrimoine commun ne sont pas accessibles de droit. D'où la nécessité de penser juridiquement cette question, notamment dans un domaine comme le patrimoine culturel. La question de l'accès, si l'on met de côté le droit des archives publiques, emporte d'une façon générale dans le Code du patrimoine des obligations de très faible charge juridique, y compris pour la personne publique là où le principe de conservation trouve une traduction juridique beaucoup plus solide dans l'ensemble des dispositifs. Même dans le champ du droit des archives, le principe n'est pas assuré. En témoigne par exemple l'admission par le Conseil constitutionnel de dispositifs de fermeture de cet accès. Ce principe d'accès pourrait également trouver des points d'appui dans la Constitution, en particulier à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

**Mise en forme juridique :** Pourrait ainsi être généralisé un principe d'accès qui, bien entendu, accueillerait des exceptions. Précisément, cette démarche imposerait de préciser les cas impératifs où l'accès doit être réservé ou fermé (par exemple en raison de l'état de conservation d'un bien, pour des questions de sécurité, etc.) et les situations dans lesquelles l'accès ne pourrait être imposé (en matière de biens privés protégés au titre des monuments historiques sauf à ce que le contrôle scientifique et technique puisse s'exercer). Ce principe d'accès devrait évidemment s'imposer d'une façon plus ferme en matière de patrimoine culturel public, dès lors qu'il fait l'objet d'un service public :

« Sans préjudice des dispositions légales applicables à certains biens culturels, l'État garantit un égal accès au patrimoine culturel »

#### b) Principe d'information et de participation en matière patrimoniale

**Justification et explication :** Comme le signale le rapport transversal sur le patrimoine commun de la nation, « les décisions qui touchent des biens communs sont l'affaire de tous, ce qui justifie que, *a minima*, il existe des procédures d'information et de participation dans le processus de décision ». Or tout comme le principe d'accès, le principe d'information et de participation n'est guère reçu en matière de protection du patrimoine, au point que, dans une décision QPC, le Conseil constitutionnel a pu considérer que le droit à l'information ne s'impose pas dans une décision d'inscription au titre des monuments historiques, mesure fondée sur la seule reconnaissance de l'intérêt d'histoire ou d'art ». Il est précisé dans le commentaire de la décision qu'« Il convient encore de relever que ni les textes législatifs ni les dispositions réglementaires applicables à la procédure d'inscription ne prévoient une information du propriétaire en amont de la notification de la décision administrative »<sup>463</sup>. Par ailleurs, le Conseil d'État a jugé que la décision d'inscription n'entre pas dans le champ d'application de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations<sup>464</sup>.

Où l'on perçoit ici que le mode de construction de la valeur de l'objet ferait qu'on se passerait finalement aisément d'un processus dans lequel pourraient être associés des tiers intéressés<sup>465</sup>.

---

<sup>463</sup> Conseil d'État, 7 février 1992, *SCI du Vieux-Château*, n° 118488.

<sup>464</sup> Conseil d'État, 8 juillet 2009, *Valette et autres*, n° 308778 (Droit administratif, octobre 2009, comm. n° 133, note GUYOMAR) : « Il résulte des dispositions combinées des articles 1er de la loi du 11 juillet 1979 et 24 de la loi du 12 avril 2000, que les décisions d'inscription d'un immeuble à l'inventaire supplémentaire des monuments historiques, lesquelles ne présentent pas le caractère de décisions individuelles, ne sont pas au nombre de celles qui ne peuvent intervenir qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales ; que, dans ces conditions, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que la décision en cause aurait été prise en violation de ces dispositions ; qu'aucune autre disposition législative ou réglementaire n'impose à l'autorité administrative d'inviter les propriétaires concernés à présenter des observations préalablement à l'intervention d'une décision d'inscription ».

<sup>465</sup> Conseil const., Décision n° 2011-207 QPC du 16 décembre 2011.

**Mise en forme juridique :** Au-delà du principe de participation introduit dans le bloc de constitutionnalité en relation avec la catégorie du patrimoine commun, on pourrait, sur le modèle de l'article 7 de la Charte de l'environnement, créer un article L2 du Code du patrimoine (autrement dit, un article qui placerait la question de la participation au même plan légistique - le plan définitionnel et transversal - que l'article L1). Il faudrait alors aller plus loin dans la précision de ce principe, en particulier, la question de la pluralisation de la décision patrimoniale pourrait être davantage creusée.

### c) Pluralisation de la décision patrimoniale

L'*institution de modes de gouvernances plus collectifs* s'imposerait en conséquence, notamment en matière de gestion de sites et monuments, par exemple en s'inspirant du dispositif très souple de gestion de l'article L. 332-8 du Code de l'environnement pour les réserves naturelles ou encore sur des modalités plus participatives (ex. les conseils de quartiers) :

« Article L. 332-8 La gestion des réserves naturelles peut être confiée par voie de convention à des établissements publics ou des groupements d'intérêt public lorsque la protection du patrimoine naturel ressort des missions confiées à ces établissements et groupements, ou à des syndicats mixtes, des associations régies par la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ainsi que des associations d'Alsace et de Moselle régies par les articles 21 à 79-III du Code civil local ou des fondations lorsque la protection du patrimoine naturel constitue l'objet statutaire principal de ces syndicats, associations et fondations, ou à des fédérations régionales des chasseurs.

Elle peut être également confiée aux propriétaires de terrains classés dans la réserve naturelle, à des collectivités territoriales ou à des groupements de collectivités.

Un comité national ou régional des pêches maritimes et des élevages marins créé en application de l'article L. 912-1 du Code rural et de la pêche maritime ou un comité national ou régional de la conchyliculture créé en application de l'article L. 912-6 du même code peut, à sa demande, se voir confier la gestion ou être associé à la gestion d'une réserve naturelle, lorsque celle-ci comprend une partie maritime ».

« Les conseils de quartier ont été créés par la loi du 27 février 2002, dite loi Vaillant, relative à la démocratie de proximité<sup>466</sup>, dont les dispositions sont codifiées à l'article L. 2143-1 [archive] du Code général des collectivités territoriales. Cette loi pose l'obligation pour les communes de plus de 80 000 habitants de créer un ou plusieurs conseils de quartier dont le rôle est de développer la participation citoyenne ».

Ces modes de pluralisation doivent être élaborés au niveau de chaque catégorie de biens culturels dans la mesure où les questions ne se posent pas en toute hypothèse de la même façon selon qu'on raisonne sur les musées ou encore sur les archives publiques. En ce qui concerne les musées, il pourrait être utile d'exiger que, dans le cadre du Projet Scientifique et Culturel aujourd'hui rendu obligatoire par la loi du 7 juillet 2016, cet instrument prévoie les conditions d'association du public. Pour les archives publiques, l'association de la communauté des historiens devrait être spécialement travaillée à l'heure où se déploient des pratiques administratives *contra legem* qui ont pour effet de restreindre considérablement l'accès à des documents publics qui devraient en toute hypothèse être communiqués<sup>467</sup>.

Dans le même ordre d'idées, les procédures de classement, de contrôle ou de désignation des éléments du patrimoine devraient se faire plus proches des territoires.

---

<sup>466</sup> Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

<sup>33</sup> V. en ce sens, la tribune du monde portée par un collectif d'historiens, documents-librement-communicables-mais-tout-de-même-incommunicables-(parce-que-classifiés), *Le Monde*, jeudi 13 février 2020.

La question du rôle des acteurs locaux a été au centre d'un certain nombre de débats au sein du Parlement, depuis l'origine même des premières lois. Mais ces discussions prospèrent exclusivement sur un certain plan, celui des relations entre l'État et les collectivités territoriales. Elles sont envisagées sous l'angle du transfert de l'État vers les autorités locales. Le rôle des acteurs locaux est par conséquent inscrit dans un rapport de force, là où il serait impératif d'introduire de la collégialité dans le processus de patrimonialisation en ouvrant à d'autres acteurs la possibilité d'y participer, en particulier les associations, mais aussi d'autres groupes d'usagers. L'exemple de la halle de Fontainebleau donne un bon exemple (regrettable) de la nécessité non seulement d'introduire de la collégialité, mais encore d'instituer des formes de contre-pouvoirs de nature à briser ce schéma de rapport de force entre autorités publiques. La halle, construite en 1942 par Nicolas Esquillan (coauteur de la voûte du Cnit), a été détruite alors même que l'État avait décidé d'une instance de classement et entrepris une procédure de classement, à la suite d'une opposition manifestée tant par les associations de défense du patrimoine que par les habitants. Il y avait un usage social de cette halle abritant un marché auquel ces acteurs tenaient. La pression du maire a fait que l'État a retiré en juin 2013 l'instance de classement engagée en mars 2013. Un autre exemple pourrait être donné avec le chalet Lang, classé au titre des monuments historiques, démonté et remis pour être vendu, en raison du fait que le classement contrariait les projets de construction du nouvel acheteur.

L'imposition de contraintes de type enquêtes publiques peut être explorée pour certaines décisions patrimoniales. Pourrait également être introduit un droit de proposition de protections patrimoniales. Charles Beauquier, en 1906, dans une proposition de loi sur les sites prévoyait déjà un système dans lequel des personnes pouvaient enclencher un processus de protection et parfois l'imposer.

#### d) Principe de précaution culturelle

**Justification et explication :** Ce principe se situe dans le sillage du principe d'usage raisonnable. Apparu au moment des transferts de propriété des monuments historiques de l'État vers les collectivités, le principe de précaution culturelle (qu'on pourrait requalifier « d'usage culturel raisonnable ») à propos duquel la notion d'utilisation culturelle a été discutée, pourrait constituer un contrepois utile aux actions de valorisation économique du patrimoine, qui parfois vont à rebours de l'intérêt commun, notamment lorsque ces utilisations se traduisent par des formes de privatisation de l'espace. On peut citer l'exemple des projets de reconversion de monuments emblématiques (hôtel de la marine, Hôtel-Dieu à Lyon et à Paris) en espaces dans lesquels dominent des activités commerciales. En un sens, cette direction de travail pourrait rejoindre la décision du Conseil constitutionnel sur l'image des domaines nationaux (même si, dans cette décision, le juge constitutionnel à la vérité ne pose guère de limites), dans la mesure où le juge met en lumière la nécessité de respecter la dimension symbolique des biens culturels, dimension qui précisément justifie l'allocation d'un pouvoir de contrôle de l'utilisation de l'image placée entre les mains du gestionnaire du domaine<sup>468</sup>. Ce principe de précaution culturelle pourrait permettre de contrôler les conditions d'implantation des équipements commerciaux qui, en raison de leur importance, sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur la destination collective des biens culturels.

Mise en forme juridique :

« Les usages du patrimoine culturel doivent être compatibles avec sa destination collective ».

Cette règle pourrait être complétée par une disposition plus stricte en matière de patrimoine public :

« Les occupations privatives ne peuvent avoir pour effet de porter atteinte (ou une atteinte excessive) aux activités conduites dans le cadre du service public culturel ».

---

<sup>468</sup> Même si on pourra aussi discuter ici le fait que ce soit le gestionnaire qui en dispose et non l'administration de la culture en principe responsable de cette mission de contrôle. V. Conseil const., Décision n° 2017-687 QPC du 2 février 2018.

➤ **Proposition n° 3 : Élaborer un régime transversal propre au patrimoine culturel public**

Il va sans dire que les sujétions dans l'intérêt commun peuvent être plus importantes et plus admissibles à l'égard du patrimoine culturel public. Cette qualité permet de renforcer les principes émis précédemment.

a) Réitération d'un principe de libre accès, le cas échéant assorti d'un principe de gratuité<sup>469</sup>

**Mise en forme juridique :** Plusieurs formulations peuvent être discutées, le cas échéant combinées.

Une première pourrait être :

« Sans préjudice des dispositions applicables à chaque catégorie de biens culturels, le patrimoine public est de libre accès »

Elle pourrait aussi être formulée sous l'angle de la responsabilité de l'État et plus généralement des collectivités publiques :

« Le patrimoine culturel public appartient à tous. L'État en garantit l'accès libre et gratuit sous réserve des exceptions prévues pour chaque catégorie de bien culturel ».

ou

« Le patrimoine culturel public est affecté à l'usage du public », formulation qui obligerait à ce que les monuments historiques publics soient accessibles alors qu'actuellement le dispositif est concentré sur la conservation, notion interprétée d'une façon restrictive comme ne concernant que la conservation du corpus.

b) Règle concernant l'usage dans le respect de l'affectation :

« Les occupations privatives du patrimoine culturel public ne peuvent avoir pour effet de porter atteinte (ou une atteinte excessive) aux activités conduites dans le cadre du service public culturel ».

c) Règles concernant l'ouverture des données culturelles publiques, vecteur du droit à l'information :

« L'information publique est un bien d'intérêt commun insusceptible d'un droit de propriété et dont l'usage libre et gratuit est garanti à tous ».

Cette proposition rejoint les préconisations formulées en matière de domaine public de l'immatériel<sup>470</sup>.

➤ **Propositions n° 4 : Élaborer un régime transversal propre au patrimoine culturel privé**

*Harmonisation des régimes de biens culturels privés*, avec des obligations minimales de conservation à décliner diversement selon la catégorie envisagée.

Généralisation de l'effet cliquet des servitudes patrimoniales

---

<sup>469</sup> Important pour les bibliothèques et à interroger pour les collections permanentes et sur le caractère modulable (nombre de jours gratuits, catégories d'usagers). Le dispositif est prévu pour les musées de France pour les moins de dix-huit ans mais cette question de la gratuité est réglée de façon très désordonnée et peu pensée en tant que telle.

<sup>470</sup> V. infra.

Le classement au titre des monuments historiques de biens privés se réalise dans la plupart des cas avec le consentement du propriétaire. À défaut, le classement est possible selon des procédures plus lourdes (décret en Conseil d'État) et une possible indemnisation. Quel que soit le cas de figure, une fois décidé, le classement s'imposera aux propriétaires suivants. L'adhésion volontaire au système de protection fait entrer le bien dans un régime duquel les propriétaires successifs ne pourront librement sortir. L'effet cliquet existe aussi en matière de classement d'archives historiques. L'on pourrait imaginer sur un mode exclusivement volontaire que le propriétaire consente une servitude d'accès (le cas échéant relié à un mécanisme fiscal si l'accès est gratuit) et qu'une fois consenti, l'accès s'imposerait comme une charge réelle sur le bien, par un effet cliquet. Finalement, le mécanisme ne serait pas très éloigné des libéralités avec charges qui s'imposent au donataire, mais aussi aux propriétaires successifs.

➤ **Propositions n° 5 : Créer une catégorie de bien culturel d'intérêt universel ou d'intérêt partagé entre États**

**Justification et explication :** Cette notion pourrait être introduite au soutien d'un statut de bien culturel sur lequel plusieurs États ont une légitimité à revendiquer un lien d'appartenance, sinon juridique du moins culturel. Cette proposition s'inscrit dans les réflexions autour des patrimoines culturels déplacés au temps des empires coloniaux, que ces déplacements soient le fruit de pillages ou d'autres modes de circulation des objets. Le rapport de Bénédicte Savoy et Felwine Sarr s'engage du moins dans sa première partie dans la voie d'une forme de criminalisation de ces actes, présumant l'acte criminel de spoliation de ces modes d'enrichissement des collections publiques dès lors qu'ils ont été accomplis dans cette période de la colonisation. Ce n'est pas cette voie que nous explorons. L'idée est de penser positivement un statut de bien commun, par-delà la propriété de ces biens, dès lors que se manifeste un intérêt commun.

Les éléments de définition à discuter à ce titre sont :

- La délimitation des biens affectés à plusieurs entités (universel, interétatique),
- Leur garde et gestion partagées,
- Leur mode de gouvernance partagée,
- Leur caractère insusceptible d'appropriation,
- Leurs modes de circulation alternée,
- Les responsabilités du point de vue de la conservation et les modalités du contrôle.

Les archives fournissent un point de comparaison intéressant en tant que secteur dans lequel, en matière de succession d'États, ce modèle de propriété collective a déjà été éprouvé et mis en forme dans le cadre de traités bilatéraux. Bien sûr, l'idéal serait d'introduire cette notion dans un corpus de droit international. Mais d'une part, le processus est autrement plus complexe à mettre en œuvre, d'autre part, cette démarche universelle n'exclut d'aucune façon une réflexion prospective d'évolution du droit interne. Le droit français peut bien créer une nouvelle catégorie concernant les biens culturels situés sur le territoire, placés sous sa garde et sa responsabilité et dont l'État ou autre collectivité publique est par ailleurs propriétaire. Qualifier un bien culturel de bien culturel universel aurait pour objet de reconnaître un intérêt partagé par deux ou plusieurs États sur un même bien. Cette qualification pourrait être conçue comme une sorte de label ne remettant pas en cause la propriété, mais emportant un certain nombre d'obligations en termes de gestion, d'accès, de conservation, etc. On pourrait ici mobiliser les trois instances de communalité : instance de jouissance, instance délibérative, instance de contrôle. Cette proposition pourrait nourrir les discussions conduites actuellement dans l'enceinte parlementaire sur les suites à donner au rapport *Savoy/Sarr*.

Mise en forme juridique :

« Les biens culturels d'intérêt universel sont des biens présents dans les collections publiques françaises, qui, par-delà leur régime de propriété, sont d'intérêt partagé avec un ou plusieurs autres États et ainsi sont insusceptibles d'appropriation. Cette dénomination est décidée par arrêté du ministre de la Culture. Les conditions de gestion, de garde, d'accès, de conservation sont décidées d'un commun accord avec l'État ou les États intéressés. »

Pourrait être imaginée la création d'une nouvelle procédure de dation en paiement d'œuvres d'art (notamment d'objets africains actuellement en mains privées), qui pourraient être qualifiées *de leg* de biens culturels universels.

### §3. L'eau comme patrimoine commun<sup>1</sup>

Parmi les éléments reconnus comme faisant partie du « patrimoine commun » par le droit positif, l'eau constitue un objet privilégié. En effet, il n'existe pas un régime juridique unique de l'eau, mais une pluralité de régimes en fonction des types d'eaux. Ces régimes sont en outre très disparates, puisqu'en droit français l'eau peut être considérée comme inappropriable (chose commune) ou à l'inverse être appropriée, soit par une propriété privée classique, ou bien encore par une propriété publique ou des régimes plus spéciaux.

Notre méthodologie a donc consisté à partir de cette disparité afin de cartographier les différents degrés de communalité que l'eau était susceptible de recouvrir. Une gradation pouvait ainsi être mise au jour. Une seconde étape a tenu à montrer en quoi, malgré cette disparité, l'eau peut être appréhendée comme un patrimoine commun du fait de règles de gouvernance qui sont déjà unifiées entre toutes les eaux douces, quel que soit leur statut. Dès lors que cette qualification de « patrimoine commun » était bien reconnue, des propositions pouvaient s'ensuivre pour le régime des eaux, en concordance avec la théorisation du patrimoine commun qui a été faite précédemment. Dès lors et même si l'on reconnaît une possibilité d'appropriation de l'eau, le propriétaire ne saurait se voir reconnaître un droit absolu, mais bien au contraire devrait être tenu d'utiliser raisonnablement de la ressource afin de garantir sa préservation tant qualitative que quantitative<sup>2</sup>.

#### 1. Présentation « classique » de l'eau : l'eau, la Grande Étrangère

L'eau est traditionnellement présentée comme une chose commune, c'est-à-dire comme une chose qui « n'appartient à personne et dont l'usage est commun à tous » (art. 714, c. civ.)<sup>3</sup>. Pour autant, cette qualification a toujours posé problème, au moins pour les eaux douces<sup>4</sup>. En effet, le droit reconnaît des formes d'appropriation des eaux, publique ou privée. Quant à l'article L. 210-1 du Code de l'environnement, il énonce que « L'eau fait partie du patrimoine commun de la nation ». Quel est dès lors le statut juridique de l'eau ? Mystère. Comme l'écrit une auteure, « du Code civil à aujourd'hui, le législateur ne s'est quasiment jamais risqué à envisager l'eau par elle-même et pour elle-même. Déchiré entre la conception romaine de l'eau qui appartient à tous, et l'attachement tout aussi romain de la protection de la propriété immobilière, réceptacle de cette ressource, il est resté muet »<sup>5</sup>.

Il existe donc une tension permanente entre les mouvements d'appropriation des eaux et l'intuition du caractère commun de cette ressource<sup>6</sup>. Cette tension est constitutive du droit de l'eau. L'eau est en effet à la fois une ressource vitale et une ressource économique<sup>7</sup>. La manière dont le droit français résout cette tension est la suivante : il n'existe pas de statut unique de l'eau ; les eaux peuvent être, selon les situations, non appropriables, publiques ou privées, avec, dans ce dernier cas, un infléchissement des concepts traditionnels du droit des biens. Cette diversité de régimes est coiffée d'une « super-structure » administrative visant à protéger et à gérer la ressource. Cette gouvernance instaure un régime commun de contrôle des prélèvements, applicable quel que soit le mode d'appropriation (nomenclature IOTA). Est prévue également une planification à plusieurs niveaux (bassins, bassins versants, etc.). Cette

---

<sup>1</sup> Rédacteur Florent MASSON.

<sup>2</sup> Sur ces propositions, v. l'Annexe 1.

<sup>3</sup> V. *infra* Section 2.

<sup>4</sup> La haute mer est très clairement une chose commune. V. M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, LGDJ, 2006, n° 146.

<sup>5</sup> G. CHAVRIER, « La qualification juridique des cours d'eau domaniaux », *RFDA* 2004. 928.

<sup>6</sup> Le constat est le même à l'échelle internationale. Pour une analyse de l'eau douce en tant que *res publica* universelle, v. S. PACQUEROT, « Au-delà d'une ressource naturelle, quels critères faut-il privilégier pour doter l'eau douce et le cycle hydrologique d'un statut spécifique ? », *Les Cahiers de droit*, 2010, p. 541.

<sup>7</sup> M.-A. BORDONNEAU, *Regard juridique sur la double nature de l'eau*, préf. J. MESTRE, Johanet, 2009.



structure basique du droit de l'eau est, semble-t-il, assez partagée à l'international<sup>8</sup>. La démarche suivie dans ce rapport est de savoir si le rattachement de l'eau au « patrimoine commun de la nation » ne permet pas de réduire, à défaut de supprimer, cette tension.

## 2. Lien de l'eau et de la communalité

Le rattachement de l'eau à la problématique des communs ou sa conception comme un bien commun est ancien et très largement partagé dans la littérature sur le sujet (quand bien même le terme de « communs » n'emportait pas toutes les significations actuelles). On le trouve également exprimé dans la doctrine américaine<sup>9</sup>. La commission Rodotà, en Italie, avait également inclus la plupart des eaux dans les *beni comuni* alors même que l'Italie a domanialisé la plus grande partie de son eau<sup>10</sup>. On pourrait dire que toutes les approches des communs conduisent à intégrer l'eau, même si les angles d'attaque diffèrent. Dans une approche **naturaliste** en effet, longtemps prédominante, on se référait à la conception romaine de l'eau comme chose commune. Sans qu'il soit question de ressusciter la « théorie des climats » de Montesquieu, il est clair que le degré de rareté ou d'abondance de l'eau a eu une influence sur son traitement juridique. Le droit de l'eau au Japon a pour objectif non de gérer la rareté, mais plutôt les inondations... De la même manière, la doctrine américaine oppose couramment le système des droits de riveraineté (*riparian doctrine*), caractéristique des régions tempérées et bien arrosées de l'Est, au système de l'appropriation (*prior use doctrine*) qui serait caractéristique des États du Sud-Ouest, soumis à la sécheresse (v. *infra*)<sup>11</sup>. Dans une approche **politique et critique**, au cœur de réflexions actuelles, on s'attache plutôt à la reconnaissance d'un *droit à l'eau*, sous la forme d'un véritable droit fondamental<sup>12</sup>. Ce point sera néanmoins laissé de côté dans ce rapport. Car, pour ce qui concerne le droit positif français, **c'est l'approche fonctionnelle ou institutionnelle** qui paraît être la meilleure. En effet, **le caractère de bien commun de la ressource apparaît avant tout à partir de sa gouvernance, qui transcende le pluralisme des statuts juridiques applicables** aux eaux.

## 3. Description synthétique du régime juridique de l'eau

Le régime français de l'eau présente deux caractéristiques : un pluralisme des modes d'accès et d'usage des eaux ; une gouvernance et des obligations en voie d'unification.

### 3.1. Le pluralisme des modes d'appropriation

Selon les cas, l'eau peut être considérée comme un bien privé, un bien public ou encore être considérée comme un *res nullius* ou une chose commune<sup>13</sup>. Les frontières entre ces qualifications ne sont d'ailleurs pas toujours claires (c'est le cas pour les eaux de pluie, par exemple). Par ailleurs, les DOM obéissent à un régime particulier du fait de la rareté des eaux, la plupart de leurs eaux relevant du domaine public

<sup>8</sup> Cf. D. GETCHES, S. ZELLMER, A. AMOS, *Water Law in a nutshell*, 5<sup>ème</sup> éd., West Academic, 2015, p. 1: « The fact that water is a moving resource necessarily limits the appropriateness of traditional concepts of ownership. Although water laws differ widely, notions of substantial public rights in the resource is a major theme across allocation regimes and throughout history. One result is that lawmakers have surimposed administrative systems in an attempt to regulate private interests in the use of water and to advance the broader public interest ».

<sup>9</sup> H. E. SMITH, "Governing Water: The Semicommons of Fluid Property Rights", *Arizona Law Review*, vol. 51, 2008, p. 445.

<sup>10</sup> La domanialisation s'est opérée par la loi Galli du 19 janvier 1994. V. V. CHIU, *La protection de l'eau en droit public : Étude comparée des droits espagnol, français et italien*, thèse Toulon, 2014, n° 123.

<sup>11</sup> L'explication de cette division a été remise en cause par Carol Rose qui estime que la différence s'explique non par le degré de rareté de l'eau, mais par la différence d'usage de la ressource. Les États de l'Ouest ont des usages très consommateurs (mines, irrigation), alors que l'Est moins (Carol M. ROSE, "Energy and Efficiency in the Realignment of common-law water rights", *The Journal of Legal Studies*, 1990, p. 261).

<sup>12</sup> B. DROBENKO, *Le droit à l'eau, une urgence humanitaire*, 2<sup>ème</sup> éd., Johanet, 2012. ; V. également, J. GUDEFIN, *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, Johanet, 2015, p. 693 et s.

<sup>13</sup> M.-A. CHARDEAUX, « Eau (approche juridique) », *Dictionnaire des communs*, dir. M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD, PUF, 2017.

(art. L. 5121-1, CGPPP, incluant les sources, les eaux souterraines, les cours d'eau et lacs naturels. Seules les sources à usage domestique sont exemptées). **Nonobstant ces différences, on peut reconstruire une « échelle de communalité » au sein même du droit de l'eau.** La présentation qui suit simplifie cependant, pour ce faire, le régime des eaux.

### 3.1.1. Les eaux stagnantes et souterraines (propriété privée)

Les **eaux stagnantes** (étangs, mares) peuvent être rattachées facilement au fonds qui les contient. Ces eaux ne posent guère de problèmes majeurs.

Toute autre est la question des **eaux souterraines**. Traditionnellement, les eaux souterraines sont également rattachées au fonds qui les surplombe, en application de l'article 552 du Code civil (la propriété de l'immeuble inclut la propriété du sous-sol). La Cour de cassation estime ainsi « qu'en vertu des articles 552 et 642 du Code civil, un propriétaire a le droit de capturer sur son fonds non seulement les eaux d'une source c'est-à-dire les eaux qui sortent du sol, mais aussi les eaux souterraines qui s'infiltrent ou s'écoulent dans son héritage et ce quel que soit le dommage qui en résulte pour les propriétaires des fonds inférieurs »<sup>14</sup>.

Cette situation est problématique en ce qu'elle encourage une surexploitation des nappes. Les juges du fond n'admettent comme limite à l'usage de ces eaux que l'abus de droit de propriété, nécessitant une intention de nuire<sup>15</sup>. On a par ailleurs relevé le non-sens scientifique et écologique de distinguer ainsi le régime du cours d'eau (domanial ou non) de sa nappe d'accompagnement, alors que les deux éléments sont en constant échange<sup>16</sup>.

### 3.1.2. Les sources (propriété sous réserve des droits acquis)

L'article 642 du Code civil reconnaît au propriétaire du fonds émergent le droit « d'user des eaux à sa volonté dans les limites et pour les besoins de son héritage ». Malgré la lettre du texte, la Cour de cassation considère qu'il s'agit d'un vrai droit de propriété, susceptible d'*abusus*<sup>17</sup>.

Toutefois, le Code civil aménage la protection des *droits acquis* lorsque la source s'écoule en dehors du fonds (art. 642, al. 2 et 3). En effet, les voisins ne peuvent plus être privés de l'usage de l'eau au bout de trente ans dès lors qu'il existe des ouvrages apparents sur le fonds émergent. Surtout, les « communautés d'habitants » ne peuvent être privées de l'eau qui leur est nécessaire. Ces titulaires doivent cependant verser une indemnité au propriétaire de la source, à moins qu'ils ne justifient d'une prescription trentenaire<sup>18</sup>.

Le Code civil n'est donc pas rétif à l'idée d'une prise en compte des parties prenantes, mais il faut reconnaître que cette prise en compte est timide.

### 3.1.3. Les cours d'eau non domaniaux (droits d'usage régulés)

Le statut juridique de ces eaux est beaucoup plus incertain, car les catégories traditionnelles sont ici mises à mal. Les riverains sont ainsi réputés propriétaires du seul lit de la rivière (art. L. 215-2, al. 1, Code de l'environnement). L'eau de ces cours d'eau en elle-même est considérée classiquement comme une chose

---

<sup>14</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 26 nov. 1974, Bull. Civ. III, n° 441.

<sup>15</sup> Pour un refus de reconnaître un abus : TGI Angers, 12 juil. 2001 ; *RJE*, 2/2002, p. 135, obs. V. VARNEROT.

<sup>16</sup> V. J. GUDEFIN, *Le statut juridique de l'eau à l'épreuve des exigences environnementales*, éd. Johanet, 2015, p. 290.

<sup>17</sup> Cass. Req. 25 avril 1928. Pour une approche critique, v. J.-L. GAZZANIGA, « Notes sur la propriété des sources – Le poids de l'histoire », *Mélanges Jaubert*, Bordeaux, 1992, p. 299.

<sup>18</sup> Il s'agit d'une véritable prescription. La convention conclue à titre onéreux entre le propriétaire du fonds émergent et la commune empêche toute prescription, quand bien même la commune utiliserait la source depuis plus de trente ans (Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 juillet 2017, n° 16-19539, PB).

commune<sup>19</sup>, mais c'est une chose commune « hétérodoxe »<sup>20</sup>. En effet, les riverains ne peuvent empêcher l'utilisation du cours d'eau pour des activités de navigation non motorisée (art. L. 214-12, c. envir.). Ils peuvent cependant s'opposer à l'accostage sur leur fonds<sup>21</sup>. Il n'existe pas de servitude légale au profit des piétons le long des rives des cours d'eau non domaniaux, mais les pêcheurs disposent d'un « droit de passage ». De plus, seuls les riverains ont un droit de prélèvement sur cette eau qu'ils peuvent utiliser pour les besoins de leur fonds (art. 644, Code civil ; art. L. 215-1, c. envir.). Ce droit d'usage n'est pas absolu : outre la possibilité d'abus<sup>22</sup>, il doit se concilier avec les droits d'usages des riverains en aval, le juge étant amené à trancher par la voie d'un « règlement d'eau » (art. 645, c. civ.). Ce droit de « riveraineté » ressemble aux *riparian rights* développé aux États-Unis, qui fonctionne sur un principe similaire (droit réel *sui generis* permettant de prélever sous réserve d'un usage raisonnable arbitré par le juge).

### 3.1.4. Les cours d'eau domaniaux

Le XX<sup>e</sup> siècle a par ailleurs connu une extension constante du domaine public fluvial. Initialement, seuls les cours d'eau navigables ou flottables étaient rattachés au domaine public. Puis, le législateur a ajouté par voie de classement d'autres cours d'eau du fait de la multiplication des usages. Ainsi, la loi du 16 décembre 1964 justifie le classement dans le domaine public du fait de l'alimentation en eau des voies navigables, des besoins en eau de l'agriculture et de l'industrie, l'alimentation des populations ou la protection des inondations. Difficile de faire plus large. Le critère de rattachement au domaine public est donc désormais purement formel (le classement). Par ailleurs toutes les eaux captées en vue d'assurer un service public de distribution d'eau potable relèvent du domaine public (CE, sec., 16 nov. 1962, *ville de Grenoble*).

Le rattachement des cours d'eau domaniaux au domaine public naturel empêche toute enclosure puisque les occupations temporaires du domaine public naturel sont interdites (art. L. 2122-5, CGPPP). Tout prélèvement d'eau domaniale doit faire l'objet d'une redevance (art. L. 2125-7, CGPPP). On notera cependant que pour le domaine public territorial, les collectivités locales fixent des abattements en fonction de la finalité du prélèvement : ainsi en est-il des prélèvements en matière agricole (abattement compris entre 50 et 97%) ou en matière industrielle (abattement compris entre 0 et 30%) (art. R. 2125-13, CGPPP). En réalité, donc, par le biais de l'abattement, certaines activités ont un accès peu onéreux à la ressource publique.

**L'eau en elle-même fait-elle partie du domaine public ?** La réponse classique est affirmative. Toutefois, certains auteurs mettent en doute cette appartenance. Les textes ne sont en effet pas toujours clairs et on pourrait soutenir que si l'État est bien propriétaire du lit des cours d'eau domaniaux, il ne devient propriétaire des eaux qu'à l'instant du captage<sup>23</sup>. C'est *l'usage* de l'eau pour un service public qui justifierait son entrée dans le domaine public.

Cette interprétation se heurte à des difficultés. Le droit positif semble être contraire : ainsi, la pollution des eaux des cours d'eau domaniaux est une contravention de grande voirie, ce qui suggère que l'eau en elle-même appartient au domaine public avant captage. L'objection principale qui a été faite est que l'eau

---

<sup>19</sup> La Cour de cassation a exclu l'idée que les riverains puissent être propriétaires des eaux courantes (Cass. Civ. 20 oct. 1942, *Garç. Pal.* 1942. 2. 280).

<sup>20</sup> M.-A. CHARDEAUX, « Eau (approche juridique) », *Dictionnaire des communs*, dir. M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD, PUF, 2017, p. 463.

<sup>21</sup> Le juge judiciaire est alors compétent puisqu'il s'agit d'une question de défense de la propriété, et non de police de navigation (v. Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 31 janv. 2018, n° 16-28508, *JCP G* 2018. 387, note N. REBOUL-MAUPIN et G. LERAY ; *RTD Civ.* 2018. 451, obs. W. DROSS).

<sup>22</sup> Pour un exemple « d'abus d'irrigation », v. Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 2001.

<sup>23</sup> N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, LexisNexis, 4<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 254. V. sur ce sujet l'article très fourni de G. CHAVRIER, « La qualification juridique des cours d'eau domaniaux », *RFD A* 2004. 928.

des cours d'eau domaniaux ne peut être qualifiée de chose commune puisque l'usage de ces eaux n'est pas libre<sup>24</sup>.

Pour autant, ces eaux pourraient être considérées comme faisant partie du « patrimoine commun de la nation ». Elles n'appartiennent donc pas à l'État ; ce dernier n'en est que le « gardien ». De même que les particuliers n'ont que des droits d'usage sur l'eau, l'État n'aurait qu'un droit de « garde » sur les eaux domaniales, tant qu'elles ne sont captées qu'en vue de l'utilisation d'un service public.

### 3.1.5. Tableaux de synthèse

Pour synthétiser tous ces régimes, on procèdera à un tableau. Dans celui-ci, les termes « d'accès » et « d'usage » employés nécessitent néanmoins d'être préalablement définis dans leur application à l'eau. Le droit de l'eau distingue en effet l'usage de l'eau et sa consommation. L'usage correspond au volume prélevé, que ce dernier soit restitué ou non. L'eau consommée concerne la part non restituée rapidement au milieu. Ainsi, les centrales nucléaires prélèvent de grandes quantités d'eau (50% des prélèvements en France), mais en consomment très peu, car l'essentiel est restitué rapidement. En revanche, l'irrigation est très consommatrice. Afin de respecter la pluralité des usages possibles de l'eau, « l'accès » désignera donc tout usage de l'eau n'emportant pas une consommation de la ressource (pêche, navigation, centrales hydroélectriques), tandis que le terme d'usage sera employé comme synonyme de consommation (prélèvement sans restitution directe au milieu).

---

<sup>24</sup> V. la démonstration de M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, LGDJ, 2004, n° 120.

ACCÈS					
	Qui	Source juridique <sup>25</sup>	Comment	Nature juridique (de la prérogative d'accès) <sup>26</sup>	Action en justice
Eaux stagnantes	Accès fermé (propriétaire du fonds)	Art. 544, c. civ.		Droit de propriété	
Sources	Accès fermé (propriétaire du fonds)	Art. 642, c. civ.		« Droit d'usage », analysé comme un droit de propriété par Cass.	
Cours d'eau non domanial	Accès partiellement ouvert	Art. L. 214-2, c. envir. (pour la navigation). Art. L. 435-6, c. envir. (pêche)	Navigation permise. Accès à l'eau permis aux riverains et à tous si rive accessible au public	« Faculté » d'usage d'une chose commune. « Droit de passage » de la pêche.	
Cours d'eau domanial	Accès ouvert	Art. L. 2131-2, CGPPP (servitudes)	Mesures de police administrative	Servitude (halage et marchepied)	Contravention de grande voirie

<sup>25</sup> L'objectif est identifié l'origine des règles sur l'accès. Le but est aussi de comprendre le rôle de la communauté dans le processus de la création des normes ; tenir compte de la source juridique est important aussi pour l'étude de la gouvernance de la ressource.

<sup>26</sup> L'objectif est la qualification de la nature de la prérogative qui permet d'accéder.

USAGE			
	Qui	Comment	Action en justice
Eaux stagnantes	Usage fermé		
Sources	Usage fermé, sauf droits acquis des voisins ou communautés d'habitants		Revendication des droits conférés à l'article 642 al. 2 et al. 3, c. civ.
Cours d'eau non domaniaux	Usage partiellement ouvert (riverains)	Limitations : obligation de maintenir le cours d'eau. Pas d'abus dans le prélèvement.	« Règlement d'eau » (art. 645, c. civ.). Le juge arbitre entre les différents riverains.
Cours d'eau domaniaux	Usage partiellement ouvert	Nécessité d'une autorisation de prélèvement. Usage conforme à un intérêt public.	

### 3.2. Le pluralisme de la gouvernance et des obligations

Outre les mesures ponctuelles de protection de certains milieux (zones humides), la police de l'eau opère un contrôle général des activités d'usage de l'eau. La particularité de cette activité de contrôle est qu'elle s'applique, **quelle que soit la nature juridique du droit exercé sur l'eau**. Cette gouvernance présente deux volets : une activité de planification et une activité de contrôle qualitatif et quantitatif.

Enfin, l'obligation principale concernant l'eau est l'interdiction de la polluer. Le délit de pollution des eaux, défini à l'article L. 216-6 du Code de l'environnement s'applique à tous, pour toutes les eaux.

#### 3.2.1. La planification

La planification peut être définie comme « un processus concerté conduisant à arrêter un programme d'action prospectif fondé sur une analyse de l'état actuel de la situation et sur une prévision et visant à organiser de manière cohérente les interventions des divers décideurs concernés »<sup>27</sup>.

Mise en place par la loi du 3 janvier 1992, et remodelée en 2006 du fait de la transposition de la directive-cadre de 2000 sur l'eau, la planification en matière d'eau s'inspire très clairement des techniques juridiques du droit de l'urbanisme. On peut distinguer trois niveaux imbriqués, chaque niveau inférieur devant être compatible avec le niveau supérieur.

<sup>27</sup> Y. JEGOZO, « Les plans de protection et de gestion de l'environnement », *AJDA* 1994. 607.

- Des objectifs généraux sont fixés au niveau des bassins (les SDAGE<sup>28</sup>) par les agences de l'eau, composées de représentants des collectivités territoriales, de l'État et des usagers (40% du comité : agriculteurs, industrie, consommateurs, pêche, etc.).
- Des objectifs plus précis sont ensuite élaborés au niveau des sous-bassins (les Schémas d'aménagement et de gestion des eaux - SAGE) par des commissions locales de l'eau (CLE). Les SAGE peuvent fixer des priorités d'usage des eaux<sup>29</sup>.
- Enfin, des « contrats de rivière » ou des « contrats de baie » peuvent être signés à un niveau local en vue d'arriver à certains objectifs (restauration des rives par exemple). Ces « contrats » n'ont aucune valeur contraignante<sup>30</sup>.

Les SDAGE et les SAGE sont dotés d'une réelle portée juridique. En effet, selon l'article L. 212-1 XI, du Code de l'environnement, « Les programmes et les décisions administratives dans le domaine de l'eau doivent être compatibles ou rendus compatibles avec les dispositions des schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux ». Les Schémas de cohérence territoriale (SCOT) et les Plans locaux d'urbanisme (PLU) doivent donc être compatibles avec les orientations définies pour la gestion des ressources hydriques. Néanmoins, le contrôle de « compatibilité » est rendu difficile par la grande généralité des termes employés usuellement dans ces Schémas. Les tribunaux administratifs ont cependant annulé plusieurs décisions administratives pour incompatibilité avec les schémas directeurs<sup>31</sup>.

Cette gouvernance, qui s'opère dans le seul giron de l'État, est jugée, de l'avis général, insuffisante. Quatre raisons à cela :

**a/** L'ensemble du territoire n'est pas encore couvert par les SAGE. Or ce sont surtout ces schémas qui présentent des objectifs concrets et qui peuvent instaurer des priorités d'usage de la ressource.

---

<sup>28</sup> Schéma Directeur d'Aménagement et de Gestion de l'Eau.

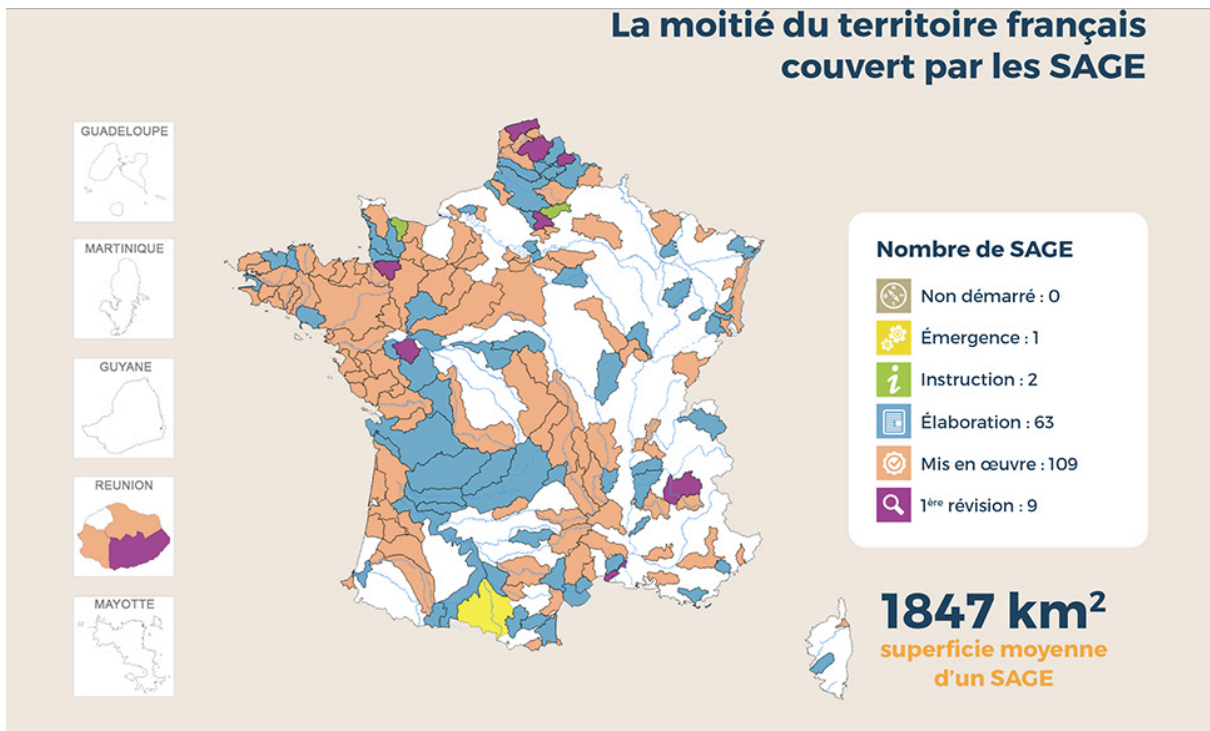
<sup>29</sup> Art. L. 212-5-1, II, 1°, c. envir.

<sup>30</sup> TA Bordeaux, 7 nov. 2006, n° 0301268 (pas de recours pour excès de pouvoir).

<sup>31</sup> V. les exemples donnés par J.-L. GAZZANIGA, X. LARROUY-CASTERA, P. MARC, J.-P. OURLIAC, *Le droit de l'eau*, LexisNexis, 2011, n° 618.

Couverture de la France par des SAGE en 2018

(Source : <http://www.gesteau.fr/situation/sage/etat/mis-en-yuvre/carte>)



Même si l'intégralité du territoire n'a pas vocation à être couverte, on peut s'étonner que si peu de SAGE aient été élaborés dans les zones méditerranéennes.

**b/** En l'absence de SAGE ou si le SAGE est trop général, les conflits concrets d'usage de l'eau sont arbitrés par les préfets de département et les usagers et non au niveau du bassin. La hiérarchie des priorités adoptée est donc subjective et ne permet pas de faire face aux problèmes structurels, comme l'irrigation<sup>32</sup>.

La réglementation des conflits d'usage de la ressource est donc insuffisamment couverte à l'heure actuelle par le système de planification. Cela entraîne des risques de surexploitation.

**c/** La participation des « usagers » au niveau des agences de l'eau et des comités locaux reste encore imparfaite. Deux problèmes se posent : tout d'abord, ne participent aux débats que les représentants d'associations. Leur capacité à représenter les intérêts de la « nation » peut être sujette à caution. Ensuite, les « débats publics » ressemblent plus à de vastes consultations qu'à de véritables débats<sup>33</sup>.

**d/** L'État lui-même dispose du moyen de contourner la planification pour les travaux qu'il initie grâce à la déclaration de projet de l'article L. 300-6 du Code de l'urbanisme<sup>34</sup>. En effet, dans cette hypothèse, l'État opère lui-même aux adaptations des SDAGE et SAGE (art. L. 300-6, al. 2, c. envir.) sans que la consultation des instances de l'eau ne soit prévue à l'alinéa 3 du même article.

### 3.2.2. Le contrôle des prélèvements

<sup>32</sup> Selon le constat du Conseil d'État en 2001 (Rapport, *L'eau et son droit*, p. 145).

<sup>33</sup> Sur ces difficultés en droit de l'eau, v. P. IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », *Environnement*, juillet 2005, étude 26.

<sup>34</sup> V. en ce sens B. DROBENKO, *Introduction au droit de l'eau*, 2<sup>ème</sup> éd., Johanet, 2018, p. 102.



La nomenclature IOTA instaure un système de déclaration ou d'autorisation pour tous les prélèvements d'eau, hors usage domestique. Ce système s'applique à toutes les « installations, les ouvrages, travaux et activités réalisés à des fins non domestiques par toute personne physique ou morale, publique ou privée, et entraînant des prélèvements sur les eaux superficielles ou souterraines, restitués ou non, une modification du niveau ou du mode d'écoulement des eaux, la destruction de frayères, de zones de croissance ou d'alimentation de la faune piscicole ou des déversements, écoulements, rejets ou dépôts directs ou indirects, chroniques ou épisodiques, même non polluants» (art. L. 214-1, C. envir.).

Un décret détermine les mesures soumises à simple déclaration et celles soumises à autorisation.

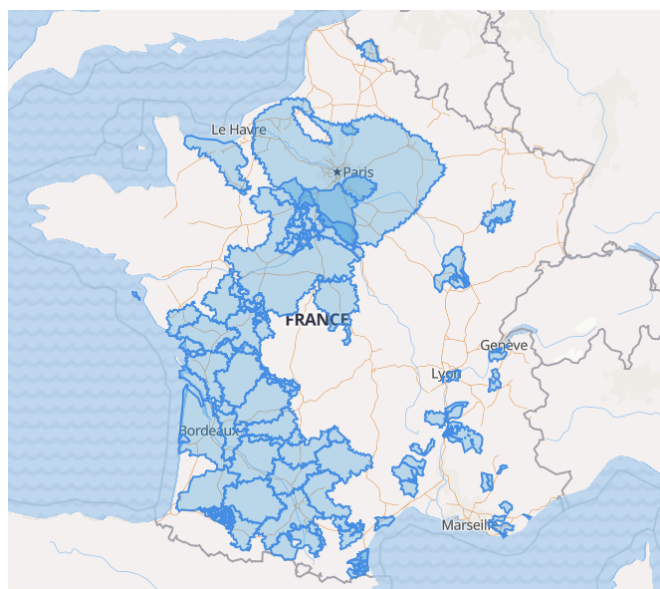
### 3.2.3. Les « zones de répartition des eaux »

Tout le territoire français n'est cependant pas soumis au même régime quant au contrôle des prélèvements. La distinction essentielle se fait entre les bassins classés en « zone de répartition des eaux » (ZRE) et les bassins qui n'en relèvent pas. Le classement se fait par décret en conseil d'État (art. L. 211-2, c. envir.), puis est précisé par le préfet coordinateur de bassin, ainsi que par le préfet du département, qui établit les communes situées en ZRE.

Un bassin est classé en ZRE lorsqu'il est nécessaire « de concilier les intérêts des divers utilisateurs » (art. L. 211-2, II, 2°). Concrètement, dans les ZRE, les seuils de prélèvement au-delà desquels une autorisation est nécessaire sont abaissés. L'autorisation devient obligatoire à partir d'un prélèvement de 8m<sup>3</sup>/h, tous les autres prélèvements étant soumis à déclaration (art. R. 214-1, c. envir.)<sup>35</sup>.

De plus, si les agences de l'eau fixent le montant des redevances en eau selon le type d'usage (art. L. 213-10-9, V, C. envir.), les plafonds légaux sont doublés lorsque le prélèvement a lieu en ZRE.

En octobre 2019, seuls les bassins suivants avaient fait l'objet d'un classement en ZRE (art. R.211-71, c. envir.)<sup>36</sup>. On peut douter qu'ils s'agissent des seuls bassins en France métropolitaine pour lesquels il y aurait un besoin de « concilier les intérêts des différents utilisateurs ».



### 3.2.4. La vérification de la compatibilité avec les plans

<sup>35</sup> Le seuil de principe pour l'autorisation hors ZRE est de 200 000 m<sup>3</sup>/ an, soit environ 23m<sup>3</sup>/h. Il y a cependant de nombreuses exceptions.

<sup>36</sup> Source de la carte : <https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/zones-de-repartition-des-eaux-zre-metropole/> (consulté le 6 janvier 2020).

La compatibilité avec les SAGE et SDAGE s'apprécie au moment de la procédure d'autorisation ou s'il y a eu opposition à la déclaration.

Il faut noter cependant que, en cas de conflit entre le règlement d'un SAGE et une opération soumise à enquête publique, le préfet peut demander à la CLE de modifier le SAGE afin de le rendre compatible avec l'opération envisagée. Le préfet envoie une proposition de modification du SAGE qui est acceptée au cas de silence de la Commission au bout de 4 mois (art. L. 212-8, C. envir.).

Ces mesures de police générale de l'eau s'appliquent, quelle que soit l'époque. En cas de sécheresse, les préfets peuvent prendre des mesures de contrainte nettement plus fortes sur les usages de l'eau.

### 3.2.5. Le contrôle de l'intégrité de la ressource

Les obligations liées à l'eau sont de trois sortes :

a) L'eau est protégée pénalement contre la pollution.

L'article L 216-6 du Code de l'environnement dispose en effet que « le fait de jeter, déverser ou laisser s'écouler **dans les eaux superficielles, souterraines ou les eaux de la mer dans la limite des eaux territoriales**, directement ou indirectement, une ou des substances quelconques dont l'action ou les réactions entraînent, même provisoirement, des effets nuisibles sur la santé ou des dommages à la flore ou à la faune, à l'exception des dommages visés aux articles L. 218-73 et L. 432-2, ou des modifications significatives du régime normal d'alimentation en eau ou des limitations d'usage des zones de baignade, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ». Toutes les eaux nationales sont donc protégées par le même article. Toutefois, le rejet dans le milieu aquatique peut être autorisé par arrêté.

b) La participation à l'assainissement des eaux usées.

L'assainissement est un service public financé par l'impôt, mais aussi par les redevances-pollution collectées localement (art. L. 213-10 et s., C. envir.). De nombreuses discussions existent sur la justice fiscale du système actuel. Les ménages contribuent le plus à la restauration de la ressource alors que c'est l'activité agricole qui cause en grande partie sa détérioration. L'adoption d'une redevance progressive a été proposée récemment, mais n'a pas été suivie d'effet<sup>37</sup>. Le projet de loi sur l'économie circulaire propose d'étendre la redevance pour pollutions diffuses à « toute personne qui produit, vend ou importe des produits ou matériaux dont l'utilisation normale et préconisée par le metteur en marché génère des impacts négatifs sur l'eau et les milieux aquatiques »<sup>38</sup>.

c) L'obligation d'entretien des cours d'eau.

L'obligation d'entretien des rives pèse soit sur les riverains pour les cours d'eau non domaniaux, soit sur la personne publique propriétaire, pour les cours d'eau domaniaux.

## GOUVERNANCE

<sup>37</sup> V. également en ce sens, F. DENIER-PASQUIER, *La gestion et l'usage de l'eau en agriculture*, Avis CESE 2013, p. 35-36.

<sup>38</sup> Amendement n° 2402, présenté par Mme Kerbah. Le but est de taxer les producteurs de crème solaire ou de médicaments entraînant une pollution de l'eau. Actuellement, seuls les produits phytopharmaceutiques et les semences peuvent faire l'objet d'une redevance pour pollution diffuse (art. L. 213-10-8, C. envir.).

Qui	Comment	Action en justice
Gouvernance opérée par l'administration.	À chaque niveau : représentants de l'État, des collectivités territoriales et des usagers. Opérations de « débats publics » sur l'eau et volonté d'associer plus étroitement les usagers au niveau local. Système IOTA (autorisation/déclaration)	Actions du droit administratif en cas de non-respect des SDAGE et SAGE. Actions en manquement contre la France pour non-respect des directives européennes (pollution des eaux)

Obligations		
Qui	Comment	Action en justice
Tous	Assainissement ( <i>via</i> impôts) Respect de l'intégrité de l'eau	Droit pénal
Riverains des cours d'eau non domaniaux Personne publique propriétaire du cours d'eau	Entretien des rives	

## 4. Directions d'évolutions et propositions de réformes

Les propositions d'évolution s'articuleraient autour d'une orientation simple : prendre au sérieux le rattachement de l'eau au « patrimoine commun de la nation », la sortant de la qualification ancrée de chose commune, et reconnaître des droits d'usage. Il serait alors possible de détailler les implications de ces orientations sous formes de propositions de réformes.

### 4.1. Directions d'évolution

#### 4.1.1. De la chose commune au patrimoine commun

Le système actuel n'a guère de cohérence. En est témoin l'article L. 210-1 al. 2 du Code de l'environnement qui énonce que « Dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement établis, l'usage de l'eau appartient à tous ». L'usage de l'eau appartient à tous... sous réserve des droits établis. Étant donné que la plupart des eaux douces font l'objet de droits établis, la référence à « l'usage commun » paraît essentiellement verbale.

Pour autant, le même article énonce à son alinéa 1<sup>er</sup> que « L'eau fait partie du patrimoine commun de la nation ». La notion de « patrimoine commun de la nation », utilisée pour le territoire, la langue et l'environnement ne porte pas de conséquences juridiques directes. Pour les raisons mentionnées dans la partie générale consacrée à la notion de patrimoine commun, il paraît illusoire même de cantonner l'eau à

un simple enjeu national. Ainsi, même si l'article L. 210-1 du Code de l'environnement parle de patrimoine commun de la nation, la notion pertinente est sans doute celle de patrimoine commun.

Rattacher l'eau au patrimoine commun permet peut-être de dépasser les contradictions actuelles du droit de l'eau et de jeter les bases d'une conception renouvelée. En effet, du fait du changement climatique, les ressources en eaux vont devenir de plus en plus rares, et donc disputées. Même dans un pays comme la France sans stress hydrique particulier, l'enjeu futur pour le droit de l'eau (outre la pollution, bien entendu) est la gestion de sa rareté.

Or il n'est pas certain que la notion de chose commune soit l'outil juridique le plus adéquat pour administrer cette rareté. Le but de la qualification de chose commune est d'ouvrir la ressource à tous, la non-appropriation étant le moyen d'y parvenir<sup>39</sup>. Cet accès universel peut être défendu en ce qui concerne l'eau potable. Toutefois, la tendance actuelle est de traiter cette exigence *via* la reconnaissance d'un droit fondamental à l'eau potable, et non par la notion de chose commune. Pour l'eau non potable, la priorité est en revanche la répartition et la régulation des usages dans un contexte de rareté croissante. Or précisément, la notion de patrimoine insiste sur l'exigence de conservation et de responsabilisation : elle peut donc être le vecteur privilégié d'une réforme de l'eau.

#### 4.1.2. Patrimoine commun et droits d'usage

L'idée générale qui sera défendue est que l'eau relevant du patrimoine commun, nulle personne juridique ne saurait réellement s'en réclamer propriétaire absolu, que ce soit l'État ou un particulier. Le droit ne reconnaît que des droits d'usage de l'eau, droits d'usage qui peuvent être modelés en fonction des situations, afin de garantir l'intégrité du patrimoine.

Cette dissociation entre maîtrise collective de l'eau par la nation et définition de simples droits d'usage permettrait de donner une portée normative nette à la notion de patrimoine commun, dans la lignée des propositions émises dans le rapport transversal sur cette notion<sup>40</sup>. Valérie Varnerot avait ainsi remarqué que « la notion de patrimoine commun de la nation emporte une dissociation des compétences entre un "usager", le propriétaire et une autorité investie de sa protection, les organes représentant la nation : ce qui importe c'est que l'usager est bridé dans l'exercice de ses prérogatives, il est tenu d'en rendre compte... ce dernier est désormais tenu à un usage raisonnable de son bien et à la mise en œuvre de ses prérogatives respectueuses de la ressource »<sup>41</sup>.

Le recours à des droits d'usage sui generis peut paraître aventureux. Il est néanmoins nécessaire pour trois raisons. En premier lieu, l'eau, et spécialement les eaux courantes, ne peut être correctement appréhendée par des concepts qui ont été créés en référence à la terre, à la stabilité. En deuxième lieu, le droit positif atteste déjà de la spécificité des droits sur l'eau, par-delà leur étiquette formelle. Mieux encore, sous l'impulsion de la directive-cadre du 23 octobre 2000, il existe désormais une réglementation générale de l'eau qui s'applique de manière transversale, quel que soit le mode d'appropriation des eaux en cause. C'est l'usage de l'eau qui est désormais au centre des attentions, et non son mode d'appropriation. Enfin, en troisième lieu, c'est le seul moyen de s'écarter de l'article 544 du Code civil, qui continue d'être la boussole des juges pour les eaux privées<sup>42</sup>. La stratégie adoptée ici n'est pas de relire l'article 544, mais de construire à côté, en plaidant l'extrême spécificité de l'eau.

En définitive, le schéma proposé ne fait que poursuivre une logique déjà prégnante en droit positif en la poussant jusqu'à son terme.

---

<sup>39</sup> Avec les nuances introduites *infra* Section 2.

<sup>40</sup> V. *supra*.

<sup>41</sup> V. VARNEROT, « L'étrange pérennité du droit de propriété sur les eaux souterraines », *RJE*, 2002, p. 143.

<sup>42</sup> G. J. MARTIN, « Le discours du droit privé sur l'utilisation de la ressource », *Environnement*, n° 7, juillet 2005, p. 19.

Diversité et spécificité des droits sur l'eau : l'exemple américain. Le droit comparé nous incite d'ailleurs à franchir le pas dans la reconnaissance de droits réels spéciaux sur l'eau. Le droit américain reconnaît ainsi depuis longtemps la spécificité des droits sur l'eau (les *water rights*). Ces derniers, qui recourent parfois des mécanismes utilisés en droit français, peuvent servir de source d'inspiration.

#### Les *water rights* en droit américain

L'administration de l'eau est une compétence relevant essentiellement des États fédérés. On note deux grands systèmes : celui des *riparian rights* (Est) et des *prior use rights* (Ouest). La Californie a la particularité de mélanger les deux systèmes. Ces *water rights* peuvent être supplantés par l'application de la doctrine du Public Trust, dont l'intensité est variable selon les États. Enfin, l'administration peut imposer des permis de prélèvements, qui se surajoutent à ce système de droits.

##### - Riparian rights

Le propriétaire du fonds émergent ou riverain d'une eau courante a un droit d'usage sur cette dernière, mais cet usage doit être raisonnable et ne pas porter tort aux autres riverains. Utilisé dans les États de l'Est, bien arrosés.

##### - Prior use rights

Le fonds qui utilise une eau courante ne peut se voir priver de cette utilisation par des utilisateurs postérieurs. C'est le droit du Far West : premier arrivé, premier servi.

Il s'agit du système adopté majoritairement dans les États de l'Ouest, moins arrosés. Le Colorado est l'État de référence pour ce système. Ce dernier se « socialise » néanmoins depuis quelque temps.

##### - Pueblo rights

Les *pueblo rights* sont rares désormais en droit américain, car il s'agit de survivances des droits hispaniques lorsque les États du sud étaient mexicains. Mais ce sont des droits réels très intéressants. Les communautés d'habitants installées avant l'indépendance de la Californie ont un droit prioritaire sur toutes les eaux du bassin-versant alimentant la rivière traversant la ville. La particularité du *pueblo right* est que ce droit est certes limité à l'approvisionnement en eau de la ville, mais il croît automatiquement avec les besoins ! Los Angeles a pu assurer son approvisionnement en eau au fur et à mesure de sa croissance rapide grâce à son *pueblo right*, qu'elle réussit à opposer aux propriétaires du bassin-versant.

## 4.2. Propositions de réformes

Au vu de l'ensemble de ces constats, on pourrait proposer une première direction de réforme qui tiendrait en la domanialisation généralisée de l'eau. En droit positif d'ailleurs, l'essentiel des ressources en eau des DOM fait déjà partie du domaine public, avec la permission des usages domestiques. Depuis plusieurs décennies, l'idée d'un rattachement de l'eau au domaine public resurgit régulièrement pour la métropole. Pourtant, non seulement un tel projet paraît irréaliste politiquement du fait de l'opposition avérée des milieux agricoles, mais il n'est pas certain qu'elle apporte une solution de long terme aux problèmes concrets de répartition de l'usage ou aux problèmes environnementaux<sup>43</sup>. Comme cela a été précédemment vu, les arbitrages se font au niveau local de manière parfois peu cohérente. On ne voit pas tellement quelle plus-value réelle apporterait ce passage dans le domaine public en ce qui concerne la préservation de la ressource. Une étude empirique de la situation dans les DOM permettrait d'infirmer ou de confirmer ce scepticisme.

<sup>43</sup> Sur les rapports entre environnement et domanialité publique, v. le constat (sceptique) de S. CAUDAL, « La domanialité publique comme instrument de protection de l'environnement », *AJDA* 2009. 2329.

Toutefois, il faut reconnaître que la domanialisation peut permettre de poser une claire hiérarchie des usages de l'eau. C'est ainsi que la loi espagnole sur les eaux impose la hiérarchie suivante pour l'attribution des concessions : (i) eau potable (ii) irrigation (iii) production électrique (iv) autres usages industriels (v) aquaculture (vi) eau pour loisirs et agréments (vii) navigation (viii) autres finalités<sup>44</sup>. Pourrait-on établir une telle hiérarchie en France ? Et pourquoi se fonder uniquement sur le type d'activités et non sur le taux de consommation ?

**Réforme proposée** : c'est pourquoi c'est une autre direction qui est prônée ici, consistant à s'appuyer sur la qualification de patrimoine commun pour proposer des principes généraux applicables au droit de l'eau<sup>45</sup>.

#### 4.2.3. Le rejet de la possibilité d'un droit « absolu » sur les eaux

**Rejet de toute idée de « propriété privée de l'eau »**<sup>46</sup>. Le Code civil évite de parler de propriété de l'eau et parle volontiers d'usage (notamment à propos des sources). La jurisprudence devrait lire littéralement les textes. L'absolutisme de la propriété n'est en particulier pas applicable aux sources ou aux eaux souterraines.

**Reconnaissance de la spécificité des eaux non captées** relevant des lacs et cours d'eau domaniaux. L'État n'en est que le gardien, il n'en est pas propriétaire<sup>47</sup>.

#### 4.2.4. La reconnaissance d'un principe général d'usage raisonnable de l'eau

Cette proposition s'inspire (tout en s'en écartant) de la doctrine du *reasonable use* américaine, mais aussi de la formulation de l'article 98 du Code de l'environnement italien qui dispose que « ceux qui gèrent ou utilisent la ressource en eau doivent prendre toutes les mesures visant à éviter tout gaspillage et à en réduire la consommation, ainsi qu'à privilégier le recyclage et la réutilisation, y compris grâce à l'utilisation des meilleures techniques disponibles ».

La doctrine du *reasonable use* a été entérinée par l'arrêt *Tyler v. Wilkinson* (1827). Elle part du constat que tous les usagers d'un cours d'eau ont un droit égal sur ce dernier, car il leur est commun. Par conséquent, du fait de ce caractère commun, les usagers doivent en faire un usage raisonnable. La *reasonable use doctrine* accorde au riverain un droit d'user raisonnablement l'eau, et le protège contre les usages déraisonnables que commettraient les autres utilisateurs, selon une logique proche de la responsabilité civile (*negligence doctrine*). Les eaux n'appartiennent pas aux riverains, mais sont considérées comme faisant partie d'un *public trust* dans les 31 états reconnaissant ce système<sup>48</sup>.

En droit français, le juge est déjà habilité, par la voie du « règlement d'eau », à arbitrer entre les riverains des cours d'eau non domaniaux. L'idée d'un principe d'usage raisonnable est de généraliser le procédé à **toutes les eaux**. Puisque l'eau est un « patrimoine commun », tous les utilisateurs auraient un devoir d'usage raisonnable afin de garantir l'intégrité de la ressource. Pour être effectif, ce principe doit être

<sup>44</sup> J. DE LA CRUZ FERRER, « Les problèmes de l'eau en Espagne », *Annuaire européen d'administration publique*, 2010, p. 86. L'auteur rapporte que les conflits d'usage restent néanmoins très prégnants et se sont reportés sur des questions de compétence territoriale des agences.

<sup>45</sup> V. *infra*, Annexe 1 n° 3 - Propositions de réformes relatives à l'eau comme patrimoine commun.

<sup>46</sup> Cf. J.-L. GAZZANIGA, J.-P. OURLIAC, X. LARROUY-CASTÉRA, Ph. MARC, *Le droit de l'eau*, LGDJ, 2011, n° 5 : « Le seul droit que l'on peut raisonnablement concevoir est celui de l'usage ».

<sup>47</sup> La notion de patrimoine commun incite à faire cesser le monopole de l'État sur l'usage de l'eau des cours d'eau domaniaux (v. en ce sens M. PRIEUR, « Le fleuve et le droit de l'environnement », in *Le fleuve et ses métamorphoses*, Didier Erudition, 1993, p. 344).

<sup>48</sup> D. CAPONERA & M. NANNI, *Principles of Water Law and Administration*, Taylor and Francis, 2007, p. 126.

légalement reconnu. Afin de vérifier que ces usages ne portent pas atteinte à l'impératif de renouvellement de la ressource, le juge pourrait ordonner une mesure d'expertise judiciaire, si l'établissement de l'état de la ressource suppose des investigations complexes (art. 265, CPC).

En suivant la typologie des intérêts adoptée dans ce rapport, le principe d'usage raisonnable porte un *intérêt hybride*, permettant soit une action diffuse soit une action individuelle (ou de groupe)<sup>49</sup>. Par exemple, un prélèvement excessif dans un cours d'eau non domanial peut être contesté par un riverain en aval ou même un groupe de riverains en aval. L'action en justice protégera alors les droits de ces riverains en aboutissant à des mesures divisibles via un règlement d'eau. En revanche, un prélèvement excessif dans une large nappe phréatique pourra faire l'objet d'une action diffuse qui visera simplement à empêcher l'assèchement généralisé de la ressource<sup>50</sup>.

Le tout aboutit à une proposition de réécriture de l'article L. 210-1 al. 1<sup>er</sup> et 2 du Code de l'environnement :

Article actuel :

« L'eau fait partie du patrimoine commun de la nation. Sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général.

Dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement établis, l'usage de l'eau appartient à tous et chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiquement acceptables par tous. »

Article proposé :

« L'eau fait partie du patrimoine commun de la nation. Sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général.

L'usage de l'eau s'effectue dans le cadre des lois et règlements. Toutefois, quelle que soit la nature du droit exercé sur l'eau, l'usage de cette ressource doit être raisonnable.

Le caractère raisonnable de l'usage s'apprécie notamment en fonction de la rareté de la ressource, de la vitesse de restitution au milieu, des besoins légitimes des différents utilisateurs et de l'atteinte éventuelle faite à l'écosystème. Ne peut être considéré comme déraisonnable l'usage non polluant de l'eau pour de stricts besoins domestiques.

Toute personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiquement acceptables par tous. »

---

<sup>49</sup> Sur ces actions, v. *infra*.

<sup>50</sup> Sur cette typologie des intérêts et sur les différentes actions qui y sont associées, v. le rapport consacré aux intérêts et aux actions, *infra*.

#### §4. L'environnement comme patrimoine commun (protection pénale)

Le Conseil économique et social, dans son avis rendu sur le projet de Charte constitutionnelle<sup>1</sup>, avait dégagé une classification triptyque du droit de l'environnement, montrant en cela que sous une apparence unitaire, ce droit est multiple et polysémique. Il avait ainsi déterminé trois types de droit :

- En premier lieu, le droit *sur* l'environnement, dont l'objectif est de réglementer des activités ayant ou pouvant avoir un impact important sur les composantes de l'environnement : l'eau, l'air, le sol, les paysages, la faune, la flore...  
Ce droit s'est progressivement formé à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle.
- En deuxième lieu, le droit *de* l'environnement qui crée des cadres spécifiques traitant des affaires écologiques et en systématise la protection. Ce droit est devenu un droit de la puissance publique dont l'objectif est la préservation d'un *patrimoine commun* ou de biens publics communs. C'est un droit pour préserver la nature et les ressources naturelles, mais dans la mesure où elles sont indispensables à l'homme, aux hommes vivant en société.  
Ce droit est apparu au milieu du XX<sup>e</sup> siècle et le droit des générations futures prolonge cette approche.
- En troisième lieu, le droit *à* l'environnement qui apparaît comme un droit de l'homme, le droit de chacun de vivre dans un milieu sain, de qualité, propice à son développement.  
Il a été reconnu pour la première fois dans la Déclaration de Stockholm en 1972 et est désormais inscrit dans la Charte constitutionnelle de l'environnement de 2004 qui affirme dans son 3<sup>e</sup> considérant que « l'environnement est le **patrimoine commun des êtres humains** » et dans son article 1<sup>er</sup> que « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ».  
C'est un droit de la personne, un droit fondamental de par son inscription au niveau constitutionnel, ouvrant des possibilités nouvelles d'agir en justice.

On a ainsi trois droits présentés comme trois étapes successives et révélant **trois visions différentes** :

- L'environnement au travers de ses **composantes** impactées par des activités humaines,
- L'environnement en tant que **patrimoine** qu'il faut préserver,
- L'environnement en tant que **milieu de vie** constitutif d'un nouveau droit fondamental, un droit de l'homme à l'environnement.

Ces trois visions, quoique successives, ne s'excluent pas. Au contraire, les trois droits sont complémentaires et toujours en vigueur aujourd'hui. **Ils ont chacun, à leur niveau, un rôle à jouer dans la prise en compte, et la préservation, des communs naturels.** Ainsi, il a été relevé qu'un lien indissoluble devait être maintenu notamment entre le droit *de* l'environnement et le droit *à* l'environnement, car « il ne peut exister de droit individuel à un environnement sain et préservé sans un droit de l'environnement garantissant ce droit individuel au niveau collectif »<sup>2</sup>. La dimension collective nous amène dès lors à la problématique de la communalité et à se questionner sur la pertinence et le potentiel que représentent les « communs », ainsi que sur l'intérêt à reconnaître « l'existence juridique

---

<sup>1</sup> « Environnement et développement durable – L'indispensable mobilisation des acteurs économiques et sociaux », Avis du Conseil économique et social présenté par M. Claude Martinand, 18 mars 2003, p. 8.

<sup>2</sup> *Ibid.* p. 10.



d'un environnement commun »<sup>3</sup> sous l'angle du droit pénal, qui est seul en mesure d'offrir une protection à la hauteur des enjeux écologiques actuels.

On remarquera que, à cet égard, le droit pénal est un droit mixte en tant que droit de la puissance publique protégeant à la fois les intérêts de la société (l'intérêt général dont le commun) et les intérêts individuels par le biais de la protection des individus dans leur vie, leur honneur, leur propriété, etc. L'individuel et le collectif (le commun) ont ainsi tous deux leur place dans le raisonnement pénal.

La notion de commun interroge alors le droit, dans sa version actuelle, mais aussi à titre prospectif, pour savoir dans quelle mesure le droit pénal de l'environnement, dont l'objet pris globalement est un commun, pourrait accueillir et se saisir de cette notion et en tirer des bénéfices en termes de lisibilité, d'efficacité et d'effectivité de la norme répressive face aux atteintes les plus graves portées à l'environnement.

Conduire cette réflexion autour de la question de savoir comment le droit pénal de l'environnement peut appréhender le commun, sous ses différentes acceptions, et répondre aux problématiques qu'il pose, suppose un cheminement en trois étapes.

La première consiste à dégager et sous-peser les différentes qualifications de la communalité que le droit pénal de l'environnement serait susceptible de s'approprier pour en arriver à proposer une notion novatrice et suffisamment englobante, qui serait celle de « patrimoine commun des êtres vivants » (1).

L'objet et les enjeux que cette nouvelle notion cristallise conduisent, dans un deuxième temps, à pointer et analyser toutes les insuffisances du régime juridique actuel de protection pénale, intrinsèquement inadapté à la dimension de patrimoine commun des êtres vivants (2).

Or, la qualification de patrimoine commun des êtres vivants ne saurait avoir de sens et de pertinence sans un régime juridique propre et adéquat. Ce qui suppose, dans une troisième étape, de repenser les termes de la réponse répressive, tant dans son volet substantiel par la création de nouvelles incriminations et sanctions pénales permettant d'atteindre l'ensemble des responsables d'atteintes au patrimoine commun (3), que dans sa démarche processuelle en assurant une meilleure représentation de ce patrimoine devant un juge spécialisé, qui en serait le gardien attitré et institutionnel (4).

## **1. Les différentes qualifications de la communalité en droit pénal de l'environnement et l'intérêt de la protection pénale du patrimoine des êtres vivants**

Dans un premier temps, il est nécessaire d'analyser la notion de « communs » qui pourrait être considérée en droit pénal et les notions juridiques dérivées qui ont émergé au fil du temps et au gré de l'évolution des réflexions doctrinales.

Le premier problème qui se pose est, en effet, celui des qualifications, des différentes manifestations du « commun » en droit pénal, car de là découlent deux questions principales à résoudre :

- *quelle ressource veut-on protéger par ce biais comme commune ?* Quel est le type de ressource à considérer par le droit pénal ? Quelles en sont les catégories ? Et à qui ces ressources sont-elles « communes » ? Ce premier questionnement renvoie aux différentes qualifications possibles et à leurs définitions, pour pouvoir en déterminer le contenu et la dimension exacts ;
- *pourquoi le droit pénal devrait-il considérer telle ressource comme commune ?* C'est-à-dire au nom de quelles préoccupations ou de quels impératifs identifiés et pour quelles finalités ? Ce

---

<sup>3</sup> L. WEISS, « La mondialisation du concept de droits environnementaux et ses retombées en droit français. Recherche d'une singularité juridique », in *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement*, IRJS éditions, 2010, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, Tome 22, p. 39.

second questionnement nous amènera à dégager l'intérêt et la finalité de la qualification de « commun » en droit pénal de l'environnement.

L'ensemble de la problématique peut alors être résumé en une phrase : quelles « choses » sont communes pour le droit pénal et pour quoi (faire) juridiquement ?

### 1.1. Les différentes qualifications de la communalité et le choix du « patrimoine commun des êtres vivants » pour fonder le droit pénal de l'environnement

Quant aux qualifications, on trouve dans le discours doctrinal plusieurs directions qui ne sauraient être toutes envisagées ici<sup>4</sup>. Dans le cadre de notre étude centrée sur le droit pénal et l'environnement, l'on retiendra notamment celle de la reconnaissance de « choses communes » et de « patrimoine commun » fréquemment mobilisées.

Ces différentes notions désignent les contenants des composantes matérielles de l'environnement (eau, air, espèces animales et végétales, etc.). Elles ont été dégagées « *en raison de la nécessité de définir un statut juridique aux ressources vitales, afin de limiter leur appropriation exclusive, d'éviter leur destruction, de les placer hors des conflits sociaux et juridiques, de reconstruire les Communs* »<sup>5</sup>. Entre les deux, on choisira cependant la notion de patrimoine commun étant donné les limites de celle de chose commune, qui plus est d'un patrimoine commun « des êtres vivants ».

#### 1.1.1. Les limites de la notion de chose commune

En effet, la « chose » commune renvoie à un usage collectif, l'usage de tous, sans appropriation<sup>6</sup>. Elle peut embrasser certaines **ressources naturelles : l'eau, l'air, les espèces animales et végétales sauvages, certains espaces... Elle peut aussi impliquer qu'elles fassent l'objet d'une gestion écologique**. Elle présente toutefois trois limites en l'état de sa construction juridique<sup>7</sup>.

En premier lieu, elle ne permet d'appréhender que des choses hors appropriation. Or certaines, appropriées, méritent une attention du droit pénal.

En deuxième lieu, ces choses communes (toujours en l'état du droit positif et de sa compréhension actuelle) se caractérisent par le fait qu'elles sont envisagées de manière sectorielle, catégorielle, par secteurs environnementaux, en tant que composantes de l'environnement. En témoigne notamment la présentation opérée par le Code de l'environnement, qui ne comporte pas moins de 25 polices – au sens administratif du terme – environnementales, ou encore leur prise en compte en droit supranational, dans des conventions internationales ou les textes européens (directives européennes notamment) de type sectoriel. Les politiques environnementales sont ainsi apparues successivement secteur par secteur (eau, déchets, bruit, air, sol, ...), se construisant et se déclinant par strates successives, tel un « mille-feuille juridique ». Or cette sectorisation ne reflète en rien la complexité des relations et interrelations des éléments qui composent l'environnement, de leurs rapports et des liens qui les unissent ainsi que de toutes les implications écologiques qui en découlent. Elle occulte par conséquent une grande partie de la problématique environnementale qui exige par nature une approche systémique rendant compte de ce système d'ensemble complexe et de l'interdépendance de toute action qui s'y exerce.

---

<sup>4</sup> Pour plus de détails sur chacun d'eux, v. *supra* Partie 1.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> V. *infra* Section 2, Propositions de réformes relatives à la chose commune.

<sup>7</sup> Pour des propositions de changements néanmoins, v. *infra* Section 2.1 - Propositions de réformes relatives à la chose commune - La biodiversité comme chose commune.

Enfin, la notion de chose commune n'apparaît pas suffisante, en l'état toujours de sa construction positive<sup>8</sup>, dans le contexte actuel d'urgence écologique en ce qu'elle se focalise principalement sur l'objectif d'accès aux ressources naturelles pour tous par le moyen de la non-appropriation. Si les ressources naturelles se raréfient au point de menacer de disparaître irrémédiablement, l'accès à tous n'a plus d'objet et disparaît dans le même temps. C'est donc l'exigence de conservation qui prend aujourd'hui, ce que traduit bien la notion de patrimoine commun qui insiste sur l'exigence de conservation, de gestion collective et de responsabilisation.

La notion de patrimoine commun est ainsi à même d'**intégrer une approche systémique, une perception plus globalisante de l'environnement** qui sorte de la sectorisation et des limites qu'elle recèle et mette l'accent sur le système complexe de relations et d'interrelations que représente l'environnement et insiste sur l'idée d'une gestion patrimoniale et collective de l'environnement, à finalité de transmission aux générations suivantes.

### 1.1.2. Le choix de la notion de « patrimoine commun des êtres vivants »

La notion de « patrimoine commun » est d'ailleurs de celles qui se trouvent le plus souvent évoquée dans ce contexte d'accroissement de la protection, pour signifier **un ensemble de composantes et de ressources qui présentent un intérêt commun et qu'il importe de protéger et préserver pour en garantir la transmission**. Elle contient l'idée d'un héritage, légué par les générations qui nous ont précédés et que nous devons transmettre **intact** aux générations qui nous suivent, les « générations futures », le patrimoine désignant étymologiquement « *ce qui vient des pères* ». L'intégration dans ce patrimoine destine les composantes à une gestion collective dont la finalité est la préservation.

À cet égard, le CES avait pu souligner la dimension finie de la terre et des ressources naturelles, le caractère non renouvelable ou épuisable de beaucoup de ces ressources et, partant, leur dimension de patrimoine à préserver. Tel « un capital » constitué par les ressources naturelles, il ne faut en consommer que les « dividendes », c'est-à-dire la partie qui se renouvelle et non le « capital » lui-même si l'on veut un « développement durable » sur notre terre<sup>9</sup>.

De la sorte, le patrimoine présente à la fois une **dimension globalisante** et une **fonction de transmission**, toutes deux particulièrement adaptées à la problématique environnementale et à la notion de communs environnementaux ou naturels. En effet, l'environnement concerne l'humanité tout entière, actuelle et à venir, sur la totalité de la planète. Il présente les caractéristiques d'être à la fois **transfrontière (ou interspatial)** et **transgénérationnel (ou intertemporel)**. Ces deux aspects, interspatial et inter-temporel, permettent d'introduire l'idée d'une **gestion globale, dans une perspective d'avenir**<sup>10</sup>.

Par ailleurs, quant au caractère commun, il insiste sur la reconnaissance d'une collectivisation de l'usage de cette chose, mais qui devra se faire sans abus ni détérioration de sorte que sa perpétuation et sa transmission aux générations suivantes soient assurées. En effet, les générations présentes ne sont que les gestionnaires du patrimoine commun, ce dernier faisant l'objet d'un transfert de génération en génération. Le caractère commun de la chose est ainsi attaché tantôt à l'usage de cette chose (eau, air, ...), tantôt à sa conservation (espèces animales et végétales protégées), tantôt aux deux simultanément.

En conséquence, les choses, ressources ou espaces, qui vont être qualifiés de « patrimoine commun » par le droit de l'environnement, vont devoir faire l'objet d'une attention toute particulière de la part de

---

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> Avis du CES, *op. cit.*, p. 8.

<sup>10</sup> M. TORRE-SCHAUB, « Le dommage environnemental. Vers un concept global du préjudice écologique pur ? », in *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 76.

l'ensemble de la collectivité. C'est une notion qui sous-tend la **responsabilité à l'égard de l'environnement**. La Déclaration de Stockholm de la Conférence des Nations-Unies sur l'environnement du 16 juin 1972 énonce ainsi dans son principe 4 que « *l'homme a une responsabilité particulière dans la sauvegarde et la sage gestion du patrimoine constitué par la flore et la faune sauvages et leur habitat, qui sont aujourd'hui gravement menacées par un concours de facteurs défavorables* ».

Encore faut-il s'expliquer sur le choix, qui n'est pas de droit positif actuel, d'un patrimoine commun « des êtres vivants ».

#### 1.1.2.1. Les limites de la notion de « patrimoine commun de la nation »

À l'échelle nationale, c'est en effet l'expression de « patrimoine commun de la nation » qui est utilisée dans le **Code de l'environnement, à l'article L. 110-1**, ainsi que dans le **Code de l'urbanisme, à l'article L. 101-1**, à propos des règles d'aménagement du territoire. En revanche, on ne la trouve pas dans le Code pénal qui se contente de reconnaître l'équilibre du milieu naturel et de l'environnement comme étant des « **intérêts fondamentaux de la nation** » (**article 410-1, c. pén.**<sup>11</sup>). L'expression d'intérêt fondamental de la nation, nous le verrons<sup>12</sup>, est néanmoins importante en ce qu'elle vient fonder et légitimer l'intervention du droit pénal en la matière, en tant que garant des valeurs sociales jugées essentielles au nom d'un intérêt supérieur<sup>13</sup>.

Précisément, **l'article L. 110-1 du Code de l'environnement** énumère les composantes de ce patrimoine commun de la nation (liste) :

« I. - Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage. Les processus biologiques, les sols et la géodiversité concourent à la constitution de ce patrimoine.

On entend par biodiversité, ou diversité biologique, la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants.

II. - Leur connaissance, leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état, leur gestion, la préservation de leur capacité à évoluer et la sauvegarde des services qu'ils fournissent sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. Elles s'inspirent, dans le cadre des lois qui en définissent la portée, des principes suivants [...] ».

Encore plus précisément, les ressources ou milieux consacrés de manière spécifique par le Code de l'environnement comme faisant partie du patrimoine commun de la nation sont au nombre de trois, à savoir l'eau, le milieu marin et les ressources génétiques :

Quant à l'eau, selon l'article L. 210-1 du Code de l'environnement, elle :

---

<sup>11</sup> « **Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent** au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, **de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement** et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel ».

<sup>12</sup> V. *infra* § 4.

<sup>13</sup> V. *infra*.

« fait partie du patrimoine commun de la nation. Sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général.

Dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement établis, l'usage de l'eau appartient à tous et chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiquement acceptables par tous.

Les coûts liés à l'utilisation de l'eau, y compris les coûts pour l'environnement et les ressources elles-mêmes, sont supportés par les utilisateurs en tenant compte des conséquences sociales, environnementales et économiques ainsi que des conditions géographiques et climatiques. »

Quant au **milieu marin**, selon l'article L. 219-7 du Code de l'environnement, il :

« fait partie du patrimoine commun de la Nation. Sa protection, la conservation de sa biodiversité et son utilisation durable par les activités maritimes et littorales dans le respect des habitats et des écosystèmes marins sont d'intérêt général.

La protection et la préservation du milieu marin visent à :

1° Eviter la détérioration du milieu marin et, lorsque cela est réalisable, assurer la restauration des écosystèmes marins dans les zones où ils ont subi des dégradations ;

2° prévenir et réduire les apports dans le milieu marin afin d'éliminer progressivement la pollution pour assurer qu'il n'y ait pas d'impact ou de risque significatif pour la biodiversité marine, les écosystèmes marins, la santé humaine ou les usages légitimes de la mer ;

3° appliquer à la gestion des activités humaines une approche fondée sur les écosystèmes, permettant de garantir que la pression collective résultant de ces activités soit maintenue à des niveaux compatibles avec la réalisation du bon état écologique du milieu marin et d'éviter que la capacité des écosystèmes marins à réagir aux changements induits par la nature et par les hommes soit compromise, tout en permettant l'utilisation durable des biens et des services marins par les générations actuelles et à venir. »

Quant aux **ressources génétiques**, selon l'article L. 412-3 du Code de l'environnement, il est nécessaire de :

« déterminer les conditions d'accès aux ressources génétiques faisant partie du patrimoine commun de la Nation, défini à l'article L. 110-1, en vue de leur utilisation, et à assurer un partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation et, le cas échéant, de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées, conformément à la convention sur la diversité biologique, adoptée à Nairobi le 22 mai 1992. »

Le Code de l'urbanisme, quant à lui, utilise la notion de patrimoine commun de la nation pour qualifier le *territoire* français, ce qui permet de donner une dimension patrimoniale à l'objet d'aménagement du territoire et implique une compétence partagée entre les acteurs publics de l'aménagement du territoire. Ainsi, selon l'**article L. 101-1 C. urb.**

« Le territoire français est le patrimoine commun de la nation.

Les collectivités publiques en sont les gestionnaires et les garantes dans le cadre de leurs compétences.

En vue de la réalisation des objectifs définis à l'article L. 101-2, elles harmonisent leurs prévisions et leurs décisions d'utilisation de l'espace dans le respect réciproque de leur autonomie. »

Cependant, le « patrimoine commun de la *nation* » dont il est question dans tous ces textes présente une limite : il est circonscrit au territoire *national*, au territoire de la République française, qu'il soit terrestre, marin ou aérien (la « qualité de l'air » étant également visée). L'expression comporte donc intrinsèquement une limite géographique, territoriale. Elle n'a pas vocation à s'appliquer à l'ensemble des communs naturels de la planète, mais reste dans le cadre légal assigné au droit purement interne. Il est néanmoins important de préciser que le droit national pourra, dans d'autres circonstances, notamment celles des infractions transnationales<sup>14</sup>, intervenir dans des situations comportant un élément d'extranéité, donc au-delà des frontières nationales, en application des règles spécifiques du droit pénal international français. Pour autant, on peut estimer que cette limite doit être dépassée et ne doit pas intégrer en tant que tel le droit pénal.

#### 1.1.2.2. Les limites des notions de « patrimoine commun de l'humanité » et de « patrimoine commun des êtres humains »

On pourrait donc convoquer la notion de « patrimoine commun de l'Humanité » présente à l'échelle internationale. D'emblée, il faut noter qu'elle est différente de celle de « patrimoine *mondial* de l'Humanité », notion retenue par l'UNESCO<sup>15</sup> et qui, contrairement au patrimoine *commun*, renvoie à des ressources sous souveraineté nationale. Selon Alexandre Kiss<sup>16</sup>, ce patrimoine est en effet la « *matérialisation de l'intérêt commun de l'humanité dans l'espace* » ou dans certaines ressources. Il **échappe à la souveraineté étatique et implique une affectation collective**. Il appelle **une utilisation du patrimoine qui soit pacifique et raisonnable, les richesses devant être équitablement partagées et l'espace commun ne pouvant être approprié** ni par un État ni par toute autre personne morale ou physique.

Si l'on en retrace l'histoire, le concept d'« héritage » commun (en anglais) ou de patrimoine commun de l'humanité aurait vu le jour en 1958 à l'occasion de la première conférence de Genève sur le droit de la mer : « *la mer constitue l'héritage commun de toute l'humanité, et il est donc de l'intérêt général de déterminer nettement le droit de la mer et de faire en sorte que celui-ci régleme équitablement les divers intérêts en jeu et assure la conservation de cet héritage pour le bien de tous* »<sup>17</sup>. Dans la même lignée, le représentant permanent de Malte auprès des Nations Unies, l'ambassadeur Arvid Pardo, proposa une décennie plus tard, au sein de la première Commission de l'Assemblée générale à New York en 1967, que l'utilisation des ressources minérales des fonds marins se trouvant au-delà des limites de la juridiction nationale des États soit réglementée par les Nations Unies, tout en proclamant que ces ressources constituaient le patrimoine commun de l'humanité<sup>18</sup>.

Dans la pratique, ce sont les pays récemment décolonisés (du Sud) qui furent porteurs de cette nouvelle notion dans les années 1970. L'introduction de l'idée d'un patrimoine commun de l'humanité a en effet tenu, en grande partie, aux inégalités entre pays riches et en développement. Le concept visa alors à une

---

<sup>14</sup> V. *infra* §§ 4 et 5.

<sup>15</sup> La convention de l'UNESCO sur le patrimoine mondial du 16 novembre 1972 dispose que « certains biens du patrimoine culturel et naturel présentent un intérêt exceptionnel qui nécessite leur préservation en tant qu'élément du patrimoine mondial de l'humanité toute entière ». Précisons que l'inscription d'un bien au patrimoine mondial de l'Unesco n'a pas pour effet de transférer la propriété de ce bien au Comité du patrimoine mondial. L'article 6-1 de la convention précise en effet : « en respectant pleinement la souveraineté des États sur le territoire desquels est situé le patrimoine culturel et naturel (...) et sans préjudice des droits réels prévus par la législation nationale sur ledit patrimoine, les États parties à présente convention reconnaissent qu'ils constituent un patrimoine universel pour la protection duquel la communauté internationale toute entière a le devoir de coopérer ».

<sup>16</sup> A.-C. KISS, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », Rec. Cours La Haye, 1982, T. 175, pp. 99-256.

<sup>17</sup> Première séance plénière de la conférence de Genève, 24 février 1958, procès-verbaux, p. 3, § 37.

<sup>18</sup> Cette proposition maltaise fut applaudie et acceptée par acclamation. Le projet de résolution proposé par le Gouvernement de Malte fut finalement adopté à l'unanimité (Résolution 2749 de l'Assemblée générale, XXIII, 19 décembre 1967).

nouvelle répartition des richesses (des bénéfiques tirés des ressources naturelles), aussi étendue que possible, répartition qui ne devait plus profiter aux seuls pays les plus riches et développés<sup>19</sup>. Mais ce sont ces mêmes pays en développement qui, finalement, s'opposent fermement à l'utilisation de ce concept lorsqu'il s'est agi de l'appliquer à des ressources naturelles situées sur leur territoire (biodiversité, forêts tropicales, etc.), parce qu'invoqué « *par des porte-parole autoproclamés de l'humanité* (venant des pays développés du Nord) *qui prétendaient leur dicter la façon d'utiliser leurs propres ressources nationales* »<sup>20</sup>.

Aujourd'hui, en dépit des nombreuses études menées sur le sujet<sup>21</sup>, il n'y a pas de consensus sur la définition de cette notion en doctrine. Il faut alors la trouver dans des conventions internationales et constater que la liste du patrimoine commun de l'Humanité est relativement pauvre : il comprend **la lune, ses ressources et les autres corps célestes**, ainsi que **les fonds marins** (appelés « la Zone » qui ne peut être exploitée qu'au bénéfice de tous ; il ne s'agit donc pas des ressources en haute mer pour lesquelles l'appropriation est libre). Son objet est donc très limité<sup>22</sup>.

Ainsi, précisément, la Convention sur la lune et les corps célestes du 5 décembre 1979, entrée en vigueur le 11 juillet 1984, proclame en son article 11 que :

- « 1. La Lune et ses ressources naturelles constituent le patrimoine commun de l'humanité, qui trouve son expression dans les dispositions du présent Accord (...)
2. La Lune ne peut faire l'objet d'aucune appropriation nationale par proclamation de souveraineté, ni par voie d'utilisation ou d'occupation, ni par aucun autre moyen ».

De son côté, la **Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer, signée à Montego Bay le 30 avril 1982**, entrée en vigueur en novembre 1983 et profondément modifiée en 1994 (signée par 119 délégations, mais non ratifiée par les États-Unis et le Canada) énonce en son article 136 que :

« La Zone et ses ressources sont le patrimoine commun de l'humanité ».

En outre, l'article 137 pose un régime juridique de la Zone et de ses ressources :

- « 1. Aucun État ne peut revendiquer ou exercer de souveraineté ou de droits souverains sur une partie quelconque de la Zone ou de ses ressources ; aucun État ni aucune personne physique ou morale ne peut s'approprier une partie quelconque de la Zone ou de ses ressources. Aucune revendication, aucun exercice de souveraineté ou de droits souverains, ni aucun acte d'appropriation n'est reconnu. 2. L'humanité tout entière, pour le compte de laquelle agit l'Autorité, est investie de tous les droits sur les ressources de la Zone. Ces ressources sont inaliénables. [...] »

---

<sup>19</sup> Le concept de patrimoine commun de l'humanité « a été conçu pour préserver les droits des PVD sur des espaces qu'ils n'avaient pas les moyens d'explorer et pour fonder leurs revendications d'une répartition plus équitable des ressources mondiales » : M.-C. SMOUTS, « Du patrimoine commun de l'humanité aux biens publics globaux », in *Patrimoines naturels au Sud : territoires, identités et stratégies locales*, Paris, 2005, IRD, <http://www.documentation.ird.fr/hor/fdi/010037531>.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> K. BASLAR, « The concept of the Common Heritage of Mankind in International Law », La Hague, Martinus Nijhoffs Publishers, 1998, p. XX : « Depuis la reconnaissance du concept de patrimoine commun de l'humanité par le droit international en 1967 et jusqu'à aujourd'hui (1997), il est devenu évident que peu d'autres concepts, notions, principes ou doctrines n'ont donné lieu à d'aussi intenses débats, controverses, confrontations ou spéculations que le concept de patrimoine commun ». V. aussi : P-F. MERCURE, « L'évolution du concept de patrimoine commun de l'humanité appliqué aux ressources naturelles », Thèse, Université de Nice-Sophia Antipolis, 1998 ; M- J. DEL REY, « La notion controversée de patrimoine commun », *D.* 9 février 2006, n°6, pp. 388-393.

<sup>22</sup> « Le patrimoine commun de l'humanité est pauvre. Juridiquement, ni l'espace extra-atmosphérique, ni les eaux de haute mer, ni l'Antarctique n'en font partie, encore moins la forêt amazonienne », *ibid.*

Enfin, au-delà des ressources concernées, on peut noter que le concept d'humanité attaché au patrimoine commun va revêtir, en 1945, une **dimension véritablement juridique en droit pénal** par le biais de l'incrimination de crime contre l'humanité consacrée dans le Statut du Tribunal Militaire International (TMI) de Nuremberg<sup>23</sup>. L'humanité – en tant que groupe de population civile au sens des différents textes d'incrimination – devient ainsi un nouveau sujet de droit international. Son existence ou sa sauvegarde constituent l'objet même du droit international contemporain et s'inscrivent dans le nouvel ordre juridique international qui commence à se mettre en place à cette époque.

On le constate l'une des limites de la notion de patrimoine commun de l'humanité est d'être particulièrement restreinte dans les objets sur lesquels elle porte. Certes, **de lege ferenda, la liste pourrait être enrichie, dès lors que l'on fonde désormais la nécessité de la protection sur l'impératif de conservation et de transmission aux générations futures.** À l'instar d'autres notions juridiques comme l'intérêt général ou l'ordre public, elle n'a rien de figé et pourrait s'adapter au fil du temps, des époques et des sociétés. L'application de la notion apparaît relativement flexible, résultant d'un équilibre entre les intérêts en présence davantage que d'une approche abstraite et doctrinale<sup>24</sup>. On pourrait ainsi y ajouter l'air ou l'atmosphère, les sols, les eaux et milieux aquatiques, les espèces de faunes et de flores menacées d'extinction, ainsi que les fonctions écologiques de l'ensemble de ces éléments.

Mais outre les difficultés à faire admettre ces nouveaux items, la notion présente également une autre limite : **celle de rester anthropocentrique**, l'environnement n'étant ici pris en compte – et donc protégé – qu'en ce qu'il est utile à l'humanité<sup>25</sup>, et non *per se*.

Il en va d'ailleurs de même de la notion de « patrimoine des êtres humains », d'apparition récente à l'échelle nationale. C'est en effet celle que l'on trouve dans la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la Charte de l'environnement de 2004<sup>26</sup>, précisément dans son 3<sup>e</sup> considérant :

« Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ».

De là, il est permis de s'interroger sur le fait qu'il eut peut-être été préférable de parler de **patrimoine commun « des êtres vivants »** au lieu des « êtres humains », ce afin de dépasser cette vision anthropocentrique et de considérer l'environnement *per se* dans une perspective écocentrique où l'homme a sa place, certes, mais qui n'est plus centrale.

### 1.1.2.3. La proposition de consacrer la notion de « patrimoine commun des êtres vivants »

C'est pourquoi, en définitive, au terme de cette présentation, et si l'on veut transcender l'anthropocentrisme et réunir dans une seule collectivité *tous* les êtres vivants placés sur le même plan — qu'ils soient humains, animaux ou végétaux —, en considération des relations et interrelations qui les animent, il paraît plus judicieux de plaider pour la reconnaissance et la protection en droit pénal d'un « patrimoine commun des êtres vivants ». Cette direction légitimerait entre autres de protéger les communs naturels pour eux-mêmes, même s'ils ne sont pas destinés à un usage collectif des êtres humains (par exemple les espèces protégées).

<sup>23</sup> Article 6 c) du Statut du TMI de Nuremberg annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe.

<sup>24</sup> V. en ce sens : C. A. FLEISCHER, « The International Concern for the Environment : The Concept of Common Heritage », in « Tendances actuelles de la politique et du droit de l'environnement », Gland (Suisse), Union internationale pour la conservation de la nature et des ressources naturelles, 1980, p. 326 ; A. D. ROTH, « La prohibition de l'appropriation et les régimes d'accès aux espaces extra-terrestres », <https://books.openedition.org/ihedid/4432>, Chapitre 1. « La notion de patrimoine commun de l'humanité en droit international », pp. 109-126.

<sup>25</sup> C. LE BRIS, « Humanité », in Dictionnaire des biens communs, op. cit., pp. 632-633.

<sup>26</sup> Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la charte de l'environnement.



La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 13 juin 1992 affirmait ainsi, en ce sens, que « la Terre, foyer de l'humanité, constitue un tout marqué par l'interdépendance ». C'est ce « tout » évoqué, qui réunit l'humain (le « vivant humain »), l'animal et le végétal (le « vivant non humain »), qui est titulaire d'un patrimoine.

De là découle la Proposition n° 1 : consécration juridique de la notion de « patrimoine commun des êtres vivants » et d'une définition universelle ouverte

- Réhabiliter le concept de « Patrimoine commun » qui serait l'élément d'identification des communs naturels à protéger, élément global et unificateur.
- Remplacer le terme d'« humanité » par « êtres vivants » pour conférer une dimension écocentrée et complète au patrimoine commun à protéger.
- Définir le patrimoine commun des êtres vivants comme celui constitué de l'ensemble des communs naturels qui, dans un rapport d'interdépendance, assurent l'équilibre de la biosphère et la perpétuation du vivant humain et non humain.
- Établir une liste (ouverte) dont feraient partie : l'air ou l'atmosphère, les sols, les eaux et milieux aquatiques, les espèces de faunes et de flores, ainsi que les fonctions écologiques de l'ensemble de ces éléments c'est-à-dire le rôle qu'ils jouent au sein des écosystèmes.

## 1.2. L'intérêt de la protection pénale du patrimoine commun des êtres vivants

### 1.2.1. L'intérêt de la protection pénale

L'humain, qui s'est cru pendant longtemps, du moins en Occident, maître et possesseur d'une nature infinie aux ressources inépuisables, vient de prendre conscience de la possible finitude de la nature et par voie de conséquence, de la possible finitude de l'humanité. Il ou elle prend conscience qu'il n'est pas « hors nature » ou au-dessus de la nature (maître de la nature), mais que sa survie dépend de l'équilibre de la planète et de la pérennité du vivant non humain.

Cette finitude de la planète et de ses ressources, et donc de l'humanité tout entière, est ce qui mobilise actuellement la jeunesse de différents pays et fonde les marches citoyennes pour le climat et la planète, car c'est l'avenir des générations futures qui est en jeu et qui relève de la responsabilité des générations actuelles.

L'humain fait ainsi l'apprentissage de son interdépendance avec la nature, une interdépendance qui implique une pluralité et une combinaison des valeurs et intérêts à protéger, car lutter contre les atteintes à l'environnement c'est lutter pour protéger l'humanité, présente et à venir et pour protéger l'équilibre, actuel et futur, de la planète.

Cette lutte implique une pluralité d'instruments juridiques mis au service de ces fins, et notamment la mise en place d'une protection pénale de l'environnement dont la place devrait s'élargir et se raffermir au fur et à mesure de la prise de conscience de la fragilité de l'environnement, de celle consécutive de l'humanité et donc de la nécessité de l'expansion du droit à l'environnement.

Dans cette reconnaissance, le rôle du droit pénal pourrait se décliner selon **plusieurs fonctions** :

- il a vocation à assurer la **protection** et la **conservation** des communs naturels, patrimoine commun des êtres vivants,

- il a vocation à assurer la **réprobation**, par la **sanction individuelle**, des infractions portant atteinte aux communs naturels, patrimoine commun des êtres vivants ; cette sanction doit permettre la cessation de l'infraction et des dommages qu'elle produit,
- au-delà, il a vocation à assurer la valeur d'exemplarité de la peine pour les futurs délinquants potentiels et à dissuader les infractions futures.

On retrouve ici les fonctions de prévention et de dissuasion du droit pénal, mais également son rôle de révélateur et de garant de la dimension éthique de l'environnement.

Ces rôles n'étaient d'ailleurs pas passés inaperçus dans l'avis précité de 2003 du Conseil Économique et Social. Celui-ci avait clairement relevé l'importance du droit pénal en posant la question suivante :

« ne serait-il pas souhaitable que la Chancellerie crée en son sein une unité spécialisée sur le droit pénal de l'environnement ? »<sup>27</sup>...

On pourrait en définitive résumer le rôle du droit pénal par la maxime suivante : « **incriminer, juger, punir, dissuader** »

### 1.2.2. Le champ de la protection pénale

Le droit pénal aurait vocation à protéger le « patrimoine commun des êtres vivants » de façon exceptionnelle. En effet, la désignation de l'ensemble des êtres vivants comme titulaire du patrimoine implique de raisonner sur des **hypothèses présentant un intérêt exceptionnel**. On doit se trouver face à des valeurs sociales jugées essentielles, universelles et reconnues comme supérieures. L'intérêt « commun » ici reconnu a vocation à se placer au-dessus de tous ceux juridiquement consacrés (intérêt général, collectif, individuel).

Dans cette limite, la **réhabilitation du concept de patrimoine commun** en droit pénal serait donc tout à fait envisageable et utile en tant que fondement juridique permettant de sanctionner plus largement et efficacement des **atteintes massives** à l'environnement, dégradations massives telles qu'elles rendent impossible à ce patrimoine de remplir les fonctions vitales qu'il reflète ou impliquent une extinction. Comme l'a souligné Marie-Claude Smouts, « les valeurs attachées au concept, l'idéal dont il est l'expression gardent toute leur importance en un temps où la montée des risques globaux renforce la perception d'un destin commun et d'un devoir collectif envers la planète »<sup>28</sup>.

En conséquence, le droit pénal de protection du patrimoine des êtres vivants aurait vocation à intervenir en tant que **sanction ultime des situations d'urgence écologique vitale pour l'humanité et la planète entière**, dans un domaine restreint. Cette orientation implique de faire une distinction, dans les atteintes à l'environnement, entre celles communes (au sens de « courantes », « habituelles ») et celles exceptionnelles ; entre l'ordinaire et l'extraordinaire ; entre le « *banal* » et le « *tragique* », pour reprendre l'expression de Carbonnier. Le « *banal* », c'est tout ce qui n'est pas atteintes massives intentionnelles à l'environnement mettant en péril la sûreté de la planète et l'équilibre de la biosphère. Il en est ainsi des nuisances visuelles, esthétiques (par le biais d'affichages illicites par exemple), qui n'ont rien de commun, en termes de gravité et d'enjeu, avec la déforestation de l'Amazonie ou la perte mondiale de la biodiversité.

En définitive, c'est le « *tragique* », entendu comme l'atteinte à la sûreté de la planète et à la survie de l'humanité, qui a vocation à relever du droit pénal de protection du patrimoine des êtres vivants. La

<sup>27</sup> Avis du CES, *op. cit.*, p. 14.

<sup>28</sup> M.-C. SMOUTS, *op. cit.*

sauvegarde de la sûreté de la planète pourrait ainsi être utilisée comme incarnant « une valeur environnementale supérieure à même de constituer le fondement d'une protection renforcée et plus ample de la biosphère (...) »<sup>29</sup>, à même de correspondre à la reconnaissance d'un patrimoine commun consacré en tant que notion proprement juridique dotée d'un régime de protection adapté. À cet égard, la sauvegarde de la sûreté de la planète aurait vocation à constituer la *ratio legis* de futures incriminations, et notamment celle d'écocide (*infra*). Comme le souligne M. Delmas-Marty, « c'est sans doute autour de la notion d'atteinte à la sûreté de la planète et à l'équilibre de la biosphère' que pourraient être définis les éléments constitutifs (comportement matériel, nature de la faute, caractères du dommage ou de la menace) de ce nouveau crime à vocation universelle »<sup>30</sup>. Dans ces hypothèses, la punition apparaît alors comme un impératif catégorique<sup>31</sup> : ces faits de destruction présentent un degré de gravité comparable à celui des crimes jugés les plus tragiques en termes de déshumanisation, c'est-à-dire les crimes internationaux relevant du droit pénal humanitaire (crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocide).

## 2. Les insuffisances du régime juridique actuel de protection pénale du patrimoine commun des êtres vivants

Cet impératif étant posé, on ne peut que constater que le régime juridique actuel, sur le plan international comme interne, présente de graves insuffisances. Celles-ci se révèlent particulièrement accentuées quand on considère la responsabilité pénale des entreprises transnationales.

### 2.1. Les insuffisances du régime juridique en droit international

Force est de constater que les rares instruments juridiques internationaux qui ont consacré ce concept de patrimoine commun se sont presque tous soldés par un échec dans leur application, très certainement en raison de la grande imprécision qui entoure la définition de ce concept ainsi que son contenu.

Ainsi la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer a été vidée de son contenu par l'avenant au Traité de 1994 puisque l'exploitation des fonds marins qualifiés de patrimoine commun peut se faire par tout État sans que celui-ci n'ait à reverser à l'Autorité internationale une partie des bénéfices réalisés. La Convention sur la lune et les corps célestes de 1979, quant à elle, n'a été ratifiée que par une dizaine d'États non-engagés dans la conquête spatiale. Enfin, de nombreux projets de conventions internationales (sur l'atmosphère, la biodiversité, l'eau, les forêts tropicales, les sols...) ne sont pas parvenus à faire reconnaître ces objets en tant que patrimoine commun de l'humanité<sup>32</sup>. Dans la Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992 par exemple, alors qu'il avait été proposé de qualifier la conservation de la biodiversité de « patrimoine commun de l'humanité », la Convention l'appréhende finalement comme une « *préoccupation commune de l'humanité* ». De même, la Convention sur les changements climatiques affirme que « *les changements du climat de la planète et leurs effets néfastes sont un sujet de préoccupation pour l'humanité toute entière* ».

---

<sup>29</sup> H. HELLIO, « De la valeur partagée de la sûreté de la planète à la répression internationale de l'écocide. Une nouvelle quête », in « Des écocrimes à l'écocide – Le droit pénal au secours de l'environnement », sous la direction de L. NEYRET, Bruylant, 2015, chapitre 6, p. 111.

<sup>30</sup> M. DELMAS-MARTY, « Vers une communauté de valeurs ? Les forces imaginatives du droit (IV) », coll. La couleur des idées, Paris, éd. du Seuil, 2011, p. 99. V. aussi : L. NEYRET, « Libres propos sur le crime d'écocide : un crime contre la sûreté de la planète », in *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de G. J. Martin*, Paris, éd. Frison-Roche, 2013, pp. 411 et s., spéc. p. 425 et E. FRONZA et N. GUILLOU, « Vers une définition du crime international d'écocide », *op. cit.*, qui relèvent que le choix du concept de sûreté de la planète « vise à combiner les trois objectifs identifiés dans les droits nationaux et le droit international existants, à savoir l'appréhension du dommage dans le temps, l'appréhension du dommage dans l'espace et l'appréhension du dommage dans sa gravité », p. 133.

<sup>31</sup> G. GUIDICELLI-DELAGE, « Propos conclusifs », *RJE*, 2014, numéro spécial « Droit répressif de l'environnement », p. 245.

<sup>32</sup> N. HUTEN, « La mondialisation du concept de patrimoine naturel commun », in *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 22.

Le droit pénal international humanitaire n'est toutefois pas dépourvu de toute arme de protection. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI), au travers des qualifications de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et de crime de génocide<sup>33</sup> (qui ont été intégrés dans le Code pénal français entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994), crimes les plus graves qui soient en ce qu'ils « touchent l'ensemble de la communauté internationale » et « menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde »<sup>34</sup>, peuvent tout à fait inclure les atteintes massives à l'environnement.

*De jure*, l'environnement a ainsi été intégré dès l'origine dans le champ de compétence matérielle de la CPI, par la porte des **crimes de guerre**. Dans la longue liste établie par le Statut de Rome, l'article 8 les définit, parmi les violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux, comme étant notamment :

« le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment [...] des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu »<sup>35</sup>.

Néanmoins, le cadre très étreint posé par l'article 8 du Statut, en ce que seuls les conflits armés internationaux sont visés par cette incrimination (à l'exclusion des conflits armés internes et des situations non conflictuelles donc de paix), ne permet pas d'appréhender l'environnement dans sa globalité alors pourtant qu'il subit de lourds dommages lors des conflits commis de par le monde, destructions et saccages.

Dès lors, une vision globale des problèmes environnementaux (pris dans leur dimension de « patrimoine commun des êtres vivants »), en temps de guerre comme en temps de paix, commande de les intégrer dans un cadre beaucoup plus étendu. La proximité entre atteintes à l'humanité et atteintes à l'environnement permettrait, dans cette voie, de se rapprocher de la définition actuelle et générale du **crime contre l'humanité** telle qu'elle nous est proposée par l'article 7 du Statut de Rome de la CPI<sup>36</sup>, ou encore de manière plus symbolique — parce que constituant « le crime des crimes »<sup>37</sup> — de celle de **génocide** défini à l'article 6 dudit Statut<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> V. M.-A. GRAY, « The international crime of ecocide », *California Western International Law Journal*, 1995, vol. 26, n° 2, p. 215 cité par R. ESTUPINAN-SILVA, « La lutte contre la criminalité environnementale au sein des États », in « Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement », *op. cit.*, p. 31, note 48 : « Gray identifie la notion d'écocide comme étant une violation grave des droits humains sur la base des caractéristiques communes aux crimes internationaux : la gravité et le caractère étendu ou durable du dommage écologique, les conséquences transfrontalières, les pertes et l'intérêt international des poursuites ».

<sup>34</sup> Préambule du Statut de Rome.

<sup>35</sup> Article 8 §2 b) iv) du Statut de Rome.

<sup>36</sup> Dans l'affaire *Chevron-Texaco*, les avocats des victimes ont présenté une communication à la Procureure de la CPI afin que le PDG de Chevron et son vice-président soient poursuivis par cette Cour pour crimes contre l'humanité : Communication au procureur de la CPI sur la situation en Équateur, 23 octobre 2014, disponible sur <http://chevrontoxico.com/assets/docs/2014-icc-complaint.pdf>. Pour une présentation détaillée de cette affaire, v. : K. MARTIN-CHENUT et C. PERRUSO, « L'affaire *Chevron-Texaco* et l'apport des projets de conventions écocrimes et écocide à la responsabilisation pénale des entreprises transnationales », in « Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement », *op. cit.*, pp. 67-86, spécif. pp. 80-81 : « dans le cadre de la contamination due au pétrole, des dommages à l'environnement et notamment à la santé des victimes causés par l'entreprise, le refus de la part des dirigeants d'exécuter l'arrêt équatorien visant à la réparation des victimes ainsi que toutes les stratégies employées peuvent, selon les avocats, être qualifiés de crimes contre l'humanité, notamment parce que la pression exercée contre la population civile constitue une attaque systématique dont les conséquences sont massives ».

<sup>37</sup> Expression utilisée par W. CHURCHILL à la fin de la deuxième Guerre mondiale.

<sup>38</sup> L'article 6, c, du Statut de Rome prévoit que les atteintes à l'environnement peuvent constituer un moyen de commettre un génocide par la « *soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle* ». En témoigne le deuxième mandat d'arrêt émis en 2010 par la CPI contre Omar Al-Bashir, président du Soudan récemment destitué, qui mentionne la contamination de puits et de pompes à eau dans des villes et villages comme un élément témoignant de la politique génocidaire menée contre certaines ethnies du Darfour.

Le bureau de la Procureure générale de la CPI avait d'ailleurs fait, le 15 septembre 2016, une annonce officielle en ce sens, porteuse d'espoirs pour les environnementalistes. Dans son document de politique générale<sup>39</sup>, il précisait que serait désormais accordée une attention prioritaire aux crimes impliquant « *la destruction de l'environnement, l'exploitation illégale de ressources naturelles et la dépossession illégale des terres* ». Ce faisant, la Procureure Fatou Bensouda déclarait explicitement que les atteintes à l'environnement et aux droits des peuples pouvaient constituer des crimes contre l'humanité que le droit international, par la voix de la CPI, ne pouvait plus laisser impunis. Au terme de ce même document, les États qui en manifesteraient le souhait se verraient proposer l'assistance du bureau du procureur « *au sujet de comportements constituant des crimes graves au regard de la législation nationale, à l'instar de l'exploitation illicite de ressources naturelles [...], de l'appropriation illicite des terres ou de la destruction de l'environnement* ». Un message fort était ainsi lancé aux multinationales et aux investisseurs. Reste que des années se sont écoulées depuis cette déclaration d'intention et qu'aucun effet concret n'a pu être relevé sur l'activité de la CPI...

L'aurait-elle voulu qu'une analyse des qualifications pénales à disposition – crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocide – démontre que celles-ci se révèlent insuffisantes face à la problématique spécifique posée par les communs naturels : elles contiennent trop de limites dans leur champ d'application respectif. Globalement, et c'est là l'obstacle majeur, la protection de l'environnement n'est pas l'objet principal des poursuites de ces chefs. Le droit pénal international humanitaire, par le biais de conventions de protection des droits de l'homme « anthropocentriques », vise principalement à réduire les souffrances des êtres humains en temps de guerre et/ou à garantir la dignité humaine en tout temps. En conséquence, la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres vivants, n'est pas l'objet principal, d'une part, et intègre une vision anthropocentrique (la défense de l'environnement n'est assurée que s'il est utile pour les hommes et non *per se*).

On ajoutera, enfin, que des éléments de l'environnement reçoivent, pris isolément, une protection pénale. Ainsi à titre d'illustrations, la protection pénale de **l'eau** (au singulier) est censée être partiellement assurée par diverses conventions de droit international classique, dont l'objet est de protéger les mers (Convention de Londres du 2 novembre 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, dite « Convention Marpol » ; Convention du 22 septembre 1992 pour la prévention de la pollution marine de l'Atlantique nord-est, dite « Convention Oskar », etc.) ; la protection de certaines **espèces animales et végétales sauvages et leurs habitats** est visée par la Convention de Washington du 3 mars 1973 sur le commerce international des espèces de faunes et de flores sauvages menacées d'extinction (CITES, introduite en droit français dans le Code de l'environnement *infra*). Ces protections se révèlent néanmoins partielles et insuffisantes.

## 2.2. Les insuffisances du régime juridique en droit pénal interne

En droit pénal interne, le constat d'insuffisance est identique.

Le droit pénal a en effet procédé par sectorisation de l'incrimination, élément par élément. Ainsi à titre d'illustrations, la protection pénale de **l'eau** (au singulier) relève de l'**article L. 216-6 al. 1<sup>er</sup> du Code de l'environnement réprimant le délit général des eaux**<sup>40</sup> et protégeant toutes les eaux qu'elles soient de surface ou souterraines, douces ou salées, closes ou libres, ainsi que de la directive 2005/35/CE du 7 décembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas

---

<sup>39</sup> [https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915\\_OTP-Policy\\_Case-Selection-Fra.pdf](https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection-Fra.pdf).

<sup>40</sup> « Le fait de jeter, déverser ou laisser s'écouler dans les eaux superficielles, souterraines ou les eaux de la mer dans la limite des eaux territoriales, directement ou indirectement, une ou des substances quelconques dont l'action ou les réactions entraînent, même provisoirement, des effets nuisibles sur la santé ou des dommages à la flore ou à la faune, à l'exception des dommages visés aux articles L. 218-73 et L. 432-2, ou des modifications significatives du régime normal d'alimentation en eau ou des limitations d'usage des zones de baignade, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. (...) ».

d'infractions, modifiée par la directive 2009/123/CE du 21 octobre 2009. De son côté, la protection de certaines **espèces animales et végétales sauvages et leurs habitats** est assurée *via* le **statut d'espèces protégées** introduit par la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, avec les comportements prohibés à leur égard et les sanctions pénales prévues par les articles L. 411-1 et L. 415-3 du Code de l'environnement.

À l'inverse, l'expression de « patrimoine commun » n'emporte pas l'application d'un régime juridique précis et spécifique : **la qualification ne reçoit pas, en l'état actuel des textes, de traduction pénale directe en termes d'infractions** ; par voie de conséquence, il n'existe pas de sanctions pénales particulières.

En définitive, que ce soit en droit international ou en droit pénal interne, le « patrimoine commun » revêt actuellement plus une **valeur symbolique, philosophique**, qu'effective et juridique. Elle est censée permettre de révéler la **dimension éthique de l'environnement** et des éléments qui le composent, c'est-à-dire leur importance, et signaler un intérêt commun correspondant à des valeurs universelles, importantes pour la planète et l'Humanité tout entière, pour les générations présentes et à venir ; en d'autres termes **la sûreté de la planète, la sécurité et la paix dans le monde**. On notera d'ailleurs à ce stade l'émergence de cette nouvelle valeur commune qu'est la « **sûreté de la planète** », qui vise la viabilité de la Terre et, avec elle, l'avenir de l'humanité tout entière<sup>41</sup>. En effet, « derrière la sûreté de la planète, il est permis de voir une nouvelle alliance entre protection de l'environnement et protection de l'humanité, où les deux entités ne seraient pas tant dissociées qu'associées »<sup>42</sup>.

### 2.3. Les insuffisances spécifiques du régime juridique de responsabilité pénale des entreprises transnationales

Au-delà des insuffisances relevées, un constat s'impose également : la grande criminalité environnementale est essentiellement collective<sup>43</sup>, qu'elle soit le fait de groupements criminels appelés « écomafias » responsables de divers trafics illicites (d'espèces protégées, de ressources naturelles, de déchets...)<sup>44</sup>, ou le fait d'entreprises de commerce légales, non liées au crime organisé, dont le but principal est légitime (« délinquance d'entreprise »). Or, s'agissant spécifiquement de ces dernières, l'absence de répression pénale des entreprises transnationales (« ETN » dans les lignes qui suivent), dont une centaine est responsable de 60 % de la pollution mondiale, marque une insuffisance spécifique du dispositif actuel.

Cette question est particulièrement épineuse s'agissant des ETN et de certains États peu soucieux des questions environnementales. En effet, l'accentuation du libéralisme et de la mondialisation économique font que les entreprises multinationales ou transnationales<sup>45</sup> sont de plus en plus présentes dans les pays

<sup>41</sup> L. NEYRET, « Ecocide », in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, pp. 477-484.

<sup>42</sup> E. FRONZA et N. GUILLOU, « Vers une définition du crime international d'écocide », in « Des écocrimmes à l'écocide – Le droit pénal au secours de l'environnement », *op. cit.*, chapitre 7, p. 135.

<sup>43</sup> V. sur cette question : J. TRICOT, « Ecocrimmes et écocide : quels responsables ? », in « Des écocrimmes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement », *op. cit.*, chapitre 8, pp. 141-163.

<sup>44</sup> V. sur cette question : I. RODOPOULOS, « Les activités criminelles organisées en matière environnementale : quelques réflexions en vue d'une réponse pénale internationale », in « Des écocrimmes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement », *op. cit.*, chapitre 9, pp. 165-182.

<sup>45</sup> Pour des essais de définition de ces entreprises : selon l'Institut du droit international, « les entreprises formées d'un centre de décision localisé dans un pays et de centres d'activité dotés ou non de personnalité juridique propre situé dans un ou plusieurs autres pays devraient être considérées comme constituant en droit des entreprises multinationales ». Selon l'OCDE, « il s'agit généralement d'entreprises ou d'autres entités établies dans plusieurs pays et liées de telle façon qu'elles peuvent coordonner leurs activités de diverses manières. Une ou plusieurs de ces entités peuvent être en mesure d'exercer une grande influence sur les activités des autres, mais leur degré d'autonomie au sein de l'entreprise peut être très variable d'une multinationale à l'autre » (OCDE, « Les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales », Éditions de l'OCDE, Paris, 2011, p. 19).

en développement. L'« environnement est un champ privilégié du forum shopping : les entreprises multinationales qui perçoivent parfois les normes écologiques comme des entraves à leur développement peuvent être tentées de localiser leurs activités dans les États les plus permissifs »<sup>46</sup>. Or la volonté de maximiser le profit amène ces entreprises à se livrer à de graves actes attentatoires à l'environnement, mais aussi, et par voie de conséquence, à la santé et à la sécurité des individus, qui entraînent dans certains cas de véritables catastrophes écologiques et humanitaires<sup>47</sup>. Par exemple, des entreprises françaises, allemandes, autrichiennes et hollandaises, comme GDFSuez, EDF, Alstom ou encore Arcadis, sont impliquées dans de nombreux projets de barrages du bassin amazonien. D'autres entreprises productrices d'huile de palme sont responsables de la destruction des forêts tropicales (en Indonésie et Malaisie essentiellement), menaçant la vie de nombreuses espèces animales (tels les orangs-outans) et impactant fortement le climat et la qualité de l'air<sup>48</sup>. Ces quelques exemples ne sont que le pâle reflet de l'augmentation et de l'aggravation du phénomène de la criminalité écologique, dont les entreprises multinationales sont les principaux acteurs, dans un cadre transnational. Une liste des entreprises visées par des plaintes pour de telles infractions a d'ailleurs été dressée et serait longue : Nestlé, Exxon Mobil, Coca-cola, Shell Oil Company, Dow Chemical Company, Standard Fruit and Steamship Company, Unocal, Total, BP, ChevronTexaco<sup>49</sup>, etc., pour ne citer que les plus célèbres<sup>50</sup>.

En termes de chiffres, on peut estimer que, entre 2014 et 2016, les revenus annuels générés par les crimes environnementaux en tout genre – trafics d'espèces protégées, trafics de déchets toxiques, exploitations illégales de métaux précieux ou autres ressources naturelles comme le bois de rose de Madagascar, etc. - ont augmenté de 26 % pour atteindre près de 258 milliards de dollars, classant ce type de crime au **4<sup>e</sup> rang mondial des activités illicites** après le trafic de drogue, la contrefaçon et le trafic des êtres humains, et avant le trafic illégal des armes légères<sup>51</sup>. En 2014, la liste du Bureau des Nations Unies contre la drogue et le crime (UNODC) plaçait les crimes environnementaux aux côtés des anciens crimes comme la piraterie ou des nouveaux phénomènes internationaux comme le cybercrime et le trafic d'organes.

Le phénomène, qui ne cesse de s'amplifier, amène donc à s'interroger sur les obstacles à la responsabilité pénale de ces grands groupes en matière environnementale (avant de se pencher sur des possibilités de réforme qui permettraient de lever les blocages et de remédier à cette situation d'impunité, *infra*). Or les facteurs favorisant l'impunité des ETN peuvent être soit propres aux États – ceux qui accueillent sur leur territoire ces ETN et leurs activités destructrices de l'environnement et/ou ceux dont les ressortissants mènent des activités à l'étranger qui portent atteinte aux droits humains environnementaux –, soit propres aux dites ETN en cause.

### 2.3.1. Les insuffisances propres aux États

De manière générale, on relève une asymétrie entre la puissance des multinationales, et leur capacité à échapper à tout type de contrôle effectif, et la puissance des systèmes judiciaires nationaux. Cette

---

<sup>46</sup> P. BEAUVAIS, « Les limites de l'internationalisation du droit pénal de l'environnement », in « Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement », *op. cit.*, p. 16.

<sup>47</sup> « La réglementation écologique plus avancée et plus rigoureuse des pays développés produit un transfert des atteintes à l'environnement vers les pays sous-développés » qui « ont accepté d'être des 'pays poubelles', accueillant leurs déchets ou de devenir des centres de production des grandes firmes moyennant la baisse maximale des coûts de production environnementaux, ou encore l'exploitation de leurs ressources naturelles sans aucune considération pour l'environnement ou les droits les plus élémentaires des populations touchées » : A. NIETO MARTIN, « Éléments pour un droit international pénal de l'environnement », RSC, 2012, p. 69.

<sup>48</sup> Pour des exemples de grosses pollutions industrielles, voir sur le site [endecocide.org](http://endecocide.org).

<sup>49</sup> De 1964 à 1990, la compagnie américaine Texaco (devenue Chevron), exploitant un oléoduc, a déversé des résidus pétroliers dans la forêt amazonienne d'Équateur, qui continuent aujourd'hui de polluer la région (destruction à grande échelle de la forêt primaire, pollution des sols et des eaux) et de contaminer ses habitants.

<sup>50</sup> W. BOURDON, *Face aux crimes du marché*, La Découverte, 2010.

<sup>51</sup> L. NEYRET, « Écocide » (Point de vue 2), <https://lapenseecologiques.com/ecocide-point-de-vue-2/>

asymétrie est d'autant plus grande que les atteintes à l'environnement ont généralement lieu dans des pays où l'ordre juridique se révèle défaillant. En pratique, le phénomène est courant : pour échapper à une législation environnementale plus avancée et plus rigoureuse (pays développés), les entreprises transfèrent leurs activités destructrices de l'environnement vers des pays moins développés.

Le premier obstacle à la répression réside donc dans cette disparité des législations pénales, voire l'inexistence de réglementations des activités économiques accompagnées de dispositifs pénaux protégeant l'environnement. L'absence de mécanismes juridiques contraignant les entreprises à se conformer aux normes environnementales et les dissuadant, par la menace pénale, d'exercer des activités destructrices ouvre la voie à toutes les pratiques, y compris les plus dévastatrices d'un point de vue écologique. Nombre des atteintes à l'environnement, qui ont lieu dans ces pays en voie de développement, sont ainsi totalement légales.

Le manque de politique environnementale qui caractérise ces États se trouve en outre accentué par des phénomènes de corruption. Ils permettent alors de modeler la législation afin de couvrir les comportements anti-écologiques. Ils ouvrent aussi – et, de manière plus globale, l'influence des entreprises sur les dirigeants de ces États – à l'invocation du droit au développement de leur pays : qui, les sirènes du profit économique, de l'intérêt financier et de l'appât du gain, fondent une bienveillance à l'égard des entreprises génératrices d'emploi et de richesses. C'est ainsi que TOTAL, la « major » française, vient d'inaugurer un nouveau champ pétrolier en Angola, qui sera la plus importante opération offshore jamais réalisée dans ce pays dont le nouveau président essaie de relancer l'économie<sup>52</sup>. Mais à quel prix pour l'environnement ?...

Ce premier obstacle, tenant à l'attitude passive ou complaisante des États qui accueillent les ETN, se voit encore aggraver par les règles traditionnelles de compétence juridictionnelle censées permettre la mise en œuvre de la responsabilité pénale et donc aboutir à des condamnations pénales. En effet, la responsabilité des ETN se limite actuellement aux juridictions pénales nationales selon trois types de compétence<sup>53</sup> (territoriale, personnelle passive, personnelle active), qui toutes présentent des obstacles aboutissant à l'impunité de ces groupes.

La compétence territoriale, qui tient en celle du lieu de l'infraction, peut être utile et efficace lorsqu'il s'agit de celle d'un pays développé (par exemple la France dans l'affaire de l'Erika). En revanche, elle est difficile à mettre en œuvre ou inefficace dans les pays en développement, comme le montre l'affaire *ChevronTexaco* dans laquelle le groupe pétrolier américain a été condamné (et c'était une première<sup>54</sup>) par un tribunal équatorien à payer 9,5 milliards de dollars d'amende pour la pollution consécutive à l'exploitation d'un oléoduc (jugement du 14 février 2011), jugement qui n'a pourtant jamais été exécuté. Le groupe a en effet fait appel, puis a déposé une plainte pour fraude aboutissant à une décision du juge américain (4 mars 2014) interdisant d'exécuter le jugement équatorien au motif de la corruption du juge équatorien par les plaignants.

Les systèmes de compétence personnelle ne semblent pas plus efficaces. La compétence personnelle passive, tenant à la nationalité de la victime, coïncide le plus souvent avec la territorialité ; la compétence personnelle active, tenant à la nationalité de l'auteur, outre le fait qu'elle est essentiellement limitée aux crimes, les délits étant soumis à la condition de double incrimination, renvoie au pays d'origine. Or, celui-ci est généralement peu motivé – la pratique nous le montre - à poursuivre ses propres entreprises.

---

<sup>52</sup> P. LEPIDI, « Avec Kaombo, Total parie sur les champs de pétrole en eaux très profondes de l'Angola », *Le Monde économie*, 15 novembre 2018, lemonde.fr.

<sup>53</sup> La compétence universelle est peu ou pas pratiquée en ce domaine, selon les pays, car elle nécessite une reconnaissance internationale des crimes environnementaux.

<sup>54</sup> C'est la première fois qu'un peuple indigène poursuivait une ETN dans le pays où les faits se sont produits et gagnait son procès.



### 2.3.2. Les insuffisances propres à la responsabilité pénale des entreprises transnationales

En réalité, la difficulté centrale réside dans le fait que les traités internationaux relatifs à la protection de l'environnement ne sont pas directement applicables aux sociétés multinationales, considérées comme des acteurs non étatiques. Par conséquent, en l'absence de législation internationale directement applicable, il revient aux États de prendre leur propre législation et de les appliquer, ce qui renvoie aux obstacles identifiés.

À cela s'ajoute le fait que ces grands groupes, qui n'ont pas de statut en droit international, ont réussi à convaincre les institutions internationales d'adopter des mécanismes normatifs qui leur sont favorables et leur donnent une grande liberté d'action, à savoir le recours à des instruments de *soft law* (« droit mou » non contraignant) et à l'autorégulation.

Enfin, une dernière raison de l'impunité des ETN tient à la **délocalisation de la responsabilité**, grâce à des stratégies très élaborées. En effet, divers montages juridiques subtils sont imaginés afin de leur permettre de se mettre à l'abri de poursuites à leur encontre. Certaines vont ainsi avoir recours à des **sociétés-écrans ayant leur siège dans des « paradis juridiques »**, notamment en prévision d'atteintes au milieu marin (avec par exemple les « pavillons de complaisance » délivrés à des navires-poubelles comme l'Erika). D'autres, s'appuyant sur le **principe d'autonomie de la personnalité morale**, réservent à la société mère uniquement le contrôle de la stratégie globale des activités économiques et confient le contrôle des opérations de production ou de fabrication (c'est-à-dire les activités pouvant générer des dommages à l'environnement) aux filiales locales que l'on ne manque jamais de créer en nombre pour brouiller les pistes. De sorte que seules ces dernières puissent être potentiellement tenues pour responsables... dans des pays où, comme on l'a vu, elles ont peu de chance d'être inquiétées. De la sorte, la société mère n'est pas responsable des actes commis à l'étranger par sa filiale, en application du principe selon lequel nul n'est responsable pénalement que de son propre fait. En définitive, compte tenu de la structuration spécifique de ces groupes de sociétés, ce principe empêche le droit pénal d'atteindre les ETN dans leur globalité puisque selon le droit des sociétés, elles n'ont pas de personnalité juridique propre, mais constituent un ensemble de personnalités juridiques indépendantes. Et il est tout aussi difficile de mettre en œuvre la responsabilité pénale des filiales exerçant leurs activités destructrices dans des pays qui ne poursuivent pas de tels agissements ou qui, tout simplement, ne reconnaissent pas la responsabilité pénale des personnes morales dans leur législation ou alors, à des conditions si restrictives qu'elles ouvrent la voie à l'impunité.

Une telle situation d'irresponsabilité de principe semble des plus paradoxales face à des entreprises dotées de moyens imposants et par voie de conséquence d'immenses capacités de nuisance à l'ordre public écologique. Elles devraient logiquement être appréhendées à l'échelle du groupement<sup>55</sup>, autrement dit via une **globalisation de la responsabilité**. En outre, la protection de l'environnement et des droits de l'homme à l'environnement ne peut pas dépendre de la seule aptitude d'un État à sanctionner efficacement ses violations. La mondialisation à tous les points de vue constitue aujourd'hui un défi sans précédent dont doit s'emparer le droit à l'environnement couplé au droit pénal international (v. *infra*).

On le constate donc, au vu des valeurs impérieuses à protéger – **la sauvegarde de l'intérêt commun que constitue la sûreté de la planète devenue valeur universelle** – et des insuffisances actuelles des régimes existants, il est nécessaire d'avancer des propositions permettant de doter le patrimoine commun des êtres vivants d'un régime pénal effectif, à la fois sur un volet substantiel et sur un volet procédural<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> J.-H. ROBERT, « La responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. pén.* 2000, HS n° 3, p. 20.

<sup>56</sup> V. *infra*, Annexe 1, n° 4 - Propositions de réformes relatives à la protection pénale du patrimoine commun des êtres vivants.

### 3. Propositions de réforme pour un renforcement de la protection pénale du patrimoine commun des êtres vivants : volet substantiel

Ce renforcement de la protection par le droit pénal, dans son volet substantiel, doit se faire à deux échelons, de manière complémentaire :

- **À l'échelon supranational (international / européen)**, c'est-à-dire par le biais du **droit international** (conventions internationales, directives européennes et règlements européens), car l'environnement est aussi – et surtout - une question internationale : nous l'avons vu, certains risques, majeurs, sont globaux, planétaires ; il est question de protéger la sûreté et l'équilibre de la planète. Dès lors, la protection n'a de sens que si elle est menée, elle aussi, à l'échelle mondiale.
- **À l'échelon national**, c'est-à-dire par le biais des **droits internes** (Code pénal / Code de l'environnement en droit français), car l'environnement s'associe à la **souveraineté nationale** et la justice pénale est de la responsabilité première des États (comme en atteste la formule de « patrimoine commun de la nation » que nous avons commentée et qu'affichent aussi bien le Code de l'environnement que le Code de l'urbanisme).

Les deux niveaux, national / supranational, sont cependant à combiner : dans un souci d'efficacité optimum, il y a **nécessité d'une articulation des justices pénales nationale et internationale**.

Pour autant, il faut être conscients des limites **légales à l'action du droit pénal**, dont il faut tenir compte et qu'il faudra intégrer dans le dispositif d'ensemble :

**1<sup>re</sup> limite : le principe de souveraineté nationale** auquel les États restent encore très attachés et que les instruments de droit international de l'environnement ne manquent pas de rappeler. Ainsi, le principe 2 de la Déclaration de Rio de 1992 énonce-t-il que « *conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement* ».

Il existe en effet des communs naturels locaux (espaces boisés, cours d'eau, etc.) qui se situent sur le territoire spatial de chaque État, donc relevant de leur souveraineté nationale. Par voie de conséquence, il faut en retenir toutes les implications et notamment les limitations d'action aux plans national et international. Comme le relève un auteur, la réserve émise par le principe 2 de la Déclaration de Rio « *est épineuse, car elle peut conduire à admettre que les États demeurent libres, dans leur sphère de souveraineté nationale, d'atteintes à l'environnement, y compris d'atteintes massives constitutives d'écocides* »<sup>57</sup>. En effet, le texte n'impose qu'un seul devoir aux États, celui « *de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale* ». En revanche, sur leur territoire national, les États ont pleine et entière liberté, ce qui peut se révéler désastreux pour l'environnement dès lors que pour certains pays, la course au profit et le développement économique priment sans réserve sur le respect des équilibres écologiques. Comme il a été souligné, « *le principe de souveraineté constitue toujours le principal frein à la construction d'un droit commun contraignant* »<sup>58</sup>. L'une des questions épineuses est alors la suivante : **comment concilier la souveraineté nationale et le devoir de conservation et de transmission du patrimoine commun des êtres vivants ?**

**2<sup>de</sup> limite :** le droit pénal peut venir au secours du patrimoine commun défini, mais uniquement dans le cadre restreint qui lui est dévolu et dont les bornes sont fixées par le **principe constitutionnel et universel de la légalité des délits et des peines**. La légalité criminelle impose ainsi au législateur de rédiger des textes d'incrimination de manière suffisamment claire et précise afin d'exclure tout arbitraire.

<sup>57</sup> H. HELLIO, *op. cit.*, p. 117.

<sup>58</sup> P. BEAUVAIS, *op. cit.*, p. 6.

En outre, le législateur ne peut prévoir que des sanctions précises (nature, taux, durée), nécessaires et proportionnelles à la gravité de l'infraction commise<sup>59</sup> (principes de nécessité et de proportionnalité des peines). Par conséquent, l'intervention du pénaliste (législateur et juge) se fera selon les mécanismes et le raisonnement propres au droit pénal, dans les bornes légales strictes qui lui sont imposées et qui le caractérisent.

Dans ce cadre, on ne peut pas moins avancer pour renforcer le **volet de « droit pénal substantiel »** des propositions de reconnaissance d'**incriminations spéciales** et de **sanctions pénales adaptées** (« effectives, proportionnées et dissuasives » selon les exigences du droit de l'Union européenne).

### **3.1. Propositions de consécration juridique de nouvelles infractions pénales dont l'objet est le patrimoine commun des êtres vivants et la valeur protégée, la sûreté de la planète (Proposition n° 2)**

En adoptant une approche plus globalisante permettant d'appréhender les atteintes massives à l'environnement impactant la sûreté de la planète et l'équilibre de la biosphère, il faut aller vers **des incriminations générales et autonomes de deux types**, avec une répression graduée selon des critères de gravité :

- d'une part, l'infraction d'atteinte *effective* à l'environnement (dommage réalisé), qualifiée d'écocide (crime supranational),
- d'autre part, l'infraction d'atteinte *potentielle* à l'environnement (menace, risque) qui correspond à la mise en danger de l'environnement, qualifiée d'écocrime (crime transnational).

Dans les deux cas, sont visées les atteintes qui causent ou sont susceptibles de causer (« de nature à ») une dégradation **substantielle** de l'environnement (**c'est-à-dire grave et étendue**) *et/ou durable*, **mettant en péril la sûreté de la planète et, par voie de conséquence, la sécurité et la survie de l'humanité**. La référence expresse à cette valeur universelle et englobante qu'est la sûreté de la planète introduit dans la protection qu'apporte le droit pénal une **double dimension** : la protection de l'environnement *per se* et la protection des populations atteintes à travers leur environnement. Elle introduit également une **double temporalité** : la protection des générations présentes et de celles futures. Les atteintes incriminées concernent les différents éléments du patrimoine commun des êtres vivants (air, eau, sols, animaux, végétaux...) ainsi que leurs fonctions écologiques.

La distinction des deux infractions, en outre, permet d'intégrer une gradation dans la gravité des actes ou omissions constituant l'élément matériel (composante objective) des crimes, ainsi que dans le comportement psychologique (composante subjective) des responsables et se décline selon l'effectivité des atteintes. D'un côté, lorsque les atteintes sont effectives, on se trouve en présence d'infractions de résultat commises intentionnellement (également « *lorsque leur auteur savait ou aurait dû savoir qu'il existait une haute probabilité qu'ils (les actes visés) portent atteinte à la sûreté de la planète* »<sup>60</sup> ; nous verrons que cette seconde hypothèse permet de tenir compte de la psychologie particulière de certains responsables, notamment les ETN, dont l'objectif immédiat est de réaliser le maximum de profits et non de porter atteinte à la sûreté de la planète, qui n'est alors qu'une conséquence indirecte de l'infraction). D'un autre côté, c'est-à-dire dans les cas de mise en danger de l'environnement, il s'agit d'infractions formelles (ce

<sup>59</sup> C. Constit., 19-20 janvier 1981, JCP 1981, II, 19701.

<sup>60</sup> Art. 2, §3, du projet de Convention *Ecocide*, in « Des écocrimes à l'écocide – Le droit pénal au secours de l'environnement », sous la direction de L. NEYRET, Bruylant, 2015, p. 288. Cette formule fait écho à l'article 28 du Statut de Rome relatif à la responsabilité du supérieur hiérarchique ainsi qu'à la jurisprudence pénale internationale qui, dans les cas de crimes supranationaux, assimile les cas de négligence les plus graves à des actes intentionnels (V. TPIY, *Le Procureur c. Dragomir Milosevic*, jugement du 12 décembre 2007, § 951 : « *As confirmed by the Galic Appeals Chamber, the notion of 'wilfully' incorporates the concept of recklessness, whilst mere negligence is excluded* »).

que la doctrine française appelle les « délits-obstacles ») supposant au moins une négligence grave, correspondant à la « faute qualifiée » de l'article 123 alinéa 4 du Code pénal français, c'est-à-dire une faute caractérisée et qui expose l'environnement à un risque d'une particulière gravité que la personne en cause ne peut ignorer ou une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. Les atteintes dommageables à la sûreté de la planète, en tant que crimes supranationaux exigent un degré de gravité supplémentaire à celui requis pour les infractions de mise en danger.

Enfin, la valeur de « la sûreté de la planète » protégée par ces deux incriminations, parce qu'elle est englobante et couvre totalement l'environnement collectivement partagé reconnu sous l'appellation de « patrimoine commun des êtres vivants », permet de faire perdre à la réserve classique de souveraineté nationale son effet exonératoire.

### 3.1.1. La consécration du crime autonome d'écocide pour les atteintes intentionnelles et les plus graves (« exceptionnelles »)

Une première proposition tient ainsi en la reconnaissance de l'écocide en tant que 5<sup>e</sup> crime du Statut de Rome ou en tant que crime autonome consacré dans le cadre d'une convention internationale dédiée (« Convention Écocide ») de portée universelle. Ces nouvelles qualifications pénales du XXI<sup>e</sup> siècle seront en effet à débattre par les États, les acteurs économiques et la société civile pour aboutir à un consensus et une reconnaissance universels formalisés par une convention internationale dédiée « écocrième/Écocide ». Dans ce cadre, l'écocide viserait **tout acte intentionnel portant une atteinte substantielle et/ ou durable au patrimoine commun des êtres vivants qui met en péril la sûreté de la planète.**

En cela, la proposition de reconnaissance d'un crime spécial à l'environnement, le **crime autonome d'écocide, n'est pas nouvelle.** En effet, elle est régulièrement soutenue tant par la doctrine<sup>61</sup> que par la société civile, tant à une échelle internationale, que nationale.

Le terme d'écocide, du préfixe « éco » : la maison (*oikos* en grec) et du suffixe « cide » : tuer (*caedere* en latin), désigne **les crimes les plus graves commis contre l'environnement qui portent atteinte à la sûreté de la planète.** L'écocide répond ainsi à plusieurs qualifications, en tant qu'atteintes au droit fondamental à la vie, au droit de l'homme à un environnement sain, aux droits des peuples autochtones à vivre selon leurs traditions ancestrales, aux droits des générations futures.

À titre d'illustrations, on peut ainsi décliner diverses tentatives de reconnaissance. En 2013, une initiative citoyenne européenne a été lancée pour « *éradiquer l'écocide en Europe* »<sup>62</sup> ; proposition remaniée ensuite et soutenue par un nouveau mouvement citoyen, mondial cette fois, intitulé « *End Ecocide on Earth* » qui a formulé une proposition d'amendement au Statut de Rome de la CPI<sup>63</sup>.

Dans la même dynamique, à l'issue du procès citoyen organisé à La Haye en octobre 2016, le « Tribunal Monsanto » a rendu le 18 avril 2017 un avis consultatif reconnaissant que la multinationale commercialisant le tristement célèbre Roundup, herbicide à base de glyphosate, se livrait à des pratiques contraires aux droits humains à un environnement sain et à la santé. Le tribunal concluait en disant que

---

<sup>61</sup> FALK, 1973 ; DRUMBL, 1998 ; NEYRET, 2009 ; HIGGINS, 2010. Un groupe de juristes, sous la direction de Laurent NEYRET a ainsi remis un rapport intitulé « Des écocrièmes à l'écocide » (Bruxelles, Bruylant, 2015) à la garde des Sceaux en février 2015, *op. cit.*

<sup>62</sup> [www.endecocide.eu](http://www.endecocide.eu). L'objectif d'une telle proposition était d'amener la Commission européenne à rédiger une directive pour lutter contre les crimes environnementaux les plus graves.

<sup>63</sup> V. CABANES, « Les crimes contre la nature sont des crimes contre la paix et l'humanité », <https://reporterre.net/Les-crimes-contre-la-nature-sont>, 28 juillet 2014.

« le temps est venu de proposer la création d'un nouveau concept juridique pour le crime d'écocide et de l'intégrer dans une future version amendée du Statut de Rome »<sup>64</sup>.

Dans l'attente de cette consécration juridique du crime d'écocide, soit par un élargissement du Statut de Rome soit par l'adoption d'un Traité dédié qui pourrait prendre la forme d'une **Convention Écocide**, plusieurs actions ou propositions faites à différents niveaux témoignent aussi de l'engagement politique en faveur de la lutte contre la criminalité environnementale, depuis plusieurs années déjà. En 1986, le rapporteur spécial de la Commission du droit international chargée par l'Assemblée générale des Nations Unies d'élaborer un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (ancêtre du Statut de Rome) avait ainsi suggéré de compléter la liste des crimes contre l'humanité en y incluant « toute atteinte grave à une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement ». En 1991, le texte avait évolué pour consacrer un crime international autonome, qui serait indépendant des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. Si un certain nombre d'États se sont prononcés en faveur d'une telle disposition, l'opposition d'autres tels que les États-Unis ou le Royaume-Uni a conduit le rapporteur spécial à considérer qu'il « faudra attendre qu'une évolution du droit international confirme ou infirme la tendance à considérer ces faits comme des crimes internationaux »<sup>65</sup>. Finalement, le projet de Code adopté en 1996 n'a pas retenu de crime international autonome pour les dommages graves causés à l'environnement. Par contre, ce projet a inspiré une dizaine de législateurs nationaux (comme le Vietnam ou la Russie)<sup>66</sup> qui ont intégré le crime d'écocide dans leur Code pénal afin de réprimer le fait de détruire massivement la faune ou la flore, de contaminer l'atmosphère ou les eaux, et plus largement de commettre tout acte susceptible de causer une catastrophe écologique.

Suivant le mouvement international, une proposition de loi (n° 384) portant reconnaissance du crime d'écocide a été enregistrée, à l'échelle nationale, à la Présidence du Sénat français le 19 mars 2019. Après le livre II du Code pénal, il était prévu d'insérer un nouveau Livre II *bis* intitulé « *Des crimes contre l'environnement* » avec un titre Ier « *De l'écocide* », contenant un article 230-1 nouveau aux termes duquel :

« constitue un écocide le fait, en exécution d'une action concertée tendant à la destruction ou dégradation totale ou partielle d'un écosystème, en temps de paix comme en temps de guerre, de porter atteinte de façon grave et durable à l'environnement et aux conditions d'existence d'une population. L'écocide est puni de vingt ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende ».

Mais alors que se tenait au même moment à Paris une réunion mondiale sur la biodiversité, le Sénat a rejeté, dans la nuit du 2 au 3 mai, en première lecture, cette proposition de loi de Jérôme Durain visant à introduire dans le Code pénal français le crime d'écocide. En substance, la droite sénatoriale a jugé que le texte présentait « *trop d'imprécisions* » ... Toutefois, l'obstacle à la consécration du crime d'écocide dans le Code pénal français semble plus relever ici d'un manque de volonté politique que des difficultés juridiques à trouver une définition satisfaisante, ces dernières n'étant absolument pas impossibles à surmonter comme nous le prouve la définition du génocide adoptée par les États parties dans le Statut de Rome de la CPI.

### **3.1.2. La consécration d'une incrimination de mise en danger de l'environnement**

---

<sup>64</sup> R. BARROUX, « Tribunal Monsanto : la firme américaine reconnue coupable d'atteinte aux droits humains », *Le Monde*, 18 avril 2017 ; E. MASSEMIN, « À La Haye, des victimes du monde entier ont accusé Monsanto », <https://reporterre.net/A-La-Haye-des-victimes-du-monde-entier...>, 17 octobre 2016.

<sup>65</sup> M. DOUDOU THIAM, 13<sup>e</sup> rapport sur le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II (1), ONU, 1995, p. 37, §§ 8-10.

<sup>66</sup> L'Arménie (2003), la Biélorussie (1999), la Géorgie (1999), le Kazakhstan (1997), le Kirghizistan (1997), la Moldavie (2002), la Russie (1996), le Tadjikistan (1998), l'Ukraine (2001) et le Vietnam (1990).

L'existant n'est pas suffisant, également, en ce qui concerne les atteintes *potentielles* à l'environnement. Bien que les risques soient graves, il n'existe pas, dans le droit positif, d'incrimination de mise en danger de l'environnement. Le Code pénal français prévoit bien la mise en danger d'autrui, mais celle-ci n'est cependant pas adaptée aux situations étudiées, l'environnement n'étant pas l'« autrui » du Code pénal. Par ailleurs, la protection du patrimoine commun des êtres vivants exige d'aller plus loin et de dépasser la vision anthropocentrique du Code pénal. Il découle de là la nécessité de consacrer **une nouvelle infraction autonome dédiée à l'environnement dans sa globalité, un autre écocrime : celui de mise en danger de l'environnement, accompagnée d'une possibilité d'action préventive, en amont de la production de dommages irréversibles (fondée sur le principe de prévention)**. Cela reviendrait à introduire une **infraction obstacle** qui permettrait d'intervenir avant que le risque pesant sur la sûreté de la planète ne se réalise et ne se transforme en dommage grave pour l'environnement. Cette incrimination ferait donc obstacle à la commission du crime plus grave qu'est l'écocide.

À nouveau, la direction n'est pas inconnue. En France, le Rapport *Lepage* sur la gouvernance écologique, remis en 2008 au ministère de l'Écologie, avait déjà proposé de créer un délit autonome de mise en danger d'autrui dans le cadre des atteintes d'origine environnementale à la santé<sup>67</sup>. Il aurait été intégré à la suite de la mise en danger de droit commun de l'article 223-1 du Code pénal<sup>68</sup>. La proposition n'a cependant pas été suivie d'effet.

Sur le modèle de l'actuel article 223-1, l'incrimination pourrait renvoyer aux actes, commis intentionnellement ou par négligence grave, de nature à exposer directement ou indirectement l'environnement à un risque de dégradation substantielle mettant en danger la sûreté de la planète. Une répression graduée pourrait alors être mise en place selon la nature de la faute commise, plus sévère en cas de faute intentionnelle et plus légère dans les cas de négligence grave.

Si l'on se situe **au niveau national**, la place de l'infraction peut toutefois soulever question : convient-il de la placer dans le Code pénal, à la suite de l'actuelle infraction de mise en danger d'autrui réprimée par l'article 223-1, ou dans le Code de l'environnement ? Ou encore dans les deux codes de manière simultanée ? D'un côté, il y a un risque que l'inscription dans le Code pénal apparaisse comme une mise sous boisseau du droit de l'environnement et de son autonomie. D'un autre côté, le Code pénal étant le code des valeurs sociales essentielles, la force symbolique de la protection de l'environnement ne pourrait qu'être renforcée si elle trouvait une nouvelle place dans le Code pénal, où il figure déjà en tant qu'« intérêt fondamental de la nation » (art. 410-1, c. pén.<sup>69</sup>). La meilleure solution semble donc, en définitive, de placer cette incrimination dans les deux codes.

Si l'on se situe **au plan international**, cette nouvelle incrimination serait à intégrer dans une convention dédiée aux écocrimés et écocide, permettant ainsi une harmonisation des droits pénaux nationaux qui concerne non pas uniquement les incriminations pénales, mais également les sanctions qui leur sont attachées pour en faire des infractions punissables.

### 3.2. Propositions de renforcement des sanctions pénales

---

<sup>67</sup> Rapport de la mission confiée à Corinne LEPAGE sur la gouvernance écologique, ministère de l'Écologie, 2008, Documentation française, proposition n° 58 : insérer un article 223-1-1 nouveau du Code pénal aux termes duquel « *le fait d'exposer directement ou indirectement autrui par un acte de délinquance écologique (...) à un risque de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation, une infirmité permanente, une IPP, par la violation manifeste d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi, le règlement ou un acte administratif non réglementaire, ou par la commission d'une faute caractérisée qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'on ne pouvait ignorer, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

<sup>68</sup> Article 223-1 C. pén. : « Le fait d'exposer autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

<sup>69</sup> Op. cit.

La consécration juridique de nouvelles incriminations pénales adaptées à l'enjeu de protection du patrimoine commun des êtres vivants doit s'accompagner de sanctions pénales elles aussi adaptées, c'est-à-dire répondant aux exigences générales posées par l'Union européenne de sanctions « *effectives, proportionnées et dissuasives* ». Précisément, la directive européenne du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal affirme qu'il est « absolument nécessaire d'instaurer des sanctions plus dissuasives à l'égard des activités préjudiciables à l'environnement, qui entraînent généralement ou sont susceptibles d'entraîner une dégradation substantielle » de l'environnement<sup>70</sup>.

L'efficacité d'ensemble du système répressif suppose de s'éloigner des peines classiques que sont l'emprisonnement et l'amende, qui n'apportent pas à proprement parler de changement direct et salvateur aux dégradations et destructions commises, pour privilégier, tant au niveau national qu'international, des mesures de nature restitutive sous la forme de remise en état, de compensation en nature, de confiscation, de sanctions pénales réparatrices... mais aussi des peines de publication de la décision de condamnation et d'interdictions (fermeture temporaire ou définitive des établissements de la personne morale ; suspension temporaire ou définitive de tout ou partie de l'activité dans l'exercice de laquelle a été commise l'infraction ; retrait de licences, autorisations ou concessions ; interdiction de recevoir des subventions et des financements publics et de contracter avec les administrations publiques) et, en dernier recours, la sanction ultime de la dissolution de la personne morale.

Les objectifs poursuivis, quel que soit le type de sanction retenu, sont de trois ordres : faire cesser l'infraction, réparer autant que faire se peut tous les effets négatifs de l'infraction commise et faire en sorte que la situation infractionnelle ne se renouvelle pas.

Dans les droits nationaux, ces sanctions devront impérativement être harmonisées pour éviter le phénomène actuel de « dumping environnemental ». C'est là la principale difficulté à surmonter, car classiquement en matière de sanction des infractions transnationales, le droit international se contente de donner dans les conventions des directives générales aux États souverains sans fixer lui-même les termes précis des instruments de répression, ce qui laisse une large marge d'appréciation aux États et donc crée un risque de fortes disparités entre les différentes sanctions pénales encourues. Et lorsque de telles sanctions sont effectivement fixées par certains textes supranationaux, en l'occurrence des directives européennes en application de l'article 83 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>71</sup> (qui vise notamment les infractions aux règles issues des politiques communes concernant l'environnement), il ne s'agit toujours que de *minima* que les États sont libres de renforcer à leur guise. Réapparaît alors à nouveau le risque que la violation des normes communautaires ne soit pas sanctionnée partout de la même manière et qu'apparaissent ainsi des « États refuges » sur le territoire desquels des ETN choisiront de s'établir pour mener leurs activités destructrices de l'environnement à moindre coût pénal. De là, se pose directement la question de l'imputabilité de la responsabilité pénale.

### 3.3. Propositions d'élargissement du cercle des pénalement responsables (proposition n° 3)

Enfin, l'enjeu est également de créer une nouvelle dynamique afin de **reconnaître une responsabilité globale** et non plus individuelle dans les catastrophes écologiques causées par les ETN. Cela passe avant tout par la **consécration de la responsabilité pénale des personnes morales** dans toutes les

---

<sup>70</sup> Considérant 5 de la directive 2008/99 du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal.

<sup>71</sup> L'article 83 du TFUE « permet d'établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier des les combattre sur des bases communes ».

législations nationales<sup>72</sup>, mais aussi, à l'échelon international, dans une évolution du droit de la CPI qui, pour l'heure, limite la responsabilité aux seules personnes physiques. Cette limite constitue en effet une réelle faiblesse. **Une responsabilité pénale des « personnes morales » reconnue de manière générale et universelle** est donc le point de départ obligatoire de la lutte contre l'impunité des ETN, car à défaut, la cible serait largement manquée.

Reste ensuite à surmonter l'obstacle juridique que pose la notion même de « personne morale », notion d'un contenu variable selon les pays, et souvent trop étroite pour englober certaines structures, notamment les groupes de sociétés. Suivant la proposition de la doctrine<sup>73</sup>, il faudrait rompre avec la conception actuelle pour aller vers la **reconnaissance de la responsabilité pénale d'entités économiques**, comme la Cour de justice de l'Union européenne l'a fait s'agissant du prononcé de sanctions punitives en matière de concurrence. Dans ce domaine, la Cour a en effet recours à la notion d'**unité économique**<sup>74</sup> pour transférer l'imputabilité de la responsabilité de la filiale à la maison-mère. Deux conditions doivent alors être remplies : d'une part, que le groupe présente une direction unitaire, d'autre part, que la société mère ait eu une influence décisive sur les pratiques illicites. Mais dans certaines hypothèses, le juge européen a même été jusqu'à considérer que la société mère a l'obligation de prévenir les manquements commis par la filiale sans qu'il soit nécessaire de démontrer une intervention directe.

La transposition de ces solutions dégagées en droit de la concurrence de l'UE serait tout à fait pertinente en droit de l'environnement. Elle permettrait de contourner l'obstacle juridique posé par le principe d'autonomie et de là, d'assurer la répression des atteintes massives portées par ces grands groupes à la sûreté de la planète. Une fois percé l'écran de la filiale, la société mère pourrait alors être poursuivie au titre de la complicité ou même – et c'est préférable – à titre principal par la création d'une faute particulière de ces entités – en sus des fautes classiques – qui consisterait dans le non-respect de leur double devoir d'organisation et de vigilance.

L'affaire de l'Erika<sup>75</sup>, tout à fait exceptionnelle en termes de répression puisque pour la première fois des condamnations pénales à des peines *maxima* ont été prononcées dans le cas d'une marée noire, a apporté à cet égard un enseignement riche dont il faudrait s'inspirer pour l'avenir. En matière de pollution maritime, l'une des principales difficultés réside en effet dans la détermination des différents responsables pénaux et dans la preuve de leur faute respective. Dans les faits, le bureau d'enquête des accidents de mer avait dénombré plus d'une quinzaine d'intervenants potentiels dans la gestion de l'Erika, indépendamment des tiers comme la société de classification ou les chantiers navals. Au final, seuls quatre prévenus ont vu leur responsabilité pénale engagée, parmi lesquels deux personnes morales : la société de certification et surtout l'affréteur qui n'était autre que la société transnationale Total. Il faut préciser que la loi française, en son article L. 218-18 du Code de l'environnement, prévoit un cercle élargi de responsables dans le but de renforcer la répression et de responsabiliser les différents intervenants dans la chaîne du transport maritime. Dans une formulation particulièrement compréhensive, elle vise à la fin de son énumération « *toute autre personne exerçant, en droit ou en fait, un pouvoir de contrôle ou de direction dans la gestion ou la marche du navire* ». Or chacun des prévenus condamnés en l'espèce, dont la société mère Total, s'est vu reconnaître par les juges du fond, dont la décision a été admise par la chambre criminelle

---

<sup>72</sup> La difficulté principale sera bien évidemment qu'en application du principe de souveraineté nationale, on ne peut pas contraindre les États à abonder dans ce sens. L'harmonisation des droits nationaux sur la question de la responsabilité pénale des personnes morales ne peut se faire qu'avec le libre consentement de chacun des États.

<sup>73</sup> G. GUIDICELLI-DELAGE, « Propos conclusifs », *RJE*, 2014, n° spécial, *op. cit.*, pp. 242-254 ; C.-M. ALVES, « Internationalisation du droit pénal de l'environnement et Union européenne : de la responsabilité sociale à la responsabilité pénale ? », *RJE*, 2014, n° spécial, *op. cit.*, pp. 236-237.

<sup>74</sup> V. D. GRISAY, « Concurrence : le droit européen dans le contexte international », *JTDE*, 2000, pp. 1-11.

<sup>75</sup> M.-P. CAMPROUX-DUFFRENE, V. JAWORSKI, J. SOHNLE, « La loi française *versus* le droit maritime international dans l'arrêt *Erika* : la victoire du droit de l'environnement », *Droit de l'environnement* n° 207, Décembre 2012, p. 371.



de la Cour de cassation<sup>76</sup>, un pouvoir de contrôle et/ou de direction dans la gestion ou la marche du navire-poubelle Erika. Sur ce fondement, a été retenue à l'encontre de Total une faute personnelle de nature à engager sa responsabilité pénale : les juges ont estimé que l'affréteur détenant un pouvoir de contrôle non seulement sur la cargaison (fioul lourd à l'origine de la marée noire), mais aussi sur la marche du navire et qui n'a pas accompli les diligences normales avait commis une faute d'imprudence justifiant sa condamnation pénale du chef de rejet polluant non intentionnel en mer.

Ainsi, la responsabilité pénale des unités économiques que sont les ETN pourrait résulter de ce pouvoir de contrôle et/ou de direction que la société mère exerce sur ses filiales, manifestant, en cas d'atteintes illicites à l'environnement, une faute personnelle, intentionnelle ou d'imprudence selon les cas, de sa part.

Mais cette responsabilité ne devrait pas seulement être reconnue à l'échelon nationale. L'efficacité d'une telle responsabilité suppose en effet sa reconnaissance à la fois dans les droits pénaux nationaux des États du monde (harmonisation) et dans des textes internationaux, que ce soit le Statut de Rome de la CPI, une future Convention « Ecocrime/Écocide » (innovation), ou en tant que principe général du droit international.

En définitive, l'élargissement du cercle des pénalement responsables et la globalisation de la responsabilité pénale devrait donc s'effectuer à deux niveaux : d'une part, par une modification du Statut de Rome de la CPI (ou autres solutions évoquées) pour consacrer cette nouvelle responsabilité à l'échelle internationale ou par une reconnaissance en tant que principe général du droit international ; d'autre part, par une harmonisation des législations nationales sur ce point (à l'image de l'Allemagne qui va, dans les prochains temps, introduire cette responsabilité dans son droit pénal).

#### **4. Propositions de réforme pour un renforcement de la protection pénale du patrimoine commun des êtres vivants : volet procédural**

Il ne suffirait pas d'intégrer de nouvelles infractions pour les rendre efficaces. Encore faut-il déterminer qui porterait les actions en justice et bénéficierait du droit d'agir ; devant quelles juridictions, et avec quel Parquet.

Ce volet est fondamental, non seulement en ce qu'il permet la mise en œuvre concrète du droit substantiel, c'est-à-dire l'application des incriminations et des sanctions pénales qui leur sont attachées, mais aussi parce que, actuellement il existe un paradoxe : seules certaines personnes disposent du droit de défendre en justice une chose qui s'analyse pourtant comme commune et dont, par définition, l'usage est largement ouvert au public ou la conservation, dont la survie de tous est tributaire, concerne tout le monde.

##### **4.1. La création d'une structure juridictionnelle internationale spécialisée en droit pénal de l'environnement et l'articulation des compétences juridictionnelles**

À l'échelle internationale, il est devenu courant de plaider pour la création d'une structure juridictionnelle spécialisée en droit pénal de l'environnement (Proposition n° 4), qui pourrait se concrétiser :

- Soit par la création d'une chambre spécialisée au sein d'une juridiction préexistante, CPI ou CI ;
- Soit par la création d'une nouvelle juridiction pénale internationale de l'environnement, autonome et indépendante, avec des moyens propres et suffisants

---

<sup>76</sup> [http://www.courdecassation.fr/IMG///Crim\\_arret3439\\_20120925.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG///Crim_arret3439_20120925.pdf)

Il faut admettre, néanmoins, les difficultés de cette entreprise, en raison des facteurs rappelés antérieurement.

Par ailleurs, il est de la responsabilité première des juridictions nationales de rendre la justice pénale.

Dès lors, l'articulation de ces deux niveaux de juridictions, dans la protection du patrimoine commun des êtres vivants, pourrait annoncer l'émergence d'un droit « commun » mondial, fondé sur des rapports de complémentarité et de complétude, verticaux et horizontaux, et s'inscrivant dans le cadre d'une « *justice globale* »<sup>77</sup>.

Néanmoins, dans cette mise en œuvre, la question est alors de définir les termes de l'articulation de la justice nationale et de la justice internationale. Partant du postulat selon lequel la justice pénale est de la responsabilité première des États-nations, il revient en premier lieu aux juridictions nationales de poursuivre et de sanctionner les responsables d'infractions graves à l'environnement. Dans un contexte de justice globale, cela suppose, d'une part, une harmonisation des droits pénaux internes et, d'autre part, un élargissement de la compétence universelle aux infractions réprimant les atteintes au patrimoine commun des êtres vivants. Puis, en application des principes de subsidiarité et de complémentarité, la justice pénale internationale viendrait en renfort lorsque les États ne pourraient pas ou ne voudraient pas actionner leur propre justice pénale.

#### **4.2. Les réponses spécifiques à la répression des entreprises transnationales**

En matière d'ETN plus particulièrement, et pour lever tous les obstacles d'ordre juridictionnel relevés ci-dessus, il importe de donner compétence, de manière générale, au pays du siège de la société mère, lorsque l'infraction commise dans ou par l'une de ses filiales peut lui être imputée, ce par la combinaison du principe de personnalité active et de l'application de la législation nationale environnementale de ce pays, quel que soit l'État où l'infraction a été commise. Cependant, dans ce cas, le risque est grand que les sociétés mères déménagent dans des pays à la législation environnementale plus permissive, voire inexistante.

Pour réduire ce risque, la solution en droit pénal transnational réside dans l'élargissement de la compétence universelle<sup>78</sup> (DPI national de chaque État partie) aux atteintes massives à l'environnement constitutives d'écocide ou d'écocrime. Cela viendrait confirmer que ces crimes portent atteinte à des intérêts universels que sont la sûreté de la planète couplée à la survie de l'humanité. Et cela permettrait à tout État, lorsque les États directement intéressés ne peuvent ou ne veulent pas actionner leur justice pénale, de juger un étranger ayant commis à l'étranger de tels crimes.

La dimension transnationale des atteintes portées par les ETN aux droits humains à l'environnement impose néanmoins d'articuler cette compétence des tribunaux nationaux avec celle d'une juridiction pénale internationale venant en renfort, en complément, en cas de défaillance des systèmes judiciaires internes. Au nom de la solidarité internationale, parce que la cause écologique et l'avenir de la planète concernent l'humanité tout entière, une complémentarité des approches nationales, régionales (UE) et universelles (CPI ou autre) s'impose.

---

<sup>77</sup> M. DELMAS-MARTY, « À crime global, justice globale », *Le Monde*, 30 janvier 2002. V. aussi : « Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement », sous la direction de L. NEYRET, Bruylant, 2015, p. 423.

<sup>78</sup> Le principe de l'universalité de la répression permet à tout État de poursuivre et juger un individu auteur d'un tel crime, quels que soient sa nationalité (compétence personnelle active), la nationalité des victimes (compétence personnelle passive) et le lieu de commission du crime (compétence territoriale), à la seule condition qu'il se trouve sur son territoire.

Des propositions en ce sens ont été faites par la doctrine, lançant un « Appel commun »<sup>79</sup> aux États et instances supranationales pour établir un Tribunal européen de l'environnement et de la santé sur la base des principes élaborés par l'Union européenne et, au niveau international, pour instaurer une Cour pénale internationale de l'environnement et de la santé, qui pourrait être une section de l'actuelle CPI<sup>80</sup> ou une chambre spécialisée au sein de la CIJ.

Le défi étant de mettre en place un mécanisme de répression universelle des atteintes aux intérêts communs, le choix reste toujours ouvert entre l'actuelle CPI dont on élargirait la compétence matérielle à ce domaine (utilisation de l'existant) et une juridiction pénale internationale spécialement dédiée à l'environnement, qui serait donc à créer sur le fondement d'une Convention internationale dédiée « Écocide / Écocrime » (innovation).

Compte tenu de la situation actuelle, l'option de la CPI risque de se heurter à un certain nombre de difficultés à la fois pratiques et politiques, au regard des moyens financiers et humains limités de la Cour, de sa capacité incertaine à absorber un contentieux supplémentaire lié à l'intégration du crime d'écocide dans le Statut de Rome et surtout de la réticence plus que probable de certains États parties. Face à de tels obstacles, la création d'une nouvelle juridiction pénale internationale spécialisée et intervenant de manière exclusive en matière de crimes environnementaux peut sembler plus réaliste, mais sous conditions de garantie d'indépendance et de moyens suffisants.

#### 4.3. Les représentations judiciaires du patrimoine commun des êtres vivants devant le juge pénal : la reconnaissance de l'« intérêt commun universel » (proposition n° 5)

Par ailleurs, la protection du patrimoine commun des êtres vivants, au niveau juridictionnel, passe forcément par une sensibilisation du juge à la problématique juridique posée par les atteintes écologiques qui appauvrissent voire font disparaître les ressources naturelles. Littéralement, il faut mettre devant les yeux ou dans l'esprit du magistrat le problème environnemental, concept physiquement absent du prétoire. Or pour l'introduire dans l'enceinte de la justice, une **personnification** s'impose, car le juge dit et applique le droit fait *par* et *pour* les hommes. La personnification de la nature étant actuellement en discussion, cette représentation consiste pour l'heure en un procédé juridique suivant lequel le « représentant » accomplit un acte au nom et pour le compte du « représenté ». L'accès au juge renvoie ainsi à une **représentation dite judiciaire**. Cette dernière est rendue incontournable en droit de l'environnement français en raison de l'**absence actuelle de statut octroyé aux communs naturels**. Alors que sa protection exigerait que ce qui le compose (les espèces animales et végétales, la diversité biologique, les éléments naturels et artificiels dans leur ensemble) devienne des sujets de droit aptes à agir devant le juge en défense de leur intérêt, l'environnement ne bénéficie pas d'un tel statut. Notre système juridique réserve les droits subjectifs aux personnes et non aux animaux ou aux choses, *a fortiori* pas aux communs environnementaux.

La représentation de l'environnement, assurée par le biais de l'**action en justice**, amène ainsi à s'interroger sur la **détermination du ou des titulaires de ladite action**, les « représentants » porteurs d'un intérêt légitime, c'est-à-dire juridiquement protégé. Le titulaire déterminera ainsi la **nature de l'intérêt à invoquer**. De ce point de vue, la représentation apparaît doublement indirecte, en ce qu'elle suppose l'intermédiaire de certaines personnes (représentation personnelle) détentrices d'un intérêt à agir correspondant à la cause environnementale (représentation matérielle). Les communs naturels : le « représenté », par la voie de son porte-parole : le « représentant », devront revêtir l'habit juridique d'un

<sup>79</sup> Charte de Bruxelles lancée le 30 janvier 2014 à l'adresse de la Commission européenne et du secrétaire général de l'ONU.

<sup>80</sup> C. HUGLO, « L'avenir du droit de l'environnement s'inscrit dans le droit international », *Environnement et développement durable*, mars 2014, repère 3.

intérêt invocable et recevable devant et par le juge. Il n'y a donc pas *une* forme de représentation, mais *plusieurs* formes de représentation dans sa nature (personnelle/matérielle) et dans sa variété.

Sur cette voie et en partant du constat que « l'efficacité du système commun de protection pénale de l'environnement passe par un renforcement de la participation de la société civile dans les procédures pénales de nature environnementale »<sup>81</sup>, il s'agira principalement de réfléchir à la manière d'élargir le droit d'action des citoyens représentant la planète et l'humanité en danger.

Dans cette direction, il faut cependant tenir de la spécificité de la représentation devant les juridictions pénales. Elle réside dans le caractère bicéphale du contentieux porté devant elles. Juge de la répression lorsqu'elles sont saisies de l'action publique, action principale en châtement d'une infraction, elles pourront, dans le cadre d'une procédure unique, devenir juge de la réparation statuant sur l'action civile, action accessoire et complémentaire, en indemnisation du préjudice né de l'infraction. Chacune de ces actions étant soumise à des conditions de recevabilité propres, tant quant à l'intérêt invocable que dans la désignation de ses titulaires, la représentation dont elles sont toutes deux le vecteur connaîtra des variations, à la fois source de complexité et de richesse.

Schématiquement, **trois représentations sont actuellement possibles devant le juge répressif**, à travers autant d'intérêts juridiques distincts, mais avec comme point commun l'exigence d'un préalable, savoir l'existence d'une infraction, condition *sine qua non* à la saisine du juge pénal, que ce soit par l'Accusation ou par les victimes entendues *lato sensu*. Le juge pénal peut ainsi être saisi d'un contentieux environnemental, dans un premier temps, par le truchement de l'intérêt général dont la défense relève du monopole du Parquet exerçant l'action publique et, dans un second temps, accessoirement – mais très fréquemment en matière d'environnement – par le biais de l'action civile, en réparation soit d'intérêts individuels soit d'un intérêt collectif. Mais le tableau mitigé que nous révèle la pratique de la représentation judiciaire des communs environnementaux nous conduit à nous interroger sur une nouvelle voie d'action qui serait fondée sur un nouvel intérêt juridique : « l'intérêt commun universel » destiné à protéger cette nouvelle valeur suprême qu'est la sûreté de la planète.

#### **4.3.1. Le patrimoine commun des êtres vivants représenté par le vecteur de l'action publique : la défense de l'intérêt général**

L'intérêt général, qui constitue le fondement même, la justification de l'action publique en répression des infractions causes de trouble social, d'atteintes portées à la société, se caractérise avant tout par son absence de définition établie de manière définitive. Dans sa conception volontariste, qui est celle retenue en droit français, il est l'expression de la volonté générale, celle de l'ensemble de la collectivité, dépassant les intérêts particuliers, de chaque individu. Notion volontairement « floue » et « ouverte », elle suit les évolutions de la société, englobant les besoins sociaux du moment et reflétant les nouveaux enjeux. Parmi ces derniers, l'émergence de la question écologique est indéniable. Et de fait, l'intérêt général lié à la protection de l'environnement a été facilement admis dans notre droit national<sup>82</sup>, amenant son garant

---

<sup>81</sup> « Des écocrimes à l'écocide – Le droit pénal au secours de l'environnement », sous la direction de L. NEYRET, Bruylant, 2015, Titre II, Chapitre 2, p. 407.

<sup>82</sup> D'abord par la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, dont l'article 1<sup>er</sup> énonçait que « la protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont d'intérêt général ». La réforme de cet article, introduite par la loi Barnier du 2 février 1995, a été intégrée dans l'actuel article L. 110-1 du Code de l'environnement, au terme duquel sont désormais d'intérêt général la connaissance, la protection, la mise en valeur, la restauration, la remise en état et la gestion des espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, des sites, des paysages diurnes et nocturnes, de la qualité de l'air, des êtres vivants et de la biodiversité, ainsi que la préservation de leur capacité à évoluer et la sauvegarde des services qu'ils fournissent. Et bien d'autres dispositions sectorielles de notre droit de l'environnement, éparpillées dans divers codes et lois spéciales, consacrent de la

institutionnel : le ministère public, à en assurer la défense devant le juge pénal dans les hypothèses de délinquance écologique.

L'infraction écologique porteuse de l'intérêt général peut alors donner naissance à l'action publique exercée par le Parquet au nom de la société devant le juge pénal. La double représentation de l'environnement, personnelle et substantielle, est ainsi assurée, la défense de l'intérêt général que l'environnement représente relevant du monopole du ministère public. L'exercice de cette action appartient exclusivement au ministère public, agissant au nom de la société à laquelle l'infraction a porté atteinte. L'objectif final poursuivi par celui que l'on nomme à juste titre « l'Accusation » est la répression du trouble social provoqué par l'acte infractionnel, en l'occurrence des atteintes portées aux biens collectifs appartenant au patrimoine commun de la nation que constitue l'environnement. L'aspect d'exemplarité de la sanction pénale doit ici être relevé. Au-delà des caractères vindicatif et strictement répressif, ce sont également les objectifs de dissuasion et de prévention qui sont recherchés, car il en va de l'avenir de notre planète et des générations futures.

La pratique révèle cependant que les Parquets sont inégalement impliqués dans la répression des infractions écologiques<sup>83</sup>. Le pourcentage des poursuites pénales déclenchées proportionnellement au nombre d'infractions écologiques perpétrées le démontre. Force est de constater que le peu de condamnations pénales prononcées ne présente pas l'efficacité que la population serait en droit d'attendre face à un droit à l'environnement désormais reconnu de valeur constitutionnelle sur le plan interne.

Cette insuffisance implique que la représentation judiciaire de l'environnement puisse être complétée par d'autres formes et assurée par d'autres acteurs plus engagés dans la protection de l'environnement. Le caractère bicéphale de la procédure pénale permet une telle complétude par le vecteur de l'action civile, exercée devant le juge pénal accessoirement à l'action publique. L'objet de réparation que cette nouvelle action sous-tend éclipse alors l'intérêt général au profit soit d'intérêts individuels, soit d'un intérêt commun, nouveaux habits juridiques de la cause environnementale portés devant les juridictions répressives.

#### **4.3.2. Le patrimoine commun des êtres vivants représenté par le vecteur de l'action civile : la défense des intérêts individuels et collectifs**

L'action civile en réparation des dommages nés de l'infraction permet de lutter contre l'inertie du procureur de la République, en ce qu'elle déclenche l'action publique et contrecarre ainsi les décisions de classement sans suite prononcées par le Parquet. Elle ouvre, de surcroît, de nouvelles possibilités de représentation des communs environnementaux, ceci, à un double titre : soit sous la qualification d'intérêts individuels soutenus par les victimes personnelles d'infractions, soit sous celle d'intérêt collectif défendu par des personnes morales intervenant dans la protection de l'environnement. En conséquence, aussi bien les titulaires de cette action que les intérêts juridiques invocables seront pluriels, ce qui de prime abord semblerait favorable à la cause environnementale. En effet, les possibilités d'accès au juge pénal qui statue désormais sur les intérêts civils vont s'en trouver élargies. Et de fait, on relève qu'en matière de réparation des atteintes portées aux communs environnementaux, la grande majorité des décisions rendues par le juge judiciaire est l'œuvre du juge pénal plus que celle du juge civil.

---

sorte la reconnaissance législative de l'intérêt public en matière écologique, renforçant par là même la portée du texte général de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement.

<sup>83</sup> V. D. GUIHAL, « La Charte de l'environnement et le juge judiciaire », *RJE* n° spécial 2005, « La Charte constitutionnelle de l'environnement en vigueur », p. 255.

#### 4.3.2.1. Le patrimoine commun des êtres vivants constitutif d'un intérêt individuel invocable par les victimes personnelles d'infractions écologiques

Alors que l'intérêt général est ce qui fonde l'action publique exercée par le Parquet, le déclencheur de l'action civile est, en application du droit commun, l'intérêt individuel dont les victimes d'infractions sont autorisées à se prévaloir devant le juge pénal. Cet intérêt, propre à ladite victime, est encadré de manière stricte par la loi qui pose une double exigence à son égard. L'article 2 du Code de procédure pénale<sup>84</sup> requiert ainsi un préjudice à la fois personnel et direct, né de l'infraction, rappelant par là même que tout dommage ne donne pas lieu à réparation devant le juge. À ces deux conditions légales, la jurisprudence en a rajouté une troisième<sup>85</sup>, du moins devant la juridiction de jugement<sup>86</sup>, en ce que le préjudice doit également être certain, tout en acceptant par ailleurs la perte d'une chance.

Plus spécifiquement à l'environnement, l'action individuelle menée par la victime personne physique se trouve complétée d'une autre voie introduite en 1995 par la loi Barnier<sup>87</sup>, dans les hypothèses d'atteintes à l'environnement ayant causé des préjudices individuels à plusieurs personnes par le fait d'un agent unique. L'action « *en représentation conjointe* », ainsi inscrite à l'article L. 142-3 du Code de l'environnement<sup>88</sup>, permet à des particuliers – au minimum deux - de mandater une association agréée de protection de l'environnement au titre de l'article L. 141-1 du même code, afin d'agir en réparation devant le juge pénal – tout comme devant le juge civil- au nom de ceux-ci. Traduction juridique du célèbre adage « l'union fait la force », cette autre possibilité d'action, réalisant l'addition de plusieurs intérêts individuels autour d'une atteinte unique entraînant les mêmes dommages, pourrait effectivement avoir plus de poids devant un juge qu'une action individuelle et isolée<sup>89</sup>. L'environnement, dans ce combat, a tout à gagner... en théorie du moins, car la pratique ne révèle pas un réel engouement pour cette autre voie pourtant prometteuse.

Mais, quel que soit le mode d'action choisi, la nature du dommage réparable, allégué devant le juge par la victime au titre de son intérêt individuel, est multiple. De manière générale, sont acceptés aussi bien les préjudices matériels, économiques et corporels, que moraux et affectifs, portés aux personnes comme à leurs biens. Puisant dans cette palette diversifiée, la représentation matérielle de l'environnement se fera en cas d'atteintes à l'intégrité physique ou morale des personnes, ou à leurs biens, dont l'environnement se trouve être le vecteur. L'intérêt individuel ouvrira ainsi la voie à l'action civile en réparation des atteintes environnementales ayant des répercussions sur les personnes ou sur leurs biens expressément appropriés. Mais parce qu'il suppose un préjudice personnel en relation directe avec l'infraction, le dommage écologique dont il est question sera forcément « dérivé », par opposition au « dommage écologique pur ». L'environnement n'est pas pris en compte pour lui-même, mais uniquement par le truchement d'atteintes aux personnes titulaires d'un intérêt individuel remplissant les conditions du droit

---

<sup>84</sup> Article 2 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure pénale : « L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. ».

<sup>85</sup> Crim. 13 juin 1991, Bull. n° 251.

<sup>86</sup> L'existence d'un préjudice direct et personnel est, en revanche, appréciée moins strictement au stade de l'instruction. Le magistrat instructeur se contentera en effet de la simple vraisemblance du préjudice invoqué. De jurisprudence constante, la constitution de partie civile est recevable dès lors que les circonstances sur lesquelles la victime s'appuie permettent d'admettre comme possible l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec l'infraction poursuivie (Crim. 16 juin 1998, Bull. n° 191 ; Crim. 16 févr. 1999, Bull. n° 17).

<sup>87</sup> Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.

<sup>88</sup> « Lorsque plusieurs personnes physiques identifiées ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'une même personne et qui ont une origine commune, dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2, toute association agréée au titre de l'article L. 141-1 peut, si elle a été mandatée par au moins deux des personnes physiques concernées, agir en réparation devant toute juridiction au nom de celles-ci. » (art. L. 142-3 al. 1<sup>er</sup> C. env.).

<sup>89</sup> Précisons que l'action en représentation conjointe n'est pas une renonciation de la part des personnes physiques à se défendre par elles-mêmes. Ces dernières conservent toujours le pouvoir de mettre un terme au mandat donné à l'association et de conduire personnellement et individuellement la défense de leurs intérêts.

commun. C'est là une limite dirimante à la représentation judiciaire de l'environnement par les victimes d'infractions écologiques.

Le caractère personnel du dommage réparable apparaît donc problématique dans le domaine particulier des atteintes aux communs environnementaux. À différents points de vue, il apporte des restrictions à l'exercice de l'action civile, pouvant aller jusqu'à en constituer un véritable obstacle juridique et fermer la porte du juge pénal. Dans sa double signification, d'abord, l'exigence d'un préjudice personnel est restrictive. D'une part, seule la personne qui a subi un tel dommage a le droit d'en demander réparation puisqu'elle seule a un intérêt personnel à agir. D'autre part, seuls les dommages ayant des répercussions sur les personnes seront pris en compte, à l'exclusion de tous ceux qui n'atteignent que l'environnement dans ses composantes sans répercussions immédiates et apparentes sur les individus. L'article 2 du Code de procédure pénale précise bien que l'action civile exercée devant le juge pénal « *appartient à tous ceux – entendons les personnes – qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* » – c'est-à-dire des atteintes aux personnes.

Or dans les faits, nombre d'atteintes écologiques, parmi les catastrophes les plus graves qui soient, touchent non pas l'homme, mais l'environnement en tant que tel. Il en est ainsi de la destruction d'un écosystème marin suite au rejet d'hydrocarbures par un navire, du braconnage de spécimens de faune sauvage appartenant à une espèce menacée d'extinction ou plus largement de l'appauvrissement quotidien de notre biodiversité<sup>90</sup>. De telles atteintes entraînant des dommages écologiques purs ne sauraient être invoquées devant le juge pénal par le truchement de l'intérêt individuel parce que précisément ce n'est pas de l'individu dont il s'agit ici, mais de l'environnement dans son ensemble, enjeu planétaire qui concerne l'ensemble de la collectivité. Cette dernière devra alors trouver dans des groupements, personnes morales reflets de cette collectivité, de nouveaux porte-parole habilités à aller devant le juge pénal. L'intérêt individuel trop restrictif fera place à un intérêt plus représentatif : « l'intérêt collectif » dont on peut se demander s'il ne constitue pas, finalement, la meilleure représentation de l'environnement.

#### 4.3.2.2. La défense d'un intérêt collectif par des personnes morales œuvrant pour la protection de l'environnement

Une protection efficace nécessite sans conteste de sortir du droit commun, trop réducteur et inadapté à la problématique spécifique induite par les atteintes environnementales. À partir des années 1970, le législateur en prit fort heureusement conscience, alerté par les nombreux classements sans suite d'affaires écologiques et par le renvoi de groupements spécialisés dans ce domaine, qui se voyaient fermer la porte du tribunal faute de pouvoir arguer d'un dommage personnel apprécié strictement par la jurisprudence. Par la voie d'habilitations législatives, l'accès au prétoire de certaines personnes morales, toujours plus nombreuses, va être grandement facilité. Ces personnes sont désormais autorisées, en application de l'article L. 142-2 du Code de l'environnement pour les associations agréées de protection de l'environnement et de l'article L. 142-4 du même code, créé en 2008, pour les collectivités territoriales et leurs groupements, à exercer les droits reconnus à la partie civile, sans pour autant justifier du préjudice exigé par l'article 2 du Code de procédure pénale. L'article L. 132-1 de ce code énumère, en outre, les personnes publiques<sup>91</sup> détentrices de ce même droit d'action devant le juge pénal, élargissant de manière

---

<sup>90</sup> Dans son dernier rapport publié en octobre 2014, le Fonds Mondial pour la Nature (WWF) pointe du doigt l'accélération de la disparition des espèces de notre planète, montrant que le nombre des animaux sauvages, terrestres ou marins, a été divisé par deux entre 1970 et 2010.

<sup>91</sup> Sont visés par cet article : l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie, le Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres, l'Office national de l'eau et des milieux aquatiques, les agences de l'eau, l'Office national de la chasse et de la faune sauvage, le Centre des monuments nationaux, les chambres d'agriculture, les parcs naturels régionaux, le Centre national de la propriété forestière.

considérable la liste des organismes habilités. Concernant le secteur associatif, acteur très actif en termes de contentieux, la loi Barnier va opérer une simplification salvatrice du système des habilitations qui était devenu fort complexe en raison de leur multiplication et de la diversité des conditions propres à chacune d'entre elles. La création par le législateur de 1995 d'un agrément unique pour l'ensemble des associations œuvrant pour la protection de l'environnement viendra unifier le régime de ces autorisations légales<sup>92</sup>.

La poussée exponentielle de ces habilitations législatives reflète bien l'importance reconnue aux groupements concernés sur le plan du contentieux. De manière complémentaire, ils permettent la poursuite d'un double objectif devant le juge pénal : à la fois de réparation des préjudices et de répression en cas d'inaction du procureur, palliant ainsi la carence de ce dernier<sup>93</sup>. Il est ainsi reconnu aux associations une véritable mission de service public. Si leur action peut se faire aux côtés du ministère public et au soutien des victimes d'infractions écologiques, elle peut aussi avoir lieu de leur propre initiative alors que le Parquet a renoncé à mettre en mouvement l'action publique et que les victimes personnelles ne se manifestent pas.

L'inflation des habilitations va également constituer l'amorce de la reconnaissance d'un nouvel intérêt juridique plus adapté à la problématique écologique qui, appréhendée de manière sectorielle dans les textes, vise des groupements de personnes intéressées et non des individus isolés. Les valeurs protégées sont alors collectives, insusceptibles d'appropriation individuelle, car n'appartenant à personne, mais laissées à la disposition de tous, ce qui correspond parfaitement aux communs environnementaux (eau, air, sols, faune, flore, écosystèmes, etc.) devant être placés sous la sauvegarde de la collectivité. Les textes consacrent dès lors la notion d'intérêts collectifs<sup>94</sup> que les groupements habilités ont pour objet de défendre dans le cadre de leur objet social et dont la lésion directe ou indirecte, née d'une infraction, produira un « dommage écologique pur » réparable par le juge.

Dans cette mouvance, la jurisprudence n'a d'autre choix que d'accueillir ce nouveau préjudice collectif, qui dépasse la conception classique de préjudice individuel et subjectif supposant des répercussions sur les personnes, pour admettre dans un mouvement général d'objectivation de la responsabilité civile des lésions propres aux biens environnementaux indépendantes d'atteintes à l'homme<sup>95</sup>. Le préjudice écologique ainsi consacré, correspondant à un intérêt collectif, est sans conteste le meilleur reflet des atteintes portées aux communs environnementaux et de l'objectif de protection visé par l'ensemble de la collectivité. Il trouve aujourd'hui une assise des plus solides dans la combinaison des articles 1 et 2 de la Charte constitutionnelle de l'environnement, et de son troisième considérant qui proclame que « *l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains* », dont la défense relève d'une responsabilité collective.

#### 4.3.3.3. De l'intérêt collectif à un nouvel « intérêt commun universel » ?

Il est évident que le droit commun, élaboré dans une optique générale et non de manière spécifique, n'est pas suffisant et adapté. L'enjeu est de repenser un système de responsabilité qui n'a pas été conçu pour la problématique spéciale des atteintes à l'environnement. Son inadéquation implique que l'on puisse y déroger par un système de responsabilité environnementale spéciale. C'est là que le législateur se

<sup>92</sup> Conditions de l'agrément fixées par l'article L. 141-1 du Code de l'environnement.

<sup>93</sup> « Le procès pénal contribue, en la canalisant, à cette action vindicative qui est souvent, pour la partie civile, aussi réparatrice que l'indemnisation accordée » : F. AGOSTINI, « Les droits de la partie civile dans le procès pénal », Rapport à la Cour de Cassation, 2000, [http://www.courdecassation.fr/publications\\_cour\\_26/rapport...102/civile\\_dans\\_5858.html](http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport...102/civile_dans_5858.html)

<sup>94</sup> L'article L. 142-4 du Code de l'environnement, visant les collectivités territoriales et leurs groupements, parle lui de préjudice direct ou indirect au « territoire » sur lequel ils exercent leurs compétences. Cette notion méritera d'être précisée faute d'éclaircissement textuel. Néanmoins, et en tout état de cause, elle vise de manière intrinsèque une valeur collective renvoyant à un intérêt de même nature.

<sup>95</sup> V. L. NEYRET, « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », *Recueil Dalloz* 2008, p. 170.



doit d'intervenir en intégrant la dimension environnementale à sa juste place. Poursuivant l'œuvre du Constituant de 2004 qui proclame, dans l'article 1<sup>er</sup> de la Charte de l'environnement, que « *chacun a le droit à un environnement équilibré et respectueux de la santé* », ne serait-il pas possible de reconnaître dans l'environnement, « *patrimoine commun des êtres humains* », un « intérêt commun universel » dont chaque citoyen serait le porte-parole devant le juge ? Le *patrimoine commun des êtres vivants* bénéficierait ainsi d'une représentation citoyenne, ouverte à tous, dès lors qu'une atteinte constitutive d'un écocriime ou d'un écocide se produirait. Un élargissement des actions au profit de tout citoyen témoignerait de la réelle valeur de la cause environnementale et des enjeux qu'elle présente, et permettrait une protection plus efficace des communs. La représentation citoyenne des communs environnementaux ne serait alors rien de moins que le corollaire de ce nouveau droit fondamental de l'homme à l'environnement consacré en droit français (art. 1<sup>er</sup> de la Charte) et auquel une dimension nouvelle serait donnée.

➤ **Proposition n° 5 : Reconnaître un « intérêt commun universel » pour une meilleure représentation du patrimoine commun des êtres vivants devant le juge pénal**

- Le patrimoine commun des êtres vivants, consacré juridiquement, sous-tendrait un nouvel intérêt juridiquement protégé : « l'intérêt commun universel » se plaçant au-dessus de tous les intérêts juridiques reconnus, et notamment supérieurs aux intérêts des États, et ouvrant la voie à de nouvelles actions en justice.
- Cet « intérêt commun universel » fonderait de nouvelles actions en justice en défense du patrimoine commun des êtres vivants et transcenderait les autres intérêts juridiquement consacrés que sont l'intérêt général, l'intérêt collectif et l'intérêt individuel.
- Les titulaires de ce nouvel intérêt juridique seraient chaque citoyen du monde, personne physique, représentant la communauté du vivant humain et non humain et les communs naturels faisant partie du patrimoine commun, ainsi que des personnes morales reconnues comme étant engagées dans la défense du patrimoine commun des êtres vivants (associations, ONG, États).

## Section 2. La chose commune<sup>96</sup>

Située à l'extrémité de l'échelle de communalité, que celle-ci soit comprise dans une approche linéaire ou complexe<sup>97</sup>, on pourrait penser que la chose commune constitue la chose dont la communalité est la plus totale et la plus effective. Mais, à l'examen, cette figure de l'inappropriable n'est pas exploitée ni considérée comme opératoire en droit positif (§1). Les propositions de réforme la concernant ont donc pour but de rendre sa communalité contraignante<sup>98</sup> : il s'agit de faire émerger une catégorie juridique de choses communes à laquelle serait attaché un régime uniforme garantissant une inappropriabilité et un usage commun (§2). Ces propositions ont par ailleurs vocation, rappelons-le, à s'ajouter à celle déjà tracées pour le patrimoine commun, considéré comme le régime minimal de communalité.

### §1. Présentation générale des choses communes

#### 1. La notion de choses communes

##### 1.1. La définition des choses communes

**Histoire – Les origines.** Les choses communes (*res communes*) constituent une catégorie juridique ancienne héritée du droit romain. L'on doit à Marcien d'avoir introduit cette catégorie dans la division romaine des choses. Les choses communes, alors appelées *res communes omnium*, sont des choses qui n'appartiennent, *par nature*, à personne, et dont l'usage est commun à tous. Tels sont l'air, l'eau courante, la mer et le rivage de la mer qui s'étend jusqu'où va le flot dans les grandes marées d'hiver. Ainsi que l'a écrit Yan Thomas, les choses communes ne constituent pas, en droit romain, une catégorie pleinement juridique<sup>99</sup>. Elle manifeste bien davantage une enclave originaire dans la propriété collective d'un certain âge de l'humanité. La nature préfigure alors les institutions, et les choses communes, choses de la Nature, constitue un modèle pour échafauder le régime des choses publiques de la cité (les *res publicae*), choses juridiques. Les choses communes sont donc nées dans la dépendance des choses publiques et l'histoire est d'ailleurs marquée par la confusion récurrente entre ces deux catégories.

**Le temps de l'oubli.** En 1804, les choses communes ont été inscrites à l'article 714 du Code civil, inséré dans le préambule du livre troisième du Code civil intitulé « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* » et parmi les dispositions qui présentent les éléments qui ne sont pas, plus ou pas encore appropriés, donc hors de la propriété (les choses communes, les choses sans maître et les trésors). Ce texte – issu d'une loi du 19 avril 1803 et demeuré inchangé depuis lors – dispose qu'« *il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir* ». Cette définition fonctionnelle de la chose commune – notion définie par son régime – constitue une réplique de la définition romaine et la doctrine reprend peu ou prou l'énumération de Marcien quand il s'agit d'en circonscrire le domaine. Les auteurs classent donc généralement dans cette catégorie l'air, l'eau courante et la mer. Traditionnellement, et dans le prolongement de la conception romaine, la doctrine appréhende les choses communes comme des choses, par nature, inappropriables. Les raisons de l'inappropriabilité des choses communes sont donc généralement recherchées dans leurs caractéristiques physiques : abondantes ou insaisissables, les choses communes seraient des choses qu'il n'est pas utile ou possible de

<sup>96</sup> Rédacteurs : Marie-Pierre CAMPROUX DUFFRENE, Marie-Alice CHARDEAUX, Séverine DUSOLLIER, Judith ROCHFELD.

<sup>97</sup> V. *supra*, Partie 1, Titre 3, Section 3.

<sup>98</sup> V. *infra*, Annexe 1, n° 5 - Propositions de réformes relatives à la chose commune.

<sup>99</sup> Sur ce point, v. Y. THOMAS, « *Imago naturae*, Note sur l'institutionnalité de la nature à Rome », in *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*, Actes de la table ronde organisée par l'École française de Rome avec le concours du CNRS, (Rome, 12-14 novembre 1987), coll. de l'École française de Rome, n° 147, 1991, p. 201, spéc. p. 210 et s.

s'approprier<sup>100</sup>. Il faut bien voir, qu'ainsi conçues, les choses communes forment une catégorie par défaut, une « *communauté négative* » disait joliment Pothier – dont les éléments ne sont que temporairement inappropriables. Car la nature des choses peut changer. Devenues rares ou saisissables, rien ne s'opposerait à ce que les choses communes tombent dans l'escarcelle de la propriété. Une telle conception naturaliste a sans doute contribué à rejeter dans l'ombre la sphère de l'inappropriable. Dépourvue de toute charge juridique, la catégorie ne présente alors guère qu'un intérêt explicatif pour justifier l'inappropriabilité – temporaire et réversible – de certaines choses. À vrai dire, il ne pouvait difficilement en aller autrement, le Code civil étant un code de propriétaires sacralisant la propriété<sup>101</sup>. Tout cela explique que les choses communes soient pendant longtemps tombées dans l'oubli. D'ailleurs, la première mouture de l'avant-projet de réforme du droit des biens avait proposé de supprimer cette catégorie.

**Le temps de la renaissance.** À partir des années 1990, les choses communes suscitent un regain d'intérêt qui peut s'expliquer, au premier abord, par l'émergence du droit de l'environnement et la nécessité de repenser le rapport de l'homme à la nature. La crise écologique a balayé le mythe de la nature abondante et inépuisable et, dans ce contexte, on s'efforce de trouver des outils susceptibles de neutraliser « *le droit de détruire* »<sup>102</sup> du propriétaire. Sur le plan des choses immatérielles, non susceptibles d'épuisement, le renforcement des droits de propriété intellectuelle à la faveur du développement d'internet fait craindre, d'abord chez des auteurs américains, une « *nouvelle enclosure des communs* »<sup>103</sup>, par référence au premier mouvement d'enclosure (privatisation) qui a emprisonné les terres en Angleterre entre les XV<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup> siècles. Dans la seconde partie du XX<sup>e</sup> siècle, la propriété intellectuelle s'est, en effet, extraordinairement étendue, qu'il s'agisse de sa durée, de son domaine (logiciels, bases de données, séquençage de gènes) des prérogatives octroyées ou des personnes bénéficiaires<sup>104</sup>.

Certains suggèrent alors d'investir la chose commune afin de la concevoir, non plus de manière négative, par défaut, mais comme un outil permettant positivement de préserver, de sanctuariser l'environnement ou le domaine public immatériel. Ce faisant, on passe d'une conception naturaliste à une conception normative de la chose commune<sup>105</sup>. Dès lors, cette qualification peut être mobilisée afin de soustraire certaines ressources à la propriété exclusive, afin d'en garantir l'usage commun<sup>106</sup>. En France, la chose

---

<sup>100</sup> En ce sens, J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, T. III, PUF, Thémis droit privé, 19<sup>ème</sup> éd. refondue, 2000, n° 45, p. 83 : « toutes les choses ne sont pas des biens. C'est qu'il faut une possibilité d'appropriation pour faire d'une chose un bien. Or, il est des choses qui, par leur nature, répugnent à toute appropriation. Ce sont les choses communes (res communes) auxquelles fait allusion l'a. 714 » ; X. LABBEE, « Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », *D.* 1999, n°40, Chron., p. 437, spéc. p. 438 : « l'article 714 lui-même fait échapper les choses communes à l'appropriation en raison de leur nature même » ; A. SERIAUX, « La notion de choses communes, nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », in *Droit et Environnement, Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995, p. 23, spéc. n° 5, p. 28 : « Les choses sont par leur nature communes » ; F. ZENATI, Th. REVET, *Les biens*, PUF, coll. droit fondamental, 3<sup>ème</sup> éd. refondue, 2008, n° 14, p. 51 : les choses communes « échappent par leur nature à toute appropriation » ; J.-C. GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, th. dactyl., Bordeaux I, 1988, p. 172 : « il faut donc rechercher les raisons de la non appropriabilité des choses communes dans leur nature même ».

<sup>101</sup> Th. REVET, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Droit et patrimoine*, mars 2004, n° 124, p. 20.

<sup>102</sup> M. REMOND-GUILLOUD, *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, PUF, Les voies du droit, 1989.

<sup>103</sup> J. BOYLE, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Law and contemporary problems*, vol. 66, 2003, p. 33 ; Y. BENKLER, « Free as the Air to Common Use : First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain », *New York University Law Review*, vol.74, n°2, 1999, p. 354.

<sup>104</sup> M. VIVANT, « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ? », in *Mélanges Christian Mouly*, T. I, Litec, 1998, p. 441 ; C. CARON, « L'irrésistible décadence du domaine public », in *Etudes offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant, 2004, p. 61.

<sup>105</sup> M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. G. Loiseau, Bibl. droit privé, t. 464, LGDJ, 2006, n° 108, p. 137.

<sup>106</sup> A. SERIAUX, art. préc., p. 23 ; B. JADOT, « L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir », in *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Actes du colloque organisé par le CEDRE et le CIRT, sous la direction de F. OST et S. GUTWIRTH, Bruxelles, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, 1996, p. 93 ; B. JADOT, « L'article 714 et la protection de l'environnement », in *L'actualité du droit de l'environnement*, Bruylant, 1995, p. 53. *Adde*, M. REMOND-GUILLOUD, « Ressources naturelles et choses sans maître », *D.* 1985, Chron. p. 27.

commune est aussi apparue comme un remède idoine à la privatisation du domaine public<sup>107</sup> de la propriété intellectuelle – que l'on nommera « *domaine commun informationnel* » pour éviter toute confusion avec le domaine public du droit administratif<sup>108</sup> – domaine public qui rassemble notamment les idées, les théories scientifiques, les informations de tout ordre ou les œuvres et inventions dont la protection a expiré.

En l'occurrence la qualification de choses communes a fait irruption dans un double contexte de disparition de la rareté<sup>109</sup> et d'extension sans précédent de la propriété intellectuelle. Différentes propositions législatives proposant de qualifier le domaine commun informationnel de choses communes ont alors vu le jour, mais aucune d'elles n'a abouti<sup>110</sup>.

En somme, malgré le regain d'intérêt doctrinal pour la catégorie des choses communes, elle demeure dans l'ombre du droit positif. Cette étude propose de faire aboutir ce travail doctrinal de renaissance de la chose commune et, par là même, de la consacrer pleinement en droit positif.

## 1.2. La délimitation du domaine des choses communes

**Critères.** Si l'on se place dans une perspective normative – ce qui est la perspective du présent rapport – il s'évince de l'article 714 du Code civil que la chose commune présente deux caractères. Elle est, d'une part, inappropriable et, d'autre part, offerte à l'usage commun de tous. De manière plus précise, l'inappropriabilité et l'usage commun ne se situent pas exactement sur le même plan. La chose commune est inappropriable parce que son usage doit être commun à tous. Se dévoile ainsi la fonction de cette catégorie : elle a pour but d'ouvrir l'accès et l'usage d'une chose, au bénéfice de tous, c'est-à-dire sans identification d'une communauté délimitée. Pour l'heure, cet usage demeure inorganisé. Certes, l'usage commun impose, en creux, un devoir de conservation, la permanence de l'usage commun requérant un usage respectueux de la chose. Il reste que ce devoir de conservation n'est pas pour l'heure gravé dans le marbre du droit positif. À cela, il faut ajouter que l'article 714 du Code civil dispose que « *des lois de police règlent la manière d'en jouir* ». Autrement dit, l'usage de la chose commune peut être réglementé. Et l'on ne manquera pas de constater que l'air comme l'eau font l'objet de réglementations d'usage très fouillées que ce soit en droit interne ou en droit international. Il n'en reste pas moins que ces réglementations souvent très pointilleuses ne suffisent pas à construire un régime organisé et cohérent des choses communes considérées.

Au regard de ces critères, comment distinguer la chose commune des choses sans maître, des biens publics et du patrimoine commun ?

**Relation entre choses communes et les choses sans maître.** La distinction entre les choses communes et les biens sans maître (*res nullius, res derelictae*) semble, à première vue tranchée : tandis que la

---

A travers, par exemple, la qualification de patrimoine commun de l'humanité, v. M. REMOND-GOULLAUD, *Du droit de détruire, essai sur le droit de l'environnement*, PUF, Les voies du droit, 1989, p. 149.

<sup>107</sup> M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. G. Loiseau, Bibl. droit privé, t. 464, LGDJ, 2006, n°147, p. 174 ; S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, IRPI, 2002 ; S. DUSOLLIER, « Pour un régime positif du domaine public », in *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, B. CORIAT (dir.), Les liens qui libèrent, 2015, p. 244 ; J. ROCHFELD, « Chose commune (approche juridique) », in *Dictionnaire des biens communs*, M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), PUF, 2017, p. 176, spéc. p. 184.

<sup>108</sup> V. *infra* Section 2.3 - Le domaine commun informationnel comme chose commune.

<sup>109</sup> F. ZENATI-CASTAING, « Le crépuscule de la propriété moderne. Essai de synthèse des modèles propriétaires », in *Les modèles propriétaires*, Actes du colloque organisé par le CECOJI en hommage au Professeur Henri-Jacques Lucas, LGDJ, 2012, p. 225, spéc. p. 235.

<sup>110</sup> D'une part, en 2013, une proposition de loi a été élaborée par la députée écologiste Isabelle Attard, dans le dessein de conférer au domaine public un statut positif et d'interdire toute emprise sur lui, que ce soit par une mesure technique de protection ou par le droit *sui generis* des bases de données (Proposition de loi « *visant à consacrer le domaine public, à élargir son périmètre et à garantir son intégrité* », n°1573, enregistrée à l'Assemblée Nationale le 21 nov. 2013). D'autre part, en 2015, l'article 8 du projet de loi pour une République Numérique, finalement abandonné, proposait de créer la notion de « domaine commun informationnel » et de le qualifier de choses communes. La disposition a finalement été supprimée dans la version finale du texte. V. *infra* Section 2.3 - Le domaine commun informationnel comme chose commune.

chose commune est inappropriable, les choses sans maître peuvent être appropriées par le premier occupant (par exemple, le gibier). Une partie de la doctrine, spécialement, en droit de l'environnement, suggère néanmoins d'associer ces deux catégories et d'analyser la chose commune comme une universalité rassemblant des choses sans maître. Cette analyse a été proposée pour les choses rivales, autrement dit, pour les choses dont l'usage qu'en fait l'un diminue l'usage des autres. Selon Martine Rémond-Gouilloud, par exemple, « *les rapports de la res nullius à la res communis, ressource naturelle commune, sont ceux de la partie et du tout. La res nullius, le fragment, peut faire l'objet d'un prélèvement, tandis que le milieu naturel, écosystème ou espèce, ne se prête pas à une telle opération. En somme, la res nullius est la parcelle de la res communis qui peut physiquement en être détachée* »<sup>111</sup>. Une telle analyse présenterait l'avantage d'assigner une fonction nouvelle à la *res nullius* : la *res nullius* pourrait faire l'objet d'une appropriation dans la mesure où le prélèvement ainsi opéré ne viderait pas de sa substance le contenant. Aussi le prélèvement excessif du contenu (pollutions, extinction des espèces) devrait-il être considéré comme illégitime et, partant, interdit, sitôt qu'il porte atteinte à la capacité de reproduction ou de régénération du contenant, la ressource commune détruite devenant « *indisponible pour autrui* »<sup>112</sup>. Dans ce cas, la chasse et les pollutions devraient être interdites. Benoît Jadot<sup>113</sup> a systématisé cette conception en relevant, que si la *res communis* est inappropriable, c'est uniquement lorsqu'elle est envisagée dans sa globalité (les espèces animales, l'eau ou l'air). En revanche, les éléments singuliers qui la composent (une portion d'eau ou un animal) peuvent être appropriés. Dans cette perspective, Marie-Pierre Camproux-Duffrène qualifie la biodiversité ou plus récemment les écosystèmes de choses communes en tant qu'universalité regroupant des entités susceptibles d'appropriation ou non. Ce statut pourrait, à la différence du patrimoine commun, influencer sur le régime juridique de ses composantes si celui-ci s'avérait en contradiction avec les caractères fondamentaux de la chose commune<sup>114</sup>. Un spécimen d'une espèce devenant rare ne devrait plus être qualifié de *res nullius*, appropriable par le premier occupant, mais bénéficier du statut de l'espèce protégée auquel il appartient devenant alors inappropriable sous peine de porter atteinte à la substance même de l'espèce ou de la biodiversité.

En revanche, cette analyse s'applique malaisément aux choses non rivales, c'est-à-dire aux choses dont l'usage que l'un fait ne diminue en rien l'usage des autres. En l'occurrence, il est difficile de distinguer entre un tout qui serait qualifié de *res communis* et ses parties qui pourraient être appropriables et en ce sens qualifiées de *res nullius*. Par exemple, une œuvre du domaine commun informationnel n'est en principe plus appropriable par un nouveau droit d'auteur, mais résiste mal à des dépôts de marque. Même à envisager que le dépôt d'une œuvre du domaine public (par exemple, La Laitière de Vermeer) en tant que marque (pour des produits laitiers) ne constitue qu'une appropriation partielle de la chose commune, car elle ne réserve privativement que certains usages à des fins d'identification de l'origine de produits, c'est la même « *chose* », soit l'œuvre, qui est ici à la fois chose commune et chose sans maître ouverte à appropriation partielle par un droit de marque.

**Relations entre choses communes et biens publics.** Les choses communes présentent une parenté certaine avec les biens du domaine public. Les unes comme les autres, offerts à l'usage collectif, sont frappés d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité (art. L. 3111-1 du CGPPP). Dès lors, on ne s'étonnera pas que les deux catégories aient été tout au long de l'histoire très souvent confondues<sup>115</sup>. Cette confusion a culminé lorsque, au XIX<sup>e</sup> siècle, des auteurs tels que Proudhon, Barthélemy ou Ducrocq ont soutenu que

---

<sup>111</sup> En ce sens, M. REMOND-GOUILLOU, « Ressources naturelles et choses sans maître », *D.* 1985, Chron. p. 27, spéc ; p. 30. *Contra*, M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.*, n° 87.

<sup>112</sup> M. REMOND-GOUILLOU, art. préc. p. 30.

<sup>113</sup> B. JADOT, « L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir », in *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?* Actes du colloque organisé par le CEDRE et le CIRT, sous la direction de F. OST et S. GUTWIRTH, Bruxelles, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis, 1996, p. 94, spéc. n° 5, p. 98. *Adde*, B. JADOT, « L'article 714 et la protection de l'environnement », in *L'actualité du droit de l'environnement*, Bruylant, 1995, p. 53, spéc. n° 3, p. 55.

<sup>114</sup> M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques, Dossier : L'actualité des communs* 2018.81 Bruxelles, p. 297 à 331.

<sup>115</sup> M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.*, n° 14, p. 15 et s.

l'État n'était pas propriétaire du domaine public, mais un simple gardien ou surintendant<sup>116</sup>. Cette théorie de la garde ou de la surintendance de l'État sur le domaine public a pris fin au XX<sup>e</sup> siècle lorsqu'a été reconnu, sous l'influence déterminante de Hauriou, le droit de propriété des personnes publiques sur leurs biens. La distinction entre les biens du domaine public et les choses communes est donc aujourd'hui tranchée. Les biens du domaine public ont un propriétaire, tandis que les choses communes n'en ont pas. Il n'en demeure pas moins que cette confusion historique est riche d'enseignements. Comme un auteur a pu le souligner le classement dans l'une ou l'autre catégorie constitue un marqueur fort de la puissance de l'État : faire des choses communes des biens publics, c'est accroître la puissance de l'État ; faire des biens publics des choses communes, c'est, au contraire, l'affaiblir<sup>117</sup>.

**Relation entre choses communes et patrimoine commun.** La notion de chose commune se distingue du patrimoine commun. En effet, le domaine des choses communes est singulier : il ne rassemble que des choses inappropriables. Inversement, dire d'une chose qu'elle intègre un patrimoine commun ne dit rien de son appropriabilité ; la qualification de patrimoine commun *se superpose*<sup>118</sup> aux qualifications déjà existantes en vue de marquer une destination collective particulière et peut s'appliquer à des choses objets d'une propriété privée (un étang), d'une propriété publique (cours d'eau domaniaux) ou à des choses communes (cours d'eau non domaniaux). La qualification de patrimoine commun est donc plus englobante. En raison de cette potentielle superposition des qualifications, la chose commune peut ainsi être également patrimoine commun. Le patrimoine commun signale un niveau d'intérêt commun et un régime primaire applicable protecteur. Ce dernier ne peut que conforter un régime juridique applicable à la chose commune située au plus haut de l'échelle de communalité. Le régime juridique primaire du patrimoine commun (permettant d'identifier la part inappropriable des choses) étant applicable sans préjudice du régime juridique spécial relatif aux choses communes, inappropriables.

## 2. La portée théorique de la qualification de choses communes

Il faut également préciser la notion des choses communes dans ses rapports avec la propriété et avec les communs.

### 2.1. Chose commune et propriété

**Quasi-chose commune ou chose quasi commune.** Au premier abord, la chose commune – chose **inappropriable** – et la chose appropriée – le bien – se présentent comme des catégories exclusives l'une de l'autre. Cette antithèse est évoquée dans une formule célèbre de Pothier : « *propre et commun sont les contradictoires* »<sup>119</sup>. À l'examen, cependant, les rapports qui se tissent entre la propriété et la chose commune sont bien plus complexes qu'ils peuvent apparaître au premier abord. Ici comme ailleurs, le droit connaît des hybrides. Il existe ainsi des choses accueillant en leur sein propriété et chose commune, ce que Marie-Alice Chardeaux appelle des quasi-choses communes<sup>120</sup> ou des choses quasi communes<sup>121</sup>. Le droit d'auteur en fournit une illustration exemplaire. Par le mécanisme des exceptions et l'absence de réservation sur la jouissance intellectuelle de l'œuvre, l'assiette du monopole de l'auteur se trouve cantonnée aux utilités économiques de l'œuvre, tandis que les utilités culturelles de la chose demeurent

---

<sup>116</sup> V. sur ce point, Ph. YOLKA, *La propriété publique, éléments pour une théorie*, préface Y. Gaudemet, LGDJ, Bibliothèque de droit public, T. 191, 1997, p. 121 et s.

<sup>117</sup> W. DROSS, *Droit des biens*, Domat, 2019, n°323, p. 272, note n° 28.

<sup>118</sup> En ce sens, F.-G. TREBULLE, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », in *Études offertes au Professeur Malinvaud*, Litec, p. 659.

<sup>119</sup> R.-J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, T. I, Paris, chez Debures père, 1777, n° 16 p. 17.

<sup>120</sup> En ce sens, M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.*, n° 341 et s. *Adde*, M. XIFARAS, *La propriété, étude de philosophie du droit*, PUF, Paris, 2004.

<sup>121</sup> En ce sens, F. ZENATI, Th. REVET, *Les biens*, PUF, coll. droit fondamental, 3e éd., n° 20, p. 58.

offertes à l'usage commun, sur le modèle de la chose commune<sup>122</sup>. L'œuvre est donc une chose dont les utilités sont écartelées entre la chose commune et la propriété.

**L'appropriation partielle.** Ce rapport ambigu entre propriété et chose commune semble encore se manifester dans les possibilités d'appropriation partielle – déjà évoquées – dont certaines choses communes peuvent faire l'objet. On remarque que l'eau comme l'air se prête à une appropriation partielle : on peut par exemple privatiser un seau d'eau. Dans un même ordre d'idées, une œuvre qui n'est plus protégée en droit d'auteur, sauf par le droit moral, peut faire l'objet d'une protection à titre de marque qui réservera certains usages, ce que l'on peut assimiler à une appropriation partielle. Pour autant, il ne faut sans doute pas voir dans cette possibilité une caractéristique inhérente aux choses communes. Il s'agit davantage d'une caractéristique contingente liée à la nature physique particulière de certaines d'entre elles. Par exemple, l'eau peut faire l'objet d'une appropriation partielle, quel que soit son régime juridique : chose commune, domaine public ou propriété privée. Ce n'est donc pas son appartenance à la catégorie des choses communes qui dicte cette possibilité. Cette appropriation d'un quota, d'une portion, de certains éléments de la chose commune peut être la conséquence de l'usage commun de la chose commune comme un prélèvement d'eau, d'air, de spécimens animaux ou végétaux pour assurer ces besoins vitaux ou ne nuisant pas aux besoins des autres. À l'inverse, certaines choses communes ne se prêtent pas à une appropriation partielle. On pense aux idées pour lesquelles cette possibilité ne fait guère sens. On pense aux éléments naturels devenus rares dont le prélèvement conduirait au dysfonctionnement ou la dégradation de la chose commune-écosystème. En somme, l'appropriation partielle ne constitue qu'une qualité contingente, liée aux propriétés physiques ou à des usages particuliers de certaines choses communes. Néanmoins, il faut garder à l'esprit que lorsque cette faculté existe, elle ne doit pas compromettre l'inappropriabilité de la chose commune dans son ensemble.

## 2.2. Chose commune et théorie des communs

La chose commune affiche une singularité certaine dans la cosmogonie des communs. Ce sont, en effet, des communs sans communauté définie, et sans gouvernance au sens Ostromien. Pour Benjamin Coriat, ce ne serait donc pas des communs, mais des biens communs<sup>123</sup>. Pour autant, ainsi que l'a démontré la doctrine étasunienne, en particulier, Carol Rose<sup>124</sup> et Yochai Benkler<sup>125</sup>, les choses communes – *Open access commons* – ont leur place dans la galaxie des communs si l'on admet des formes très marginales de gouvernement (le droit d'agir en justice pour les défendre notamment). À cet égard, Judith Rochfeld souligne que les *common access* constituent, un modèle de communs, non dans le sens ostromien, mais dans le sens « d'une mise en commun de l'usage d'une ressource ; "non gouvernée", mais régulée par la puissance publique » ou par des actions en justice de la communauté bénéficiaire visant à les défendre<sup>126</sup>. Solidement construite, elle pourrait fonder l'action de tous, de la « communauté diffuse », pour la défense de choses, objets d'un usage partagé<sup>127</sup>. Marie-Pierre Camproux Duffrène, quant à elle, décèle la possibilité de deux catégories de communs naturels, la première les communs naturels universels (biodiversité, air, eau, écosystème planétaire) relevant du régime de la chose commune et étant inappropriables, la seconde, les

---

<sup>122</sup> V. sur ce point, M.-A. CHARDEAUX, op. cit. n°350 et s.

<sup>123</sup> V. sur ce point, B. CORIAT, « Définir les communs », in B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, Les liens qui libèrent, 2015, p. 23, spéc. p. 24 : « une ressource partagée, mais sans droits de propriété clairement fixés et sans gouvernance permettant de veiller au bon respect de ces droits n'est pas un commun » mais un bien commun (par exemple : l'océan ou le climat).

<sup>124</sup> C. ROSE, "The Comedy of the Commons: Custom, Commerce and Inherently Public Property", *The University of Chicago Law review*, vol. 53, n° 3, 1986, p. 711.

<sup>125</sup> Y. BENKLER, « Between Spanish Huertas and the Open Road: a Tale of Two Commons? », in B. FRISCHMANN, M. MADISON, K. STRANDBURG (dir.), *Governing Knowledge commons*, Oxford University Press, 2014, p. 64.

<sup>126</sup> J. ROCHFELD, « Chose commune (approche juridique) », in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des communs*, PUF, 2017, p. 176, spéc. p. 184.

<sup>127</sup> En ce sens, J. ROCHFELD, *ibid.*

communs naturels spatialisés ou territorialisés (écosystème forestier, aquatique) incluant des éléments appropriés et des usagers propriétaires<sup>128</sup>.

## §2. Directions d'évolutions et propositions de réformes

Longtemps occultée, peu outillée, la chose commune n'est pas véritablement arrimée à un régime juridique. En dépit de l'attention nouvelle portée par la doctrine à cette catégorie, elle demeure une notion évanescence, largement ignorée du droit positif. Les propositions d'évolutions vont donc dans le sens d'une élaboration de ce régime et se concrétiseront par des propositions précises de réformes.

### 1. Directions d'évolutions

#### 1.1. L'élaboration d'un régime des choses communes

Certes, certaines choses communes sont dotées d'un régime plus construit que d'autres. On pense en particulier à l'eau, qui du fait de son inclusion dans le patrimoine commun, a vu son régime s'étoffer avec les lois du 3 janvier 1992 et du 30 janvier 2006. Par contraste, le domaine commun informationnel<sup>129</sup> est pour l'heure dépourvu de tout régime juridique. Il règne donc une grande hétérogénéité.

Les propositions ont donc pour but de faire éclore en droit positif la chose commune. L'idée est de faire émerger une catégorie juridique des choses communes à laquelle serait attaché un régime uniforme. En d'autres termes, il s'agit de construire, dans le Code civil, un régime unitaire qui transcende leurs spécificités. La démarche consiste donc à édicter des principes communs structurants de la chose commune, susceptible de coiffer l'ensemble de celles-ci, par-delà leur diversité.

Cette étude conduit encore à réfléchir au rôle de l'État dans la garde des choses communes. L'alinéa 2 de l'article 714 du Code civil disposant que « *des lois de police règlent la manière d'en jouir* ». L'expression est « *des plus mystérieuses* »<sup>130</sup>. Elle peut être comprise comme renvoyant à des lois spéciales. Il est vrai que nombre de choses communes, au premier chef l'air et l'eau, sont réglementées par des lois spéciales, notamment inscrites dans le Code de l'environnement. L'État apparaît alors, en tant que représentant de la communauté nationale, comme gardien des choses communes. Ce rôle de l'État mérite d'être questionné. Il ne s'agit pas de nier le rôle l'État dans un tel domaine, mais plutôt de s'interroger sur le rôle que devraient également jouer les bénéficiaires de l'usage des choses communes. Il conviendrait de faire émerger cette communauté, « diffuse », et de l'associer à la garde des choses communes, à travers deux actions en justice : d'une part, l'action en revendication d'usage commun et, d'autre part, l'action en manquement à l'obligation de conservation.

Dans cette construction, on pourra s'inspirer de l'évolution connue par la « doctrine » du *Public Trust* aux États-Unis<sup>131</sup>. À partir des années 1970 en effet, sous l'influence d'un auteur en particulier, Joseph Sax<sup>132</sup>, la notion a renvoyé à un régime de « ressources » placées en trust (zones de vie sauvage, parcs naturels, ressources vitales et l'eau potable, etc.), sous la garde des États fédérés, ou de l'État fédéral, et soumises à une gestion dans l'intérêt du bénéficiaire, à savoir le public, compris comme les générations présentes et futures.

---

<sup>128</sup> V. *infra*, M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, Section 2.1 - Propositions de réformes relatives à la chose commune - La biodiversité comme chose commune (Régime spécial).

<sup>129</sup> V. *infra*, M.-A. CHARDEAUX, Section 2.2 - Le domaine public informationnel comme chose commune (Régime spécial).

<sup>130</sup> J. ROCHFELD, art. préc. p. 181.

<sup>131</sup> Pour une étude plus détaillée, v. *infra*. Annexe 2 – Leçons de droit comparé n°1 – Le public Trust comme guide d'un régime de la chose commune.

<sup>132</sup> J.L. Sax, « The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law : Effective Judicial Intervention », 68 Mich. L.Rev. 471 (1970).



## 1.2. L'identification du domaine d'application du régime des choses communes

Les choses communes ont, en droit positif, un champ d'application extrêmement restreint. Il est admis par la doctrine et la jurisprudence que les cours d'eau non domaniaux relèvent de cette catégorie<sup>133</sup>. De manière prospective, il est proposé de qualifier de chose commune : la biodiversité (v. rapport spécial *infra*), le domaine public informationnel (v. rapport spécial *infra*), le climat<sup>134</sup>, l'air et le patrimoine génétique<sup>135</sup>. Cependant, il ne nous a pas paru souhaitable de figer une liste de choses communes dans le Code civil, la qualification de chacune d'entre elles semblant plutôt relever de dispositions législatives particulières. Par exemple, la qualification positive du domaine commun informationnel en chose commune paraît relever du Code de la propriété intellectuelle.

## 2. Propositions de réformes

### 2.1. Garantir l'inappropriabilité de la chose commune<sup>136</sup>

Cette proposition a pour objet de rompre définitivement avec l'approche naturaliste des choses communes. Il s'agit de consacrer une approche normative des choses communes. Dans cette perspective, cette disposition permet d'instituer l'inappropriabilité des choses communes en tant que norme pleinement juridique. C'est un interdit d'appropriation qui est ici posé. Pourquoi poser un tel interdit ? Tout simplement afin de parer aux phénomènes de privatisation des choses communes à l'œuvre. Le domaine commun informationnel connaît, par exemple de multiples phénomènes d'enclosures : apposition de mesures techniques de protection sur les œuvres, droits d'auteur revendiqués sur de simples copies d'œuvres non protégées, dépôt d'un droit de marque pour maintenir une appropriation, etc. L'ensemble de ces phénomènes est décrit dans le rapport consacré au domaine commun informationnel<sup>137</sup>.

L'article 714-1 reconnaît la possible réservation fragmentaire dont certaines choses communes peuvent faire l'objet. Il serait donc toujours possible de déposer une marque sur une dimension d'une œuvre dans le domaine commun ou de s'approprier partiellement un fragment d'air ou d'eau. Néanmoins, cette appropriation partielle ne pourrait pas avoir pour effet d'accaparer la chose commune dans sa globalité. Ce texte cantonne ainsi les prélèvements dont la chose commune peut faire l'objet. Le prélèvement ne doit pas porter atteinte à la substance de la chose commune ou contrarier l'usage de tous. Par exemple, le prélèvement de spécimens d'une espèce protégée est illicite en ce qu'il porte atteinte à la substance de la chose. De même, si le dépôt de marque est tel que l'utilisation de l'œuvre du domaine public, notamment à des fins créatives, informationnelles ou culturelles, devient impossible, le prélèvement est illicite en ce qu'il entrave l'usage commun. Ce serait le cas par exemple du dépôt du nom et de l'image d'un personnage d'une œuvre littéraire ou visuelle, ou du titre de celle-ci pour des produits et services tels que « *édition, expositions, livres, productions audiovisuelles* ».

---

<sup>133</sup> V. par exemple, Cass. civ., 23 novembre 1858, DP 1859, 1, p. 18 : au visa de l'article 714 du Code civil, la Cour de cassation a énoncé que « *les cours d'eau non navigables ni flottables rentrent dans la classe des choses qui, aux termes de l'article 714 du C. Nap., n'appartiennent à personne et dont l'usage commun à tous est réglé par les lois de police* » CA Bordeaux, 8 mars 2000, R.J.E. 3-2002, p. 513, note J. SIRONNEAU : l'eau des cours d'eau non domaniaux est une « *chose commune et son usage est au bénéfice de tous* ».

<sup>134</sup> V. Sur ce point, les propositions de J. ROCHFELD, *Justice pour le climat. Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Odile Jacob, 2019, p. 80 et s.

<sup>135</sup> La qualification de chose commune du patrimoine génétique a pour objet de faire obstacle à la brevetabilité du vivant.

<sup>136</sup> V. *infra*, Annexe 1, n°5 - Propositions de réformes relatives à la chose commune.

<sup>137</sup> V. *infra*, M.-A. CHARDEAUX, Section 2.2, Rapport spécial : le domaine public informationnel comme chose commune.

Les sanctions à appliquer en cas de prélèvements excessifs sont précisées aux articles 714-4 et 714-5 du Code civil à créer.

## 2.2. Garantir l'usage commun<sup>138</sup>

Ces textes ont pour objet de garantir l'usage commun des choses communes. L'inclusivité<sup>139</sup> constitue la grande caractéristique de la chose commune en ce qui concerne la relation entre la chose et ses usagers. Elle marque chacune des prérogatives associées à cette notion. Les articles 714-2 à 714-4 proposés consacraient cette inclusivité.

En premier lieu, l'article 714-2 consacre une prérogative d'accès et d'usage des choses communes au bénéfice de chacun. Il s'agit par ce biais de faire émerger positivement la communauté des bénéficiaires des choses communes. Cependant, le groupe de travail n'est pas parvenu à s'accorder sur la nature juridique de la prérogative en cause. C'est pourquoi il est proposé de qualifier la prérogative, soit de « *privilege* », soit de « *droit* ». Les termes du débat sont les suivants : pour les uns, il conviendrait de s'affranchir de la notion de droit subjectif, en qualifiant la prérogative de *privilege*<sup>140</sup>. Pour les autres, au contraire, il conviendrait de s'inscrire dans une perspective subjective, en qualifiant la prérogative d'usage de droit réel ou éventuellement de droit rattaché à la personne<sup>141</sup>.

D'un côté, une partie de la doctrine propose une qualification de la prérogative d'usage qui permet de s'affranchir du droit subjectif<sup>142</sup>. Ainsi, selon cette doctrine, la prérogative d'usage des choses communes ne peut pas être qualifiée de droit réel, celui-ci étant un droit sur la chose d'autrui, c'est-à-dire sur une chose appartenant à autrui. Réfractaire à l'appropriation, la chose commune ne peut donc pas en toute logique faire l'objet d'un droit réel principal (usufruit ou servitude) ou d'un droit réel accessoire (gage ou hypothèque). La chose commune ne peut pas non plus faire l'objet d'une possession ou d'une détention précaire puisque l'une et l'autre présupposent que la chose qui en est l'objet soit appropriable. Plus fondamentalement, si la caractéristique dominante du droit subjectif est « *l'exclusivité (c'est-à-dire exclusion des autres) dont profite le titulaire dans un secteur déterminé* »<sup>143</sup>, la possibilité offerte à chacun de jouir des choses communes ne correspond pas à un droit subjectif, l'usage commun à tous postulant l'absence d'exclusion d'autrui<sup>144</sup>. Surtout, en réservant au sujet un domaine d'où les autres sont exclus, le droit subjectif est source d'inégalité. « *Cette inégalité est légitime : elle ne résulte pas de la force, mais du jeu des règles juridiques* »<sup>145</sup>. Dès lors, la faculté de jouir des choses communes étant attribuée d'une façon égalitaire à tous, elle ne peut donc pas constituer un droit subjectif<sup>146</sup>, à moins d'admettre dans notre droit une nouvelle figure juridique qui serait celle d'un droit subjectif « *inclusif* »<sup>147</sup>.

---

<sup>138</sup> V. *infra*, Annexe 1, n°5 - Propositions de réformes relatives à la chose commune.

<sup>139</sup> Sur les critères de l'inclusivité, v. *supra* Partie 1 et S. DUSOLLIER, "Inclusivity in intellectual property", in G. DINWOODIE (ed.), *Intellectual Property and General Legal Principles – Is IP a Lex Specialis ?*, Edward Elgar, 2015, pp. 101-118 : l'inclusivité implique, d'une part, une absence de pouvoir d'exclusion et, d'autre part, un usage collectif. *Adde*, S. DUSOLLIER et J. ROCHFELD, « Propriété inclusive ou inclusivité », in *Dictionnaire des biens communs*, M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.) PUF, 2017, p. 983.

<sup>140</sup> V. *infra* Section 2.2 - Le domaine commun informationnel comme chose commune.

<sup>141</sup> V. *infra* Section 2.1. - La biodiversité comme chose commune.

<sup>142</sup> En ce sens, M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.*, n° 390, p. 402.

<sup>143</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1994, n° 199, p. 151.

<sup>144</sup> R.-J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, T. I, Paris, chez Debures père, 1772, n° 16 p. 17 : « propre et commun sont deux choses contradictoires ».

<sup>145</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 200, p. 151.

<sup>146</sup> M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.* n° 66, p. 330.

<sup>147</sup> S. DUSOLLIER, "Inclusivity in intellectual property", *op. cit.*, p. 117.

Force est d'admettre qu'il existe des prérogatives juridiques qui ne sont pas des droits<sup>148</sup>. Il est proposé<sup>149</sup> de qualifier la prérogative d'usage des choses communes de « *privilege* », tel que défini par Wesley Newcomb Hohfeld<sup>150</sup>. Dans la typologie des prérogatives juridiques que ce juriste américain établit au début du XX<sup>e</sup> siècle, un *privilege* est une prérogative qui permet à son titulaire certaines actions, sans pour autant lui donner le droit d'exclure autrui. À l'inverse d'un droit, le *privilege* n'a pas en effet pour corrélatif l'existence d'une obligation (*duty* dans la typologie d'Hohfeld) dans le chef d'autrui<sup>151</sup>. En revanche, le corrélatif d'un *privilege* est l'absence de droit pour autrui<sup>152</sup>.

D'un autre côté, pour une autre partie de la doctrine, la prérogative d'usage des choses communes peut être constitutive d'un droit subjectif personnel ou réel<sup>153</sup>. Le fait que ce droit d'usage soit commun selon l'article 714 du Code civil préfigurerait dans notre droit cette nouvelle figure juridique d'un droit subjectif « inclusif »<sup>154</sup>. Il peut constituer un droit réel autonome, distinct du droit d'usage démembré du droit de propriété ou de l'usufruit du livre 2 du Code civil<sup>155</sup>. Ce droit réel ne doit alors pas être considéré comme un démembrement du droit de propriété, la chose commune n'ayant pas de propriétaire, mais comme un droit réel autonome<sup>156</sup> qui impose aux usagers une obligation de conservation et de bon état de fonctionnement de la chose. Si classiquement, c'est au propriétaire ou nu-propriétaire à qui revient la conservation (ou non) de la chose, celui-ci ayant le droit de disposer de la chose et de la détruire. En ce qui concerne les choses communes, le droit d'usage n'étant pas détaché d'un droit de propriété, cette répartition n'a pas lieu d'être et il est logique que l'obligation de conservation pèse sur les titulaires du seul droit réel existant sur la chose commune. Pour permettre la préservation de la chose objet de droit et le droit d'usage d'autrui subséquent, chaque usager doit non seulement ne pas dégrader la chose, mais également prendre toutes les mesures qui permettront aux co-usagers ou futurs usagers de jouir de la chose commune dans toute son intégrité<sup>157</sup>.

En deuxième lieu, l'article 714-3 du Code civil précise les modalités de l'usage commun des choses communes : il est égal, libre et gratuit<sup>158</sup>.

- égal : nul ne peut être exclu de l'usage de la chose commune ;
- libre : il n'y a pas d'autorisation à demander ;
- gratuit : il n'est pas subordonné au paiement d'une redevance.

---

<sup>148</sup> A rapp. F. OST, « Transpropriation », in *Dictionnaire des biens communs*, M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), PUF, 2017, p. 1175.

<sup>149</sup> V. *infra* Section 2.3 - Le domaine commun informationnel comme chose commune.

<sup>150</sup> W. N. HOHFELD, "Some fundamental Legal conceptions as Applied in Judicial Resasoning", *Yale L.J.* 23 (1913), p. 16-59. V. sur la pensée de Hohfeld, F. GIRARD, « Hohfeld (Wesley Newcomb) », in *Dictionnaire des biens communs*, M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), PUF, 2017, p. 624. *Adde*, F. ORSI, « Réhabiliter la propriété comme Bundle of Rights : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *Revue internationale de droit économique*, 2014/3 t. XXVIII, pp. 371 à 385.

<sup>151</sup> Pour une analyse très claire de la typologie d'Hohfeld, v. P. SCHLAG, "How to do things with Hohfeld", 78 *Law And Contemp. Probs.* 185 (2015).

<sup>152</sup> V. HOHFELD, *op. cit.*, p. 32-33 : « As indicated in the above scheme of jural relations, a privilege is the opposite of a duty, and the correlative of a "no-right." In the example last put, whereas X has a right or claim that Y, the other man, should stay off the land, he himself has the privilege of entering on the land; or, in equivalent words, X does not have a duty to stay off (...) Passing now to the question of "correlatives," it will be remembered, of course, that a duty is the invariable correlative legal relation which is most properly called a right or claim. (...) Thus, the correlative of X's that Y shall not enter on the land is Y's duty not to enter; the correlative of X's privilege of entering himself is manifestly Y's "no-right" that X shall not enter. »

<sup>153</sup> En ce sens, M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, *infra* La biodiversité comme chose commune (Régime spécial).

<sup>154</sup> S. DUSOLLIER, "Inclusivity in intellectual property", *op. cit.*, p. 117.

<sup>155</sup> En ce sens, M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, Dossier : L'actualité des communs, 2018.81 Bruxelles, p. 297 à 331 ; *infra* La biodiversité comme chose commune (Régime spécial).

<sup>156</sup> F. GIRARD, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux. Repenser la propriété à partir du bundle of rights », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 6-2016, 185-236.

<sup>157</sup> En ce sens, M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, *ibid.*

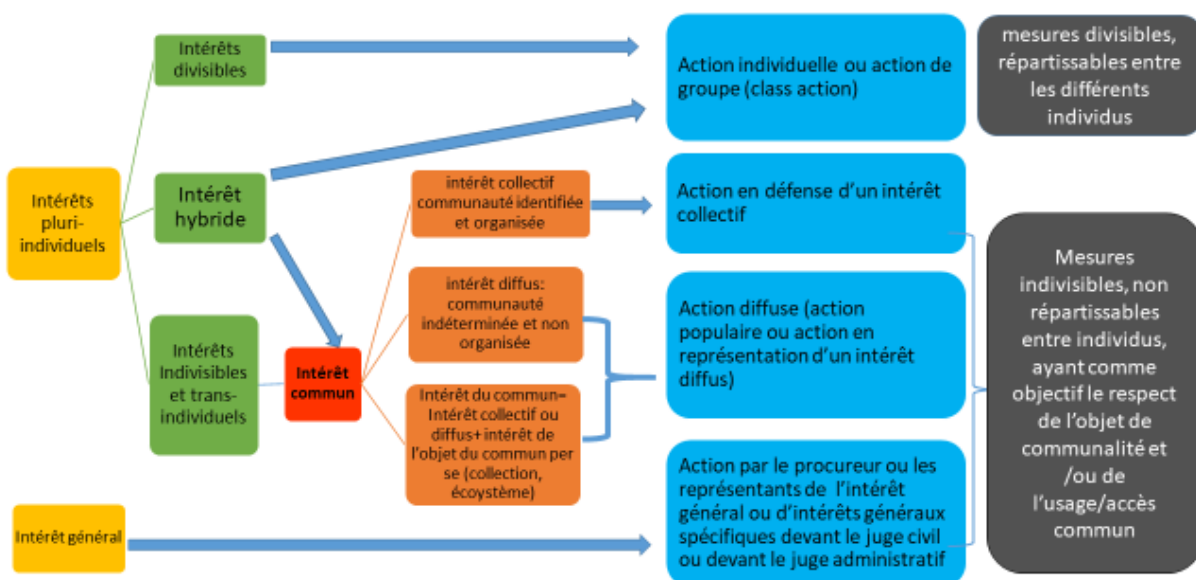
<sup>158</sup> Sur l'usage libre, égal et gratuit des choses communes, v. M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.*, n° 281, p. 313 et.

Cependant, afin d'organiser au mieux cet usage commun, il est apparu nécessaire de le borner. C'est pourquoi afin de préserver la chose et, partant, la permanence de l'usage commun, la jouissance individuelle de la chose doit être doublement limitée :

- l'usage de l'un ne doit pas porter atteinte à l'usage des autres ;
- l'usage de chacun ne doit pas porter atteinte à l'intégrité de la ressource.

En dernier lieu et sur cette pente, l'article 714-4 du Code civil consacre une action en revendication d'accès à la chose commune ou en rétablissement d'usage commun. Cette action en justice est particulière dans ses objectifs : elle vise non seulement à défendre l'usage individuel d'un usager particulier (alinéa 1<sup>er</sup>), mais à défendre l'usage commun de tous (alinéa 2)<sup>159</sup>. Au regard de la typologie des intérêts développés dans le rapport spécial qui suivra<sup>160</sup>, l'usage commun compose un intérêt commun, intérêt qui peut être défini comme « l'ensemble des intérêts transindividuels indivisibles partagés par une communauté soit de iure soit facto »<sup>161</sup>. La notion d'intérêt commun, on le rappelle, ne doit pas être confondue avec la notion d'intérêt de groupe (intérêts divisibles) ou d'intérêt général. Le schéma ci-dessous permet de saisir immédiatement les propositions terminologiques opérées, ainsi que les conséquences procédurales qui en découlent :

### Proposition de classification des intérêts et actions en défense



Le schéma permet également d'être plus précis dans la caractérisation de cet intérêt commun attaché à la chose commune. La chose commune est d'abord porteuse d'un *intérêt diffus*, en ce qu'elle concerne une communauté indéterminée et non organisée. Dans ce cas, l'action « diffuse » pourra défendre à la fois les intérêts de la communauté diffuse, les intérêts liés à l'usage commun, et parfois et au-delà les intérêts de la chose elle-même<sup>162</sup>. Mais l'action en revendication d'usage commun peut intégrer également des intérêts divisibles (intérêts individuels) pouvant donner lieu à des mesures répartissables entre les différents individus, en plus des intérêts transindividuels indivisibles. Il s'agira alors d'un intérêt hybride en ce qu'il est composé d'un intérêt diffus et d'une pluralité d'intérêt individuels. Dans cette configuration, il sera possible d'agir soit par une action de groupe (en cas de pluralité d'atteinte à des

<sup>159</sup> V. *infra* Titre 2 - Les prérogatives de communalité - Les intérêts à reconnaître.

<sup>160</sup> V. *Infra* Titre 2 - Les prérogatives de communalité - Les intérêts à reconnaître.

<sup>161</sup> V. *infra, Ibid.*

<sup>162</sup> J. ROCHFELD, art. préc. p. 179.

intérêts individuels) soit *via* une action diffuse. Si l'action exercée est une action de groupe, le résultat de l'action bénéficie aux demandeurs ; si l'action exercée est une action diffuse, le résultat de l'action bénéficie à la chose ou à la communauté dans son ensemble (intérêt diffus).

Précisément, dans quelles hypothèses une telle action serait ouverte ? Toutes les fois que l'usage est commun partiellement ou totalement contrarié. Par exemple, lorsque des riverains d'un cours d'eau non domanial feraient obstacle à la circulation de bateaux sur un tel cours d'eau. De même, lorsque le dépôt de marque sur une œuvre du domaine commun à un spectre tellement large qu'il empêcherait complètement l'usage commun. Plus généralement, elle permettrait de sanctionner les revendications abusives de droits exclusifs sur le domaine commun informationnel ou *copyfraud*, telles les demandes de licences et de rémunérations pour usage d'une œuvre qu'aucun droit d'auteur ou droit voisin ne protège ou les appositions abusives de notices de droit d'auteur sur des copies de telles œuvres. En somme, l'action de l'article 714-4 a pour objet d'assurer l'effectivité de l'usage commun et, par là même, d'interdire les revendications indues de droit exclusif sur la chose commune.

Cet accès à la chose commune devra se concilier avec les droits et intérêts en présence. Par exemple, l'accès à un cours d'eau non domanial ne devra pas porter une atteinte excessive au droit de propriété des riverains sur leur fonds. De même lorsqu'un usager agirait en justice pour obtenir la mise à disposition d'une œuvre dans le domaine commun refusée par le propriétaire du support, devront être conciliés les intérêts du propriétaire et ceux de l'usager du domaine commun informationnel. Mais cet arbitrage des intérêts en présence ne nous semble pas être du ressort de la loi, mais plutôt relever de l'office du juge. Comme l'a démontré Judith Rochfeld, le modèle permettant d'arbitrer entre les usages permis et les usages interdits pourrait être celui qui se déploie en droit administratif à l'endroit du domaine public<sup>163</sup>. On sait que le juge administratif doit arbitrer entre la vocation du domaine public à être affecté à l'usage de tous et les occupations privatives du domaine public soumises par exception à autorisation et au paiement d'une redevance. Il lui incombe donc de rechercher, au cas par cas, si l'occupation ou l'utilisation qui est faite du domaine public constitue ou non une occupation ou un usage privatif et si ce dernier entrave par trop les usages des autres. Ce modèle d'arbitrage pourrait être mobilisé en matière de revendication d'usage commun. Pour déterminer si l'usage de l'un obère celui des autres, le juge aurait à rechercher si l'usage fait de la chose commune s'analyse ou non en une soustraction à l'usage commun. Le juge procéderait ainsi, le cas échéant, à une articulation entre les différents intérêts en présence.

### 2.3. Protéger la chose commune

L'article 714-5 du Code civil reconnaît un devoir de conservation des choses communes à la charge de l'État et de toute personne (sujets passifs), au bénéfice de tous (sujets actifs). C'est le caractère commun de l'usage qui fait naître cette obligation<sup>164</sup>. Pour les choses communes rivales, cette obligation s'entend d'un devoir de ne pas porter atteinte à la substance de la chose commune : la chose ne doit pas être altérée, dégradée, abîmée dans sa substance. La Charte de l'environnement fait écho à ce devoir de conservation en proclamant, dans son article 2, que « *Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* ». Bien davantage, le Conseil constitutionnel a retenu, en se fondant sur les deux premiers articles de cette Charte, que « *chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité* »<sup>165</sup>. De manière plus prospective, ce devoir de conservation pourrait se recommander du projet de Pacte mondial pour l'environnement : il propose

---

<sup>163</sup> En ce sens, J. ROCHFELD, « Chose commune (approche juridique) », in *Dictionnaire des biens communs*, M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), PUF, 2017, p. 176, spéc. p. 181.

<sup>164</sup> Sur l'obligation de conservation des choses communes, v. M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.*, p. 343 et s. ; B. JADOT, article précité ; M.-P. CAMPROUX-DUFFRENE, « Les communs naturels comme expression de la solidarité écologique », RJE 4/2020, pp. 689-713.

<sup>165</sup> Conseil constit., Décision n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011.

d'imposer aux États et à toutes personnes physiques ou morales le « *devoir de prendre soin de l'environnement* » et précise que « *chacun contribue à son niveau à la conservation, à la protection et au rétablissement de l'intégrité de l'écosystème de la Terre* ».

Pour les choses communes non rivales, ce devoir de conservation ne peut pas être saisi exactement dans ces termes, mais il n'est pas inutile pour autant. Il s'agit, par exemple, d'éviter la dénaturation d'une information – environnementale par exemple – ou d'une œuvre dans le domaine commun, ce qui peut être l'objectif du droit moral qui reste perpétuel.

Afin de donner son plein effet à cette obligation de conservation, l'article 714-5, alinéa 2, introduit une action en manquement à l'obligation de conservation de la chose commune, afin de sanctionner sa méconnaissance.

Quant à l'intérêt à agir, l'intérêt est *diffus*, en ce qu'il concerne une communauté indéterminée et non organisée. L'intérêt peut être également *un intérêt du commun* en ce qu'il est à la fois un intérêt diffus et intérêt de la chose<sup>166</sup>. L'action est donc une action diffuse.

Quant à son objet, l'action de l'article 714-5 permettrait **d'agir en réparation du dommage causé à la chose commune**. La réparation en nature s'imposerait alors, sur le modèle de la réparation du préjudice écologique (article 1249 du Code civil). Si elle devait prendre la forme indemnitaire, les dommages et intérêts devaient être affectés à la reconstitution de la chose commune.

Cette action pourrait être exercée en cas de menace ou de dommage avéré. La législation québécoise reconnaît déjà ce type d'action : elle prévoit sous l'article 713 (équivalent de notre article 714) qu'une action en réparation des faits, fautes, actes illégaux qui causeraient des dommages aux ressources en eau, est possible « *notamment par altération de leurs propriétés physiques, chimiques ou biologiques, de leurs fonctions écologiques ou de leur état quantitatif* »<sup>167</sup>. Le lien doit alors être fait avec l'action en réparation du préjudice écologique, sanctionnant les atteintes non négligeables aux éléments ou fonctions des écosystèmes, introduite récemment dans le Code civil. Il y est prévu la possibilité pour le juge non seulement d'attribuer une réparation (article 1249 du Code civil, mais également de prescrire des mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage (article 1252 du Code civil)<sup>168</sup>.

Elle pourrait encore servir de fondement à l'annulation par le juge administratif, dans le cadre d'un **recours pour excès de pouvoir**, d'un acte administratif méconnaissant le devoir de conservation des choses communes.

Elle permettrait enfin de fonder une **action en responsabilité de l'État en cas d'atteinte ou risque d'atteinte à la substance de la chose commune**, sur le modèle de l'affaire *Urgenda*, dans laquelle la Cour suprême néerlandaise a fait droit à la demande de citoyens demandant que l'État réduise de 25% les émissions de gaz à effet de serre d'ici 2020 par rapport au niveau de 1990<sup>169</sup>.

La figure de la chose commune est aujourd'hui principalement sollicitée en matière d'environnement et de propriété intellectuelle. En droit de l'environnement, des voix se font entendre pour reconnaître le statut de chose commune à la biodiversité. En matière de propriété intellectuelle, plusieurs projets ou propositions de loi ont suggéré de consacrer le domaine public de la propriété intellectuelle – appelé domaine commun informationnel – comme chose commune. Il convient donc d'examiner tour à tour la biodiversité et le domaine commun informationnel.

---

<sup>166</sup> V. *infra*, Titre 2 - Les prérogatives de la communalité - Les intérêts à reconnaître.

<sup>167</sup> J. ROCHFELD, art. préc., p. 181.

<sup>168</sup> V. *infra* Section 2.1, La biodiversité comme chose commune (Régime spécial).

<sup>169</sup> C. suprême néerlandaise, 20 déc. 2020.



## Section 2.1. La biodiversité comme chose commune<sup>170</sup>

Les développements qui suivent, de droit prospectif, analysent la biodiversité au prisme de cette qualification de chose commune (§1) et du régime juridique proposé (§2). Dans le prolongement de ces analyses, ils proposent également d'élaborer une théorie des communs naturels<sup>171</sup> ainsi qu'une classification, distinguant les communs naturels universels et les communs naturels territorialisés (§3). Le tout tendra à faire ressortir l'intérêt en commun ou du commun qui s'y attache et la façon de le protéger en justice, en se référant particulièrement à la récente action en réparation du préjudice écologique.

### §1. La qualification de la biodiversité comme chose commune

Le droit est un construit social<sup>172</sup>, il n'est donc pas immuable et doit répondre aux besoins de l'homme pour en assurer la survie<sup>173</sup>. Or il est acté aujourd'hui qu'avec les dérèglements climatiques et l'effondrement de la biodiversité le rapport humains-non humains doit évoluer et le droit doit participer à ces changements de paradigme. En témoigne le titre du colloque annuel de la Société française pour le Droit de l'Environnement des 9, 10 et 11 juin 2021, à savoir « les urgence(s) écologiques : quelles urgence(s) pour le droit ? »

#### 1. La définition de la biodiversité

Depuis la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, la biodiversité est définie dans le Code de l'environnement, à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement :

« I- Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage.

Les processus biologiques, les sols et la géodiversité concourent à la constitution de ce patrimoine.

On entend par biodiversité, ou diversité biologique, la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants.

II. - Leur connaissance, leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état, leur gestion, la préservation de leur capacité à évoluer et la sauvegarde des services qu'ils fournissent sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. »

D'une part, cette définition cible les organismes vivants et les écosystèmes dont ils font partie. Il est également question des espèces. Sont donc concernés comme éléments naturels, le vivant ; les espèces

---

<sup>170</sup> Rédactrice : Marie-Pierre CAMPROUX-DUFFRENE.

<sup>171</sup> M.-P. CAMPROUX-DUFFRENE, « Les communs naturels comme expression de la solidarité écologique », RJE 4/2020, p. 689 à 713.

<sup>172</sup> Intervention de M. CORNU, « Exposer la pluralité de sens : un dictionnaire des communs », séminaire organisé par D. Misonne sur « Actualités des communs en droit de l'environnement et de la culture, 28 novembre 2017, CEDRE, Université Saint Louis, Bruxelles.

<sup>173</sup> S. GUTWIRTH et I. STENGERS, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des *commons* », RJE 1/2016, p. 306 à 343.



de faune et de flore, les autres organismes vivants, mais également les éléments non vivants ; l'eau, l'air le sol qui forment le milieu abiotique nécessaire à leur survie. Il faut ajouter à ces éléments vivants et non vivants les interactions entre ces différents éléments. Ces différents éléments et leurs interactions forment des écosystèmes et complexes écologiques également mentionnés dans la définition.

Donc, la biodiversité, même si elle cible avant tout le vivant et la diversité des espèces, intègre également la diversité des écosystèmes. Dans cette mesure et à juste titre les organismes vivants ne pouvant survivre que dans un écosystème et dépendant de composants abiotiques, cette définition de la biodiversité se révèle réaliste, mais associe très étroitement le vivant ou non vivant.

D'autre part, cette définition comprend : la variabilité et la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants :

- Cette diversité est appliquée aux espèces et aux écosystèmes qui sont des entités regroupant des individus de la diversité à la fois dans chaque espèce, des différentes espèces, des différents écosystèmes et de leur association pour former des complexes écologiques.
- Les interactions entre les différents organismes vivants (fonctions écologiques et participations aux équilibres biologiques).
- Cette diversité est associée à la variabilité des organismes vivants, des écosystèmes et des complexes écologiques.
- La variabilité ne renvoie pas à des éléments statiques à un moment T, mais à une complexité faite de variabilité et de mouvement, d'évolution permanente, à une dynamique de trajectoires. L'écosystème ou l'espèce doit garder sa faculté d'adaptation au milieu, sa capacité de résilience aux perturbations.

On comprend dès lors que cette définition renvoie non seulement à un ensemble d'éléments ainsi qu'à leurs interactions, mais également à une réalité biologique dynamique qui consiste dans le fait que ces systèmes écologiques et ces éléments qui composent la biodiversité ne sont pas statiques et sont associés à des processus écologiques dans un mouvement permanent et de rapports de rétroaction. Diversité et variabilité sont des caractères intrinsèques des composants de cette biodiversité.

La biodiversité n'est-elle qu'un concept abstrait ou une réalité biologique dont le droit peut se saisir en tant qu'entité ? Nous ne répondrons pas directement à cette question. En revanche nous allons tenter de voir, dans un premier temps, si cette biodiversité définit comme un ensemble et faisant partie du patrimoine commun de l'humanité comme il est mentionné à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 110-1 I peut être qualifiée de chose commune. Nous le tenterons également à l'égard des écosystèmes, en raison du fait que ces derniers ont une réalité plus tangible et qu'il concentre l'attention du Code civil et de son article 1247 définissant le préjudice écologique<sup>174</sup>.

## 2. La chose commune

Sans reprendre l'ensemble des développements antérieurement menés, on rappellera seulement que la chose commune trouve son origine en droit romain et a été l'objet d'une écriture législative avec la loi 1803-04-19 promulguée le 29 avril 1803 qui a ensuite été insérée dans le Code civil de 1804 à l'article 714 du Code civil demeuré inchangé depuis lors.

---

<sup>174</sup> M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Les communs naturels comme expression de la solidarité écologique, RJE 4/2020, p. 689 à 713.

L'article 714 du Code civil énonce alors qu'« Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous.

Des lois de police règlent la manière d'en jouir. »

La place de cet article traitant de la chose commune dans le Code civil est particulièrement éclairante. Il prend place dans le préambule du livre 3 du Code civil intitulé « Des différentes manières dont on acquiert la propriété » et parmi les dispositions qui présentent les éléments qui ne sont pas, plus ou pas encore appropriés donc hors de la propriété (les choses communes, avec les choses non encore appropriées : les choses sans maître ou les trésors)<sup>175</sup>.

La chose commune est une chose qui n'est pas susceptible d'appropriation, mais qui, dans la sphère juridique, est l'objet d'un droit spécifique, un droit d'usage commun. De ce droit d'usage commun peut être déduite une obligation de conservation. Cela dit, les développements justifiant l'existence d'un droit à la conservation du patrimoine commun<sup>176</sup> pourraient être transposés et traduits en un droit de conservation des co-usagers de la chose commune. Cet usage commun et cette conservation devraient pouvoir faire l'objet d'une action en justice en cas de manquement. En ce sens et c'est tout l'intérêt de cette qualification, la chose commune obéit à un régime juridique tout à fait spécifique et distinct de celui de la chose appropriée.

Dans le domaine de l'environnement, sont qualifiés de chose commune : l'eau courante, l'air et nous y ajoutons la biodiversité et les écosystèmes.

### 3. La chose commune-biodiversité

Selon François Ost, le monde des communs est un monde relationnel, l'accent n'est pas mis sur le sujet ou sur l'objet de droit, mais sur la relation<sup>177</sup>. Or dans le domaine de l'environnement naturel, la relation entre la biodiversité et l'homme est particulière. En effet, le lien entre la biodiversité définie comme précédemment et l'humain est fait d'interdépendances et de solidarités<sup>178</sup> et met à mal l'idée que l'homme peut maîtriser la nature et l'assujettir :

- Ce lien est divers, il n'est pas seulement spatial ou géographique ou encore purement biologique, il est aussi, spirituel, culturel, cultuel<sup>179</sup>...

- L'homme et son environnement naturel (écosystème planétaire, biodiversité) sont en communauté de destin<sup>180</sup>. Leurs sorts sont liés. Ce lien est d'ordre vital. Les atteintes irréversibles à la chose commune portées par certaines activités humaines sont dès lors gravissimes pour la chose commune, pour les hommes, l'humanité, étant donné leur lien et doivent être sanctionnées comme telles par le droit.

- Si l'on pense la biodiversité comme une chose commune, il faut alors aussi prendre en compte la dualité des liens qui existent. D'une part si la chose commune-biodiversité est une chose qui n'appartient à personne (ce que personne ne remet en question), son usage est commun à tous c'est-à-dire (aujourd'hui) à tous les humains. Il y'a donc une relation directe entre la chose et les sujets de droit. Et d'autre part, cette relation homme-biodiversité se double d'un lien entre les

---

<sup>175</sup> Selon J. ROCHFELD, « Chose commune (approche juridique) », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire sur les biens communs* PUF 2017, p. 177.

<sup>176</sup> V. *supra*, Partie 2, Titre 1, Section 1 - Proposition de réformes relatives aux qualifications de la communalité - Le patrimoine commun.

<sup>177</sup> F. OST, « Du commun à la personnalité juridique accordée à la nature » in séminaire organisé par D. Misonne sur « Actualités des communs en droit de l'environnement et de la culture, 28 novembre 2017, CEDRE, Université Saint Louis, Bruxelles.

<sup>178</sup> V. Dossier spécial de la RJE 4/2020 sur les solidarités écologiques, dirigé par A. MICHELOT, à paraître.

<sup>179</sup> R. LAFARGUE, « Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. Droit au cadre naturel et réalités socioculturelles : interdépendances et interdisciplinarité », *Droit et société*, 2010/1, n° 74, p. 151-169.

<sup>180</sup> R. MATHEVET, *La solidarité écologique, ce lien qui nous oblige*, Actes Sud 2012, p. 88.

différents hommes présents et futurs qui font ou vont faire un usage commun, partagé de la chose commune (en tant que nous le verrons co-usagers de la chose commune).

- Il est également intéressant et perturbant pour certains d'ajouter que, lorsqu'il est question d'organismes vivants et d'espèces, l'humain peut être concerné et faire partie de cette biodiversité en tant qu'organisme vivant et qu'espèce animale. Il peut dans cette conception être réfléchi de passer de la chose commune au « commun » en tant qu'un vivre ensemble<sup>181</sup>.

## §2. Le régime juridique de la chose commune-biodiversité

La définition de la chose commune donnée par le Code civil n'existe qu'à travers le régime juridique applicable. Si ce régime ne semble pas efficace aujourd'hui, il peut cependant expliquer certaines catégories déjà fonctionnelles, comme la distinction de traitement juridique entre des espèces protégées et les espèces dites ordinaires. Le passage de l'ombre à la lumière de cette qualification qu'est la chose commune, ainsi que son application à la biodiversité, pourraient permettre de mieux articuler juridiquement la relation homme-biodiversité. Il faut donc préciser ce régime juridique issu de l'article 714 du Code civil ou plus exactement proposer sa nouvelle lecture (v. *supra*), appliquée à la biodiversité.

### 1. Une chose inappropriable et d'usage commun

Comme précédemment souligné, la caractéristique première de la chose commune est son inappropriabilité. La chose commune n'est pas la propriété de tous, ni objet d'une propriété collective comme cela a pu être souvent écrit. Bien au contraire, l'homme ne peut pas être propriétaire ou copropriétaire de la chose, il ne peut avoir qu'un usage sur la chose commune. Il ne détient dès lors qu'un pouvoir réduit sur la chose, un usage de la chose, qu'il partage avec autrui de surcroît.

Cette construction fait écho aux propos d'Émile Durkheim puisque si la propriété permet le retrait d'un bien de l'usage commun, alors il est possible de dire qu'en cas d'inappropriation de la chose, celle-ci est logiquement soumise à l'usage commun<sup>182</sup>. C'est ce qu'exprime l'article 714 du Code civil : *Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous.*

**Un droit spécifique sur une chose spécifique.** La chose commune est inappropriée et inappropriable, elle se distingue des *res nullius* inappropriées mais appropriables et des biens appropriés<sup>183</sup>. Ce faisant, le Code civil a dit l'inappropriable.

Appliquer la qualification de chose commune à la biodiversité permet de traduire la nature essentielle de la biodiversité et le lien de dépendance entre l'homme et la biodiversité. En effet, il est besoin de rappeler dans notre société de consommation, urbaine, déconnectée de notre naturalité et à l'heure de l'effondrement de la biodiversité démontrée dans le rapport de l'Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services (IPBES), que la biodiversité, cette chose commune à tous, est à la fois vitale pour l'homme et dépendante de lui, que l'espèce humaine et la biodiversité sont en communauté de destin et que ce destin dépend très fortement des générations présentes. D'où l'importance de travailler juridiquement sur ce lien juridique entre homme et biodiversité.

**Un lien spécifique doublement restreignant de l'emprise de l'humain.** Le droit s'il exclut le lien d'appropriation pour la chose commune, n'a pas exclu cette chose du droit et d'une relation juridique

<sup>181</sup> P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI<sup>e</sup> siècle*, la découverte, 2014, p. 283.

<sup>182</sup> E. DURKHEIM, *Leçons de sociologie*, PUF, Quadrige, 2<sup>e</sup> éd. 1995, p. 171 et p. 172.

<sup>183</sup> S. VANUXEM, V<sup>o</sup> « Chose » in *Dictionnaires des biens communs, op. cit.*, p. 1174.

avec l'homme. Selon l'article 714, cette relation entre l'homme et la chose commune n'est pas une relation d'appropriation, mais d'usage commun. Ce lien est double<sup>184</sup> :

Il se traduit par un **simple usage** : au regard de l'article 714 du Code civil, l'homme est un usager de la chose commune-biodiversité. Un usager est distinct d'un propriétaire. Il dispose d'un pouvoir limité sur la chose par rapport au droit d'un propriétaire qui a un droit exclusif (personnel) et absolu (additionnant l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*).

Le titulaire du droit d'usage n'a pas l'*abusus* c'est-à-dire le droit de disposer et d'aliéner la chose, de la dégrader ou de la polluer, ce qui revient à en disposer.

En tant qu'usager, il a un droit de jouir de la chose pour ses besoins vitaux dans une limite raisonnable. Il faut noter que son droit de prélèvement en tant qu'usager est limité aux fruits (renouvelables et sans répercussion sur le bon fonctionnement de la chose) qui deviennent la propriété de l'usager, à l'exclusion des produits qui entament, ou dont le prélèvement porte atteinte à la substance de la chose dont il ne dispose pas (ex : spécimens d'une espèce rare).

Il peut être de nature réelle, car l'homme a un lien direct avec la chose commune (la chose commune étant une chose et non une personne) bien que d'ordre non patrimonial (sans valeur monétaire). À ce titre, ce lien d'usage de l'article 714 ne doit être considéré ni comme un démembrement *sui generis* du droit de propriété, ni comme un usufruit, la chose commune n'ayant pas de propriétaire. Il peut être considéré comme un droit réel autonome et donc perpétuel, un droit de jouissance spécial<sup>185</sup> réduit au regard du droit de propriété à finalité de protection de l'objet de ce droit.

Il peut être également un droit rattaché à la personne dans le sens où l'homme dépend de la biodiversité, un droit vital donc fondamental. Selon Benoît Jadot, « *Priver quelqu'un de la jouissance des choses communes c'est le priver de ce qui est indispensable à la vie* »<sup>186</sup>. Il faudrait donc le qualifier de droit fondamental qu'il soit finalement qualifié de droit réel fondamental ou de droit personnel fondamental. L'usager ne doit pas pouvoir renoncer à ou céder ce droit et celui-ci doit être opposable à tous, ce qui lui permet l'accès à la chose et de pouvoir en tirer les utilités nécessaires à son existence, c'est un droit à la non-exclusion (bien différent du droit de propriété qui réserve l'usage et exclu l'accès)<sup>187</sup>.

Il se traduit par un **usage commun** : l'*usage commun à tous* renvoie *a priori* à la communauté humaine. L'homme est donc co-usager de la biodiversité.

Ce droit d'usage commun ajoute au droit individuel d'usage, une approche communaliste, puisque cet usage doit être également partagé avec tous les autres<sup>188</sup>.

Ce droit n'est pas exclusif ou partagé par quelques-uns, il s'agit d'un usage commun à tous (humanité) ce qui nécessite un accès pour tous à la chose et donc un partage de cet usage. Ce n'est pas une répartition de la chose entre les humains comme on partagerait les parts d'un gâteau, mais bien un partage de l'usage d'une chose qu'il ne faut pas dégrader. Ce droit peut être variable en fonction des besoins de chacun, mais également de ceux des autres. Ce droit d'usage est un droit qui prend en compte l'autre, il peut être limité par celui des autres.

Ce droit d'usage commun est<sup>189</sup> :

---

<sup>184</sup> Nous qualifierons pour l'instant ce lien entre l'homme et la chose commune qu'est l'usage commun de droit d'usage commun pour faciliter l'explicitation de la construction juridique. Mais il est certain qu'une réflexion doit être menée sur la nature exacte de ce lien.

<sup>185</sup> F. GIRARD, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux Repenser la propriété à partir du bundle of rights », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 6 | 2016, 185-236. Il faudra à un moment ou à un autre que soit discutée la possibilité de créer des droits réels démembrés suffisamment longs (au-delà donc du terme trentenaire ou quasi séculaire qui paraît souvent s'imposer aux esprits) pour assurer une protection effective de l'environnement. Et W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 132.

<sup>186</sup> B. JADOT, « L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous », in *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?* (dir. F. OST et S. GUTWIRTH), Publ. Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1996, p. 56.

<sup>187</sup> F. GIRARD, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux Repenser la propriété à partir du bundle of rights », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 6 | 2016, 185-236.

<sup>188</sup> E. LEROY, « Sous les pavés du monologisme juridique la plage des communs et de néo communautés », in (dir. B. PARANCE et J. de SAINT VICTOR) *Repenser les biens communs*, CNRS éd. 2014, p. 27.

- transindividuel (non exclusif) ;
- indivisible (insusceptible de faire l'objet d'une répartition entre les individus) ;
- trans-générationnel, ce droit commun de bénéficiaire de l'usage de cette chose vitale intègre le droit des générations futures, la chose commune doit pouvoir être transmise à ces dernières ;
- et donc perpétuel au regard de la communauté humaine.

Ce droit, parce qu'il est partagé, limite encore le pouvoir de l'homme sur cette chose<sup>190</sup>. En effet, « parce qu'elle est commune, une ressource ne peut supporter que des droits d'usage qui ne l'épuisent pas et laissent intact le droit d'usage d'autrui »<sup>191</sup>.

Cette limitation a pour fondements de mieux protéger la chose commune vitale de l'homme prédateur et de permettre à l'humanité d'en faire un usage pérenne. Plus la chose est dégradée, plus le droit d'usage se réduit et l'obligation de conservation est prégnante.

En effet, ce droit d'usage est aussi, d'autant plus qu'il est commun, un droit donnant naissance à des obligations entre les personnes. En effet, la conséquence directe de l'existence de ce droit d'usage commun est celle d'une obligation de conservation de la chose.

## 2. Une obligation de conservation, contrepartie du droit d'usage commun

Cette obligation de conservation est la contrepartie de ce droit d'usage commun ou en corrélation parfaite, l'usage ne pouvant exister sans conservation de la chose.

Le fait que cette obligation ne soit qu'implicite et ne soit pas mise en exergue en 1803 s'explique aisément en matière environnementale par le fait qu'à l'époque, au vu du bon état de l'environnement naturel et de l'abondance du vivant, la perte de biodiversité n'était pas envisageable. Or cette obligation apparaît fondamentale aujourd'hui au regard de l'urgence écologique. C'est pourquoi il est important qu'elle soit mentionnée expressément à l'article 714-5 du Code civil comme proposé dans le rapport général sur la chose commune.

L'effectivité d'un droit d'usage sur la chose commune-biodiversité est conditionnée à l'absence de perte de substance et de fonctionnalité de celle-ci. Et pour que chacun puisse en jouir, il faut selon Benoît Jadot la conserver. Ce droit implique donc une obligation portant sur la chose et à l'égard des co-usagers. À ce propos, Pierre Dardot et Christian Laval écrivent que « la coobligation des "hommes du commun" est celle qui leur impose d'user de cet inappropriable de manière à le préserver et à le transmettre »<sup>192</sup>.

Ainsi, l'usager (qui, en fait, jouit) de la chose commune est tenu d'une obligation bien plus conséquente que l'usufruitier qui n'a pas à assurer la pérennité du bien objet de l'usufruit<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> Ces caractères permettent « d'identifier l'intérêt collectif lié à l'environnement non pas comme portant sur des droits répartis entre des individus déterminés, mais comme un intérêt trans-individuel portant sur des droits indivisibles sur l'environnement. Cette trans-individualité entre en résonance avec la qualification de l'environnement en chose commune (inappropriée et inappropriable) et la théorie adjointe selon laquelle l'homme a un droit d'usage partagé sur celle-ci et non un droit de propriété exclusive. Elle permet ainsi de préciser qu'en cas d'atteinte à l'environnement, l'intérêt collectif afférent défend des droits indivisibles, insusceptibles de faire l'objet d'une répartition entre les individus », V. M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le code civil du dommage causé à l'environnement », in *La représentation de la nature devant le juge ; approches comparatives et prospectives, VertigoO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22 | septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 28 février 2018. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16320>

<sup>190</sup> V. M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Entre environnement *per se* et environnement pour soi ; la responsabilité civile pour atteintes à l'environnement », *Env. et DD* 2012, n° 12, Étude n° 14 p. 13, aussi « Conséquences de la nature juridique de la biodiversité sur la réparation du dommage », *Mélanges en l'honneur de G. Wiederkehr, De Code en Code*, Dalloz, 2009, p. 89 à 98. Et « La protection de la biodiversité *via* le statut de *res communis* », *Rev. Lamy dr. civ.* janv. 2009, Perspectives, p. 68 à 74.

<sup>191</sup> A. GAONAC'H, « Réparation du dommage écologique dans le droit de l'eau », *RD rur.* 2000, p. 279.

<sup>192</sup> P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXI<sup>e</sup> siècle*, la découverte, 2014, p. 283.

<sup>193</sup> A. SERIAUX, « La notion de choses communes, nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », in J.-Y. CHEROT et al., *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, éd. PUAM 1995, p. 35.

En effet, ce qui singularise encore ce droit d'usage et le distingue du droit d'usage classique et du droit d'usufruit et justifie sa nature autonome particulière est que ce droit d'usage partagé impose aux usagers une obligation de conservation et de bon état de fonctionnement de la chose. Classiquement, c'est au propriétaire qu'il revient la conservation (ou non) de la chose, celui-ci ayant le droit de disposer de la chose et de la détruire. En ce qui concerne les choses communes, le droit d'usage n'étant pas détaché d'un droit de propriété, mais correspondant au lien dans son entièreté, cette répartition n'a pas lieu d'être et il est tout à fait sensé que l'obligation de conservation pèse sur les titulaires du seul droit existant sur la chose commune. Pour permettre la préservation de la chose objet de droit et le droit d'usage partagé avec autrui, chaque usager doit non seulement ne pas dégrader la chose, mais également prendre toutes les mesures qui permettront de jouir de la chose commune dans toute son intégrité pour lui, mais surtout par ces co-usagers.

En miroir d'un droit d'usage vital et perpétuel, l'obligation de conservation doit être particulièrement renforcée. La décision n° 2011-116 du 8 avril 2011 du Conseil constitutionnel, consacrant une responsabilité civile des auteurs d'une activité entraînant une atteinte à l'environnement<sup>194</sup>, et la codification au sein du Code civil de l'action en réparation du préjudice écologique vont dans ce sens. De plus, il est évident que cette obligation de conservation concerne le long terme, pour bénéficier non seulement aux générations actuelles, mais également aux générations futures<sup>195</sup>.

Cette obligation de conservation devrait empêcher toutes atteintes en particulier celles qui sont irréversibles puisqu'empêchant le bon fonctionnement des écosystèmes et contribuant à l'effondrement de la biodiversité. Et le droit devrait sanctionner d'autant plus durement pénalement (écocide, mise en danger de l'environnement) comme civilement, voire administrativement les auteurs d'atteintes à l'usage commun et les dommages écologiques en découlant. D'où l'importance qu'il soit prévu à l'article 714-5 du Code civil de mentionner que le manquement à cette conservation peut provenir de personne publique comme privée<sup>196</sup>.

### 3. Des limites à l'usage, à l'accès ou aux prélèvements

En matière de biodiversité, le régime juridique applicable à la chose commune doit permettre à chacun un accès à des éléments vitaux, mais il doit aussi éviter toute atteinte à la substance de la biodiversité, à son dynamisme. Pour ce faire, chaque usager doit limiter les prélèvements et ne les réaliser que dans la mesure où ils ne portent que sur des portions ou sur des spécimens et n'entament ou ne dégradent pas la substance de la chose (le bon fonctionnement des écosystèmes, la survie des espèces, ...). Cette portion ou spécimen pourra alors être qualifié de fruit de la chose commune<sup>197</sup>. Dans le cas contraire, il pourra être qualifié de produit et devra suivre le même régime juridique que la chose. Le cas échéant, ce produit n'est susceptible que d'un usage modéré, voire exclu d'usage de manière temporaire afin de permettre la conservation de l'intégrité de la chose ou sa remise sur sa trajectoire fonctionnelle initiale. Ainsi, le fait

---

<sup>194</sup> F.-G. TREBULLE, « Le Conseil constitutionnel, l'environnement et la responsabilité : entre vigilance environnementale et préoccupation », in *Revue de droit immobilier* 2011 p. 369 (Décision n° 2011-116 QPC du Conseil constitutionnel du 8 avril 2011).

<sup>195</sup> La notion d'autrui devient d'interprétation large pour englober non seulement les personnes existantes mais également les générations futures, V. M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le code civil du dommage causé à l'environnement », in *La représentation de la nature devant le juge ; approches comparatives et prospectives*, *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22 | septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 28 février 2018. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16320>

<sup>196</sup> V. *supra*, Rapport général sur la chose commune. Cette mention viendrait compenser le fait que l'action en réparation du préjudice écologique soit (pour l'instant mais sans justification aucune) uniquement inséré que dans le Code civil et pas dans le Code de l'environnement.

<sup>197</sup> Un fruit naturel est alors celui dont le prélèvement n'aura pas d'impact sur la substance même de la chose, le bon fonctionnement de l'écosystème.

que certaines portions, quotas ou des spécimens soit appropriés ne met pas à mal le fait que la chose commune dans son ensemble soit inappropriable.

Cette distinction entre fruit et produit pour les éléments détachables n'est qu'une technique juridique qui peut permettre de limiter l'appropriation aujourd'hui quasi automatique des éléments prélevés de la biodiversité<sup>198</sup>. Un prélèvement excessif, autrement dit une consommation excessive et non maîtrisée<sup>199</sup> (exemple en cas de surpêche : disparition de l'espèce et appauvrissement de la biodiversité), devrait pouvoir entraîner une requalification de fruit en produit.

La règle selon laquelle l'accessoire suit le principal pourrait également servir à éviter l'appropriation de ces éléments<sup>200</sup>.

Du point de vue des usagers, en cas de prélèvement excessif une mise en cause de l'auteur pour atteinte à la chose commune elle-même, pour dépassement de son droit qui n'est que d'usage<sup>201</sup> et atteinte au droit d'usage des co-usagers *via* le mécanisme de la responsabilité civile doit être possible<sup>202</sup>. Ce prélèvement pourrait correspondre à un abus d'usage pour celui qui en est l'auteur (faute) ou un accaparement de la chose et de l'usage communs ou un trouble anormal à la chose commune naturelle. Il pourrait être aussi question d'un usage non raisonnable selon le rapport de Florent Masson.

Quoi qu'il en soit, l'usage de chacun mais partagé par tous, ne devrait pas altérer la chose elle-même et ne peut se faire alors que sur des éléments renouvelables ou résilients ou encore porter sur des fruits et non des produits.

#### **4. Une articulation des pouvoirs entre propriétaire du sol et usagers de la biodiversité**

Selon l'article L. 110-1, I, du Code de l'environnement, la biodiversité fait partie du patrimoine commun de la nation qui génère services écosystémiques et valeurs d'usage. Il est à noter que le sol est exclu du patrimoine commun de la nation, mais y contribue. Il est pourtant difficile de dissocier le sol et les écosystèmes terrestres. Le sol étant une composante essentielle de tout écosystème terrestre.

Cette dissociation permet cependant de distinguer juridiquement et au regard du Code civil le sol, *res propriae*<sup>203</sup> (art 518 du Code civil), et la biodiversité, chose commune ou *res communis* (art. 714 du Code civil).

La biodiversité et ses composantes ne sont pas forcément rattachées juridiquement au sol comme il est souvent présumé et ainsi perçues comme un accessoire au fonds de terre et donc immeuble par incorporation ou parce que faisant partie du dessus ou du dessous du sol, immeuble approprié. En effet,

---

<sup>198</sup> Le critère de cette distinction juridique sur les éléments se fera selon que leur prélèvement altère ou non la substance même de la chose dont ils sont issus, au regard de leur abondance ou de leur rareté mais également de leur importance pour le bon fonctionnement de l'écosystème ou les équilibres biologiques ou le maintien de la diversité biologique et si ce prélèvement porte atteinte à la variabilité et l'adaptabilité des organismes vivants et donc au maintien de la diversité biologique.

<sup>199</sup> V. S. DRAPIER, « Quel régime de responsabilité civile pour les choses communes endommagées ? », *RJE* 4/2016 p. 691.

<sup>200</sup> M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Approche civiliste de la protection de la biodiversité au regard du droit de propriété sur le sol », in *Des petits oiseaux aux grands principes, Mélanges en l'honneur de Jean Untermaier*, éd. Mare et Martin (Paris), 04/2018, p. 93 à 110.

<sup>201</sup> « En utilisant l'air ou l'eau de telle manière que nul autre ne puisse le faire dans le même temps, les pollueurs ne se contentent plus d'user des biens-environnement : ils en disposent ». G. J. MARTIN, *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, th., Nice 1976, n°118.

<sup>202</sup> M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Pour une approche socio-écosystémique de la dette écologique : une responsabilité civile spécifique en cas d'atteintes à l'environnement », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 26 | septembre 2016, mis en ligne le 09 septembre 2016, consulté le 1 mars 2018. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/17493>

<sup>203</sup> Article 518 du Code civil : « les fonds de terre (...) sont immeubles par nature ».

à relire l'article 552 du Code civil, il est possible de ne rattacher à la propriété du sol que le construit ou les plantations dont l'origine est une activité humaine et non l'activité spontanée des processus biologiques et des écosystèmes ou des interactions entre organismes vivants<sup>204</sup>.

Ainsi au contraire de cette présomption, il est possible d'arguer que les organismes vivants et les écosystèmes font partie de la biodiversité et à ce titre peuvent être considérés, s'ils sont identifiés en tant que tels, comme des accessoires, au sens juridique, de la biodiversité qualifiée de chose commune selon l'article 714 Code civil. Et en tant qu'accessoires, leur régime juridique peut subir des adaptations en conséquence de leur rattachement à la biodiversité, chose commune.

Dans cette conception, la question subsidiaire est de savoir ce qu'il reste au propriétaire du sol, à part la propriété d'une assiette et des productions liées à son activité (plantations, constructions). D'autres approches comme la propriété inclusive, ont, elles aussi, pour conséquence de réduire le pouvoir du propriétaire sur l'assiette sol<sup>205</sup>. Dans notre hypothèse de biodiversité qualifiée de chose commune, le propriétaire du sol est alors le co-usager privilégié de la chose commune-biodiversité. À ce titre il a un accès et donc un usage privilégiés à la biodiversité localisée sur ou dans le sol. En contrepartie, il a également une obligation de conservation renforcée par rapport aux autres co-usagers. Il doit être considéré comme le gardien principal de la biodiversité sur et dans son sol<sup>206</sup>. Mais il n'en est pas le propriétaire et il est redevable de cette obligation de conservation envers la communauté d'usagers dont l'exercice effectif de l'usage commun peut se trouver réduit.

## **5. Une action en responsabilité fondée sur le trouble anormal à la biodiversité, chose commune**

Dans ce cadre théorique, la chose commune est un objet de droits et les titulaires de l'usage commun sont les sujets de droits essentiellement les humains.

Les droits et obligations énoncés peuvent en cas de non-respect ou de manquement permettre aux titulaires d'agir en justice.

Si la biodiversité est une chose commune :

- il s'agit d'une chose commune rivale dans le sens où l'usage de l'un peut diminuer l'usage des autres, et il est possible par cet usage de dégrader ou réduire le contenu de la chose commune.
- l'usage commun est vital pour la survie de l'humanité, voire le vivant, la protection est donc fondamentale.

Il faut donc penser une action en défense de la chose commune (rivale) et de son usage commun (vital). Trois traductions en sont possibles.

Dans une première direction, le fondement de l'action pourrait être réel (chose commune) et bénéficier aux titulaires de l'usage commun (la communauté).

---

<sup>204</sup>Article 552 du Code civil : « La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous .

Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre "Des servitudes ou services fonciers" ».

« Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police. »

<sup>205</sup> F. GIRARD, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux Repenser la propriété à partir du *bundle of rights* », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 6 | 2016, 185-236.

<sup>206</sup> Ce qui pourrait justifier une autorisation de la part de l'État ou une redevance perçue par l'État au vu de cet usage privé privilégié sur une chose commune. V. aussi *infra*, en droit portugais, A. ARAGAO in Titre Titre 2 - Les prérogatives de la communalité - Les intérêts à reconnaître - Leçon de droit comparé : la reconnaissance des intérêts diffus au Portugal.



Si en effet l'usage est considéré dans sa dimension réelle (portant sur une chose, objet de droit) en tant que droit réel autonome<sup>207</sup>, il impose aux usagers une obligation de conservation et de bon état de fonctionnement de la chose. Les co-usagers victimes d'une atteinte à leur droit réel pourraient alors agir dans le cadre d'une action similaire à l'action en empiètement (en matière de propriété). Cette action pourrait être qualifiée **d'action en accaparement de la chose commune** dans la mesure où la chose commune et son usage commun seraient accaparés par un seul et à son bénéfice au détriment des droits de la communauté titulaire de l'usage.

L'intérêt d'une telle action réelle est d'échapper à l'exigence posée en matière de responsabilité civile d'un préjudice causé<sup>208</sup>. Ainsi, en cas d'empiètement la sanction est la démolition systématique ce qui correspond bien à la cessation du trouble au droit ou à la chose, sans nécessité de prouver un préjudice. Elle sanctionnerait les atteintes à la chose commune dans son intégrité et dans son fonctionnement interne.

Dans une deuxième direction, le fondement de l'action en défense de la chose commune-biodiversité et de son usage commun pourrait être personnel.

L'action pourrait être fondée sur le non-respect du droit d'usage ou de l'obligation de conservation en ce qu'ils sont communs et donc s'imposent entre les différents usagers. On considérerait que l'atteinte porte sur un droit d'usage partagé et que les co-usagers, indirectement lésés dans leurs droits à travers l'atteinte à la chose, mais aussi directement du fait des répercussions de ce prélèvement sur leur usage de la chose de la communauté, pourraient agir.

Cette action, au-delà de l'article 714 du Code civil, pourrait également prendre appui sur les articles 1<sup>er</sup> et 2 de la Charte de l'environnement et la décision du 8 avril 2011 du Conseil constitutionnel qui consacre l'existence d'une action en responsabilité et d'un droit à agir sur le fondement de ces deux articles<sup>209</sup>. Action qu'est venue consacrer la loi de 2016 sur la reconquête de la biodiversité et introduite aux articles 1246 et suivants du Code civil.

Rappelons ce que précise l'article 1<sup>er</sup> : « Chacun a droit à un environnement équilibré et respectueux de la santé ». L'article 2 proclame quant à lui que : « Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ».

De la combinaison de ces deux articles, le Conseil constitutionnel déduit que le respect de ces droits et devoirs énoncés s'impose à l'ensemble des personnes et qu'une action en responsabilité peut être engagée au regard de ce que chacun a « *une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité* », obligation qui résulte selon le Conseil de ces dispositions. Cette décision consacre ainsi une action en responsabilité sur le fondement de ces deux articles combinés et précise que « *le législateur dans la définition des conditions d'engagement de cette responsabilité ne saurait restreindre le droit d'agir en responsabilité dans des conditions qui en dénaturent la portée* ». Cette décision peut donc, en ce qu'elle consacre une action en responsabilité de chacun, conforter l'action en responsabilité en cas d'atteinte à la chose commune – biodiversité et à son usage commun.

Cette action repose sur une relation entre créancier et débiteur. Il s'agirait alors d'une action personnelle (entre personnes) contre les atteintes à l'usage commun et contre l'intégrité de la chose commune. Elle sanctionnerait les cas de dépassement de prélèvements ou d'usage individuel non conforme au besoin de chacun et de tous, ce qui correspondrait à un abus d'usage individuel. Dans ce cas, le fondement de la responsabilité civile pourrait être l'abus de droit d'usage d'un usager (dépassement de son propre droit)

---

<sup>207</sup> F. GIRARD, « La propriété inclusive au service des biens environnementaux. Repenser la propriété à partir du Bundle of Rights », *Cahier Droit, Sciences & Technologies*, 6/2016, 185-236. V. cependant *supra*, Propositions de réformes relatives à la chose commune (Régime général), sur les deux approches possibles des prérogatives impliquées.

<sup>208</sup> W. DROSS, « De la revendication à la réattribution : la propriété peut-elle sauver le climat ? », *Recueil Dalloz* 2017, p. 2533.

<sup>209</sup> Décision du Conseil constitutionnel, n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011.

ou le manquement à son obligation de conservation et donc reposer sur la faute de l'utilisateur<sup>210</sup>. Mais il semble possible d'aller au-delà de la responsabilité pour faute, fondement paraissant peu en phase avec l'importance de cette protection d'une chose vitale en train de s'effondrer et ne tenant pas assez compte de l'idée de communalité intrinsèque à l'action.

Mais, au regard des enjeux supérieurs fondant ces actions, on pourrait encore dépasser la responsabilité pour faute et prendre modèle sur l'action en responsabilité pour trouble anormal du voisinage, qui ne repose ni sur un fondement réel, ni sur un fondement personnel, mais sur un fondement autonome. Il s'agirait d'une action en responsabilité pour trouble anormal à la biodiversité (au vivant y compris dans ses interactions) en tant que chose commune susceptible d'usage commun.

Cette direction présenterait au moins deux intérêts. D'une part, elle donnerait accès à des fonctions spécifiques plus marquées de cessation de l'illicite et de prise en compte du risque comme un trouble et entraînerait vers une palette intéressante des sanctions pouvant être adoptées par le juge (mesures de réparation en nature ou par indemnisation et mesures de cessation de l'illicite)<sup>211</sup>. D'autre part, cette action est également intéressante en ce qu'elle permet de dépasser l'opposition du fondement réel et du fondement personnel pour un fondement autonome.

En s'inspirant de ce modèle, cette action en responsabilité devrait toutefois être adaptée aux spécificités de ce qui est en cause. Cette action en responsabilité permettrait de défendre la chose en elle-même et l'usage commun de la chose. Rappelons qu'ici la chose commune est la biodiversité, une entité regroupant le vivant en interaction et en lien étroit d'interdépendance vitale avec l'humain.

Il pourrait porter sur la chose commune elle-même (la biodiversité) dans son intégrité, sa substance et son fonctionnement, sa dynamique. Cette action aurait également pour objet de défendre l'usage de cette chose dans sa dimension commune et donc l'usage dans sa communalité.

Cet usage commun et l'obligation de respect de l'intégrité de la chose font naître un intérêt commun, un intérêt trans-humain, voire trans-vivant ou socio-écossystémique.

Il faudrait ainsi aller au-delà des recours individuels que propose la doctrine<sup>212</sup> qui reste attachée à la protection de l'intérêt individuel alors que notre proposition est de défendre un intérêt commun.

Seraient concernés non pas des intérêts individuels, mais un intérêt commun dans la mesure où ce que cette action protégerait est l'usage commun et donc des intérêts partagés d'une communauté d'utilisateurs (des intérêts qui peuvent être collectifs, diffus, ou du commun<sup>213</sup>). Le trouble en question pourrait s'étendre en termes de dimensionnement spatio-temporel bien au-delà du voisinage et d'un temps limité. Seraient concernés, la communauté d'utilisateurs actuelle (population locale jusqu'à la population humaine dans son ensemble, indépendamment des frontières politico-juridiques), mais également les générations futures de cette communauté d'utilisateurs concernés, voire la communauté du vivant.

*In fine*, il pourrait être possible d'agir en prévention ou en réparation des atteintes à la biodiversité chose commune et à son usage commun. Cette action pourrait donner lieu à la prévention ou à la réparation du préjudice écologique et pourrait être d'ailleurs la voie principale de mise en œuvre de l'article 1246 du Code civil « *Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer.* ». D'où notre proposition d'insérer cette action en alinéa premier de l'article 1246 du Code civil dans les termes suivants : « *Au*

<sup>210</sup> J. ROCHFELD, V° « Chose commune (approche juridique) », in *Dictionnaires des biens communs, op. cit.*, p. 180.

<sup>211</sup> M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE insiste sur le fait que ces fonctions de cessation de l'illicite et de réparation sont deux composantes de l'action en responsabilité civile, in *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974.

<sup>212</sup> F.-G. TREBULLE, « L'environnement et le droit des biens, le droit et l'environnement », *Travaux de l'association Henri Capitant, Journée française de Caen du 6 avril 2006, Dalloz*, Thèmes et commentaires, 2010, p. 85-116, B. GRIMONPREZ, « Le voisinage à l'aune de l'environnement », in *Variations sur le thème du voisinage*, (dir. J.-P. TRICOIRE), PUAM 2012, p. 141 à 160, N. REBOUL-MAUPIN, « Les biens du bio-acteur : quelle influence du droit de l'environnement sur le droit des biens ? », *BDEI*, 2009, p. 19.

<sup>213</sup> V. *infra* Titre 2 - Les prérogatives de la communalité - Les intérêts à reconnaître.

regard de l'article 1<sup>er</sup> et 2 de la Charte de l'environnement et de l'article 714 et des articles 714 -1 à 714-4 du Code civil [proposés], nul ne doit causer de trouble anormal aux écosystèmes ou à leur usage commun ».

### §3. De la chose commune aux communs : une tentative de classification des communs naturels

Le régime de la chose commune propose un autre lien juridique que l'appropriation, même inclusive, entre l'homme et une chose. Le fait que cette chose (et non pas bien) soit qualifiée de commune et que la définition donnée par l'article 714 du Code civil qualifie le lien juridique entre la chose et l'homme, non de propriété, mais d'usage et d'usage commun interroge nécessairement quant à son articulation avec la notion de communs.

En effet, les différents éléments environnementaux se raréfiant ou étant dégradés, leur capacité de résilience s'amenuisant et la population qui en dépend croissant, les conflits d'usage et accaparement se développent et se font de plus en plus violents. Leur appropriation ne fait que tendre les relations entre les usagers et plus leur état se dégrade plus la pression augmente<sup>214</sup>. Ainsi, selon Pierre Charbonnier et Daniela Festa, « les évolutions techniques, écologiques, urbaines rendent nécessaire une construction véritablement actuelle des modes d'organisation et de distribution des droits. » Ces faits rendent « d'autant plus nécessaire la mise en commun de leur usage et de leur administration, puisque notre vulnérabilité et celle des choses sont indissociables »<sup>215</sup>. Dès lors, l'application de ce mécanisme de communalité nécessite d'identifier l'objet, les utilités et les bénéficiaires (« communeurs » dans les lignes qui suivent), mais aussi les structures de gouvernance existantes ou à envisager. Il s'agit donc d'avancer sur quelques pistes de réflexion relatives aux communs naturels<sup>216</sup>.

#### 1. Les communs naturels

Un commun dans le domaine de l'environnement, ou commun naturel, existe en principe lorsque sont réunis :

- Un objet composite (espèce, fleuve, forêt, l'air, la planète, ...), indépendant des frontières juridico-politiques, susceptible de perte de substance, de dégradation et pourtant essentiel pour l'homme, pour la pérennité de l'espèce humaine, donc vital, objet ayant donc une fonction sociale fondamentale ;
- Une communauté d'acteurs, d'usagers ou « communeurs » (reflétant une pluralité et/ou diversité d'usage (accès et prélèvement) rivaux et vitaux sur l'objet bénéficiant à un/des ensemble(s) de personnes de taille plus ou moins importante (humanité, population autochtone, citoyens, environnants) et à un/des ensemble(s) d'éléments naturels vivants (biodiversité, espèces, population ou spécimens dans un milieu) ;
- Une gouvernance de la communalité qui gère les conflits d'intérêts et veille au respect d'un double objectif :
  - o La conservation et la pérennité de la chose (maintien ou restauration de la dynamique écosystémique) afin de ne pas dégrader, détruire ce qui est vital pour l'homme ;
  - o L'effectivité du droit d'usage et de l'obligation de conservation en corrélation nécessaires à la survie de l'humain comme du non humain (communauté ouverte ou fermée, générations présentes comme futures).

<sup>214</sup> S. GUTWIRTH et I. STENGERS, « le droit à l'épreuve de la résurgence des *commons*, RJE 1/2016, p. 327.

<sup>215</sup> P. CHARBONNIER et D. FESTA, « Biens communs, *beni comuni* », *Tracés. Revue de Sciences humaines* [En ligne], #16 | 2016, mis en ligne le 1 janvier 2017, consulté le 26 février 2018. URL : <http://journals.openedition.org/traces/6622>

<sup>216</sup> V. *infra*, Annexe 1, n° 6 – Propositions de réformes relatives à la biodiversité comme chose commune.

Dans ce cadre, il faudra éviter de confondre commun naturel et chose commune naturelle, la chose commune n'étant que l'objet d'un commun naturel auquel il faut adjoindre la communauté des usagers.

Dans cette construction, nous avons choisi d'opter pour une conception *largo sensu* de la communauté concernée pensant les humains et les non humains comme porteurs d'un intérêt commun ou en commun. Les communautés concernées par ces communs naturels étant ce qu'il est possible d'appeler des communautés biotiques. Reprenant en ce sens l'approche « diplomatique » de Baptiste Morizot, on propose un élargissement des communs issus d'Ostrom à l'ensemble de la communauté biotique, à travers « une distribution des droits d'usage à des humains et des non-humains dans un même territoire »<sup>217</sup> ; on pourrait également se réclamer de d'Aldo Leopold pour qui un commun sera considéré comme une « communauté biotique » rassemblant Humains et Non-Humains inclus dans une relation d'interdépendance étroite<sup>218</sup>.

Dans cette conception donc, un commun naturel forme une entité indissociable, un tout, un système dynamique qui comprendra à la fois un objet, qualifié de chose commune naturelle inappropriable dans son intégralité et objet d'usage commun de la part des communeurs, et une communauté, la communauté biotique. Seront membres de cette communauté et donc communeurs, les humains et les non humains interagissant avec et dépendant de ces choses communes naturelles, participant au vivre ensemble. À ce titre, ces communeurs devront pouvoir agir en défense de ce commun naturel.

Le caractère indissociable de cette entité commun naturel repose sur les principes de solidarités écologiques<sup>219</sup> inséré dans l'article L. 110-1 du Code de l'environnement et d'inséparabilité entre les humains et les non humains<sup>220</sup>. Il correspond à la vision d'un monde partagé (au-delà de la dissociation nature-culture) et à un mouvement, celui du co-viabilisme<sup>221</sup>. Notre compréhension du commun s'associe à la notion de vivre ensemble développée par les sociologues Dardot et Laval<sup>222</sup> et s'étend à l'ensemble du vivant. Nous reprenons ainsi à notre compte les propos de Nicolas Gaidet et Sigrid Aubert selon lesquels, « l'approche par les Communs permet de restituer les interactions homme-animal dans une relation de réciprocité qui s'exprime en termes i) d'interdépendance entre l'homme et le milieu naturel, ii) de partage de l'espace et des ressources avec les autres êtres vivants et iii) de transmissions d'écosystèmes fonctionnels (sains) aux générations futures »<sup>223</sup>.

Dans cette construction, il semble utile, afin de permettre une meilleure cohérence de traitement juridique, de distinguer deux catégories de communs naturels<sup>224</sup> : les communs naturels universels et les communs naturels spatialisés. Ces deux catégories de communs se superposent, les communs spatialisés

---

<sup>217</sup> B. MORIZOT, *Les Diplomates. Cohabiter avec les loups sur une nouvelle carte du vivant*, Marseille, Wildproject, 2016, p. 289.

<sup>218</sup> C. LARRERE, « La communauté biotique : l'héritage d'Aldo Léopold », in *Les philosophies de l'environnement*. PUF, 1997.

<sup>219</sup> R. MATHEVET, *La solidarité écologique, Ce lien qui nous oblige*, éd. Actes Sud 2012, 216 p.

<sup>220</sup> F. TAYLAN, « La stratégie d'inséparabilité des collectifs humains et des milieux naturels. *La loi Te awa Tupua en Nouvelle-Zélande* », in *L'alternative en commun*, éd. Hermann, Les colloques Cérisy, 2019 p. 165 à 178.

<sup>221</sup> O. BARRIERE et al., *Coviabilité des systèmes sociaux et écologiques. Reconnecter l'Homme à la biosphère dans une ère de changement global*, éd. Matériologiques, coll. Essais, 2019. Selon ces auteurs, la coviabilité socio-écologique est un nouveau paradigme permettant de repenser la relation de l'humanité à son environnement en dépassant le cadre naturaliste dominant fondé sur la dichotomie nature/culture pour mieux répondre aux enjeux écologiques globaux, comme le réchauffement climatique, la dégradation de la biodiversité et la désertification ». La coviabilité des systèmes sociaux et écologiques peut être définie comme une propriété de dépendance des interactions entre systèmes humains et non-humains établissant un lien de viabilité permettant de maintenir le vivre ensemble.

<sup>222</sup> P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au xx<sup>e</sup> siècle*, La découverte, 2014, p. 283.

<sup>223</sup> N. GAIDET et S. AUBERT, « Écologie et régulation des relations homme-faune : repenser la conservation de la biodiversité par les Communs » ; *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Volume 19 Numéro 1 | mars 2019, n° 79, URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/24575>

<sup>224</sup> M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Repenser l'article 714 du Code civil comme porte d'entrée sur les communs », in *Dossier : L'actualité des communs*, *RIEJ* (Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques), 2018.81 Bruxelles, p. 297 à 331.

faisant forcément partie intégrante des communs naturels universels. Un fleuve, ses rives, ses populations environnantes (humaine et non humaine) qualifiables de commun naturel spatialisé font forcément partie de communs universels tel que celui de l'eau, de l'air, de la biodiversité et de l'écosystème planétaire. Ses différents éléments du commun spatialisé s'insèrent comme composantes de différents communs naturels universels.

### 1.1. Les communs naturels universels

Les communs naturels universels sont composés de choses communes naturelles matricielles et de la communauté humaine, voire du vivant (communeurs).

Les objets identifiables comme relevant des communs naturels universels sont de manière non exhaustive : l'eau libre, l'air, l'écosystème planétaire, la biodiversité. Ces objets peuvent paraître très abstraits, comme la biodiversité qui regroupe diverses autres entités comme la faune et la flore. Les choses communes naturelles matricielles sont des objets nécessaires à la santé des humains et des non humains ; elles conditionnent la survie des générations présentes et futures. Ces choses communes naturelles sont matricielles dans le sens où elles sont génératrices et l'essence même de la vie sur terre, l'origine et le futur du fonctionnement de ce que certains appellent la Terre-Mère ou Pachamama.

La communauté concernée est l'espèce humaine c'est-à-dire l'ensemble des humains (présents et futurs) et la biodiversité dans son ensemble.

Ces communs naturels sont des entités qui sont hors maîtrise de l'État ou des États. Elles échappent aux limites imposées par les frontières politico-juridiques ; elles sont hors propriété publique ou privée absolue et exclusive. Leur marchandisation n'est envisageable ni du point de vue matériel ni des points de vue éthique et de la justice sociale.

Les choses communes matricielles des communs naturels universels seront soumises à deux principes considérés comme un régime primaire, primaire étant entendu dans le sens de principes minimaux, qui influenceront donc également sur le régime juridique des objets des communs spatialisés (notamment sur la qualité des spécimens d'espèces, parcelles, portions rattachées à la chose commune matricielle et donc faisant partie des communs universels, mais localisés dans un espace donné).

D'une part, le principe d'usage commun à tous. Dans ce contexte, le droit d'usage est vital pour chacun et commun à tous. L'intérêt en cause est commun, car transindividuel, mais il est aussi diffus dans le sens où les individus usagers ne sont pas forcément identifiés notamment si les générations futures sont concernées. Il n'exclut pas la propriété de parcelles ou de composants de cet objet, mais oblige en revanche le propriétaire à tenir compte de ce que ces parcelles/composantes font partie d'un tout universel (chose commune matricielle), ce qui peut réduire son propre droit sur l'objet de propriété.

D'autre part, les choses communes matricielles devraient être soumises à l'obligation de conservation par les co-usagers. Le propriétaire du sol ne pourra ainsi pas détruire les spécimens d'espèces protégées sur son terrain ou ne pourra pas polluer l'eau qui s'écoule ensuite sur les terrains en aval du sien. Ainsi, l'usage commun (régime primaire) l'emporte sur le droit de propriété exclusif<sup>225</sup> qui ne joue qu'un rôle très subsidiaire dans le domaine des communs naturels universels.

Par ailleurs, au regard des risques de catastrophe écologique et d'irréversibilité de l'atteinte, un recours en justice en défense de ces communs naturels devrait être facilité. L'accès au juge devrait reposer sur la notion d'intérêt commun<sup>226</sup> (du commun) et, en matière de commun naturel tel que conçu, en associant

---

<sup>225</sup> Selon P. CHARBONNIER et D. FESTA, « dès lors qu'on reconnaît la dimension collective et même sociale du rapport à certains choses (ici la chose commune) alors la mission du droit consiste à reconnaître et à protéger ce caractère collectif contre les formes d'appropriation exclusive » in « Biens communs, beni comuni », préc.

<sup>226</sup> C. Cournil et A.-S. Tabau, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique », *RJE* 4/2015, p. 675, à propos de l'affaire Urgenda en matière de pollution de l'air.

les intérêts d'humains (ici diffus) et de non humains (intérêt en commun (des communeurs) et du commun (intérêt de la chose commune et des communeurs).

Néanmoins, en termes de gouvernance, ces communs universels posent question puisqu'il n'existe pas d'entité juridique mondiale représentant ces intérêts ou ceux des co-usagers. Selon Benjamin Coriat pourtant, l'institutionnalisation de ces communs universels devrait permettre la garantie de la préservation et de l'accès. Pour les institutionnaliser, et donc en préserver l'existence et l'usage<sup>227</sup>, il faudrait ainsi, selon lui, adopter une déclaration des communs universels sur le modèle de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen<sup>228</sup>.

Cependant, même en cette absence et pour l'heure, l'État, et le juge français en particulier, peuvent faire respecter la protection de ces communs naturels sur le fondement de la Charte, des différentes législations environnementales et de l'article 714 du Code civil dans la lecture ici actualisée. Tous composent ce régime primaire et renvoient à l'usage commun et à la conservation par et pour tous de l'objet des communs universels.

Dans ce cadre, le juge devrait spécifiquement pouvoir gérer les conflits afférents aux communs naturels et imposer non seulement le respect de l'intégrité de la chose commune, mais également cet usage commun vital, essentiel au bien-être du vivant humain et non humain, et donc l'impossible exclusion d'individus du bénéfice de ces choses communes participant des communs universels. Il devrait pouvoir le faire aux différents échelons impliqués : local, régional et international. En raison de ce régime primaire dégagé en effet, qui dépasse les limites du territoire français, le juge peut être compétent à différents échelons, locaux comme extranationaux.

En cas d'action, les parties seront, en demande, les communeurs, et, en défense, ceux d'entre eux en tant que personnes morales privées ou publiques ou personnes physiques ayant lésé l'intérêt du commun.

Les droits et obligations rattachés aux choses communes matricielles devraient entraîner la responsabilité des usagers pour trouble anormal à la chose commune (du propriétaire, du gardien, des usagers, etc.). Chacun des États, au regard de son action possible pour conserver ces choses communes au bénéfice des co-usagers et pour la pérennité des communs naturels, devrait également pouvoir voir sa responsabilité engagée.

## 1.2 Les communs naturels spatialisés

À la différence de ces communs universels, il existe des communs spatialisés tels que décrits par Elinor Ostrom<sup>229</sup> ou dont les objets peuvent faire l'objet d'une transpropriation selon l'expression de François Ost<sup>230</sup>. Les communs naturels spatialisés sont aussi composés d'un objet (chose commune naturelle spécifique) et d'une communauté d'humains et de non humains en lien, ou communeurs. Ils trouvent nécessairement leur capacité de fonctionnement dans les choses communes matricielles, objets des communs universels, **mais se révèlent à un échelon inférieur et matérialisé.**

Le commun naturel est alors par exemple un écosystème forestier ou fluvial précis, réunissant spatialement des entités naturelles diverses (des populations d'espèces de faune et de flore et un milieu (eau, air, sol) ainsi qu'une communauté humaine, formant un tout spécifique. La chose commune

---

<sup>227</sup> Voir dans le même sens les initiatives visant à la reconnaissance des droits humains, notamment la déclaration universelle des droits humains dont l'article VIII déclare que « l'humanité a droit à la préservation des biens communs en particulier l'eau, l'air et le sol et à l'accès universel et effectif aux ressources vitales. Les générations futures ont droit à leur transmission », in *La déclaration universelle des droits humains*, Ed. Duchêne 2016.

<sup>228</sup> B. CORIAT, « Exposer la pluralité de sens : un dictionnaire des communs » in Séminaire organisé par D. Misonne sur « Actualités des communs en droit de l'environnement et de la culture, 28 novembre 2017, CEDRE, Université Saint Louis, Bruxelles.

<sup>229</sup> E. OSTROM, *Gouvernance des biens communs*, LLN-Paris, éd. De Boeck, 2010.

<sup>230</sup> F. OST, « Responsabilité, après nous le déluge ? » in *La nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, éd. La découverte, 1995, p. 323.

naturelle est ici spécifique (opposée à matricielle), elle est un objet spatialisé dont certaines portions sont souvent appropriées.

La chose commune spécifique étant spatialisée, elle est forcément sous juridiction nationale ou l'objet d'une convention transfrontière et peut faire l'objet d'un droit de propriété public ou privé. Dans ce cas, droit de propriété et droits d'usage peuvent s'exercer simultanément sur cet objet ou se superposer<sup>231</sup>. La communauté peut être composée de propriétaires et de simples usagers. Les choses communes spécifiques peuvent individuellement faire l'objet d'un faisceau d'usages variés : loisir, travail, besoin physique ou spirituel, alimentation, matières premières. Le propriétaire peut avoir plus de droits que les autres usagers, mais il a une obligation renforcée de conservation et d'affectation<sup>232</sup> (propriété à charge) et doit laisser l'accès aux autres usagers (propriété inclusive). Il est alors le dépositaire de la chose commune.

Sylvie Paquerot relève cependant que, dans ce cadre qui est celui exploré par Elinor Ostrom, le commun n'est pas universel, de sorte qu'une communauté peut avoir le privilège de l'accès à un territoire à l'exclusion d'une autre<sup>233</sup>. Nous pensons que si l'accès ou l'usage peut être privilégié ou premier (le propriétaire est le premier usager), il ne peut totalement exclure les usagers seconds. D'une part en raison de l'état général catastrophique des éléments naturels et du fait que ce commun naturel spatialisé ou écosystème localisé interagit avec d'autres et fait partie de l'écosystème planétaire. D'autre part, parce que ces usagers seconds, même s'ils n'ont pas forcément un accès direct à cette chose commune, ont un intérêt à la conservation et à la dynamique de l'objet du commun spatialisé, la chose commune naturelle spécifique. Rappelons que la conservation de ce commun spatial peut être vitale et essentielle pour la communauté.

La communauté concernée en tant que communs du commun spatialisé est en premier lieu le groupe d'humains de taille très variable dépendant de cette entité naturelle. L'intérêt en cause est commun, car transindividuel, mais il peut concerner un groupe précis identifié, structuré et organisé (une population autochtone, les pêcheurs d'une pêcherie (intérêt collectif) ou groupe simplement identifiable comme les promeneurs (intérêt diffus) ou être mixte regroupant à la fois des intérêts collectifs et des intérêts diffus. Cette communauté d'humains est solidaire d'une communauté de non humains, l'intérêt sera alors trans-vivant et appelé intérêt en commun.

Si la communauté humaine concernée est identifiée et organisée (intérêt collectif<sup>234</sup>) alors une gouvernance peut être réfléchi en lien avec le ou les États souverains en fonction des besoins des communs ou ensemble des usagers en prenant appui sur différents régimes, tels les patrimoines mondiaux de l'UNESCO, les monuments historiques, mais également des conventions entre l'État et une collectivité de citoyens, ...

**Enfin, le régime juridique des communs spatialisés devrait nécessairement s'articuler avec celui des communs universels.** En effet, le régime de la chose commune matricielle des communs universels est qualifié de primaire dans la mesure où son usage commun et l'obligation de conservation corollaire doivent être respectés quels que soient les régimes des choses communes naturelles spécifiques des communs spatialisés. Il peut influencer jusqu'au régime applicable aux éléments détachables (portions d'eau,

---

<sup>231</sup> Selon F. OST, « le propriétaire conserve la plupart de ses prérogatives, mais certaines d'entre elles se trouvent désormais subordonnées à l'objectif de conservation. Comme si son bien était géré de l'extérieur, le « propriétaire ne dispose plus nécessairement de la même intensité d'emprise sur chacun des aspects de son bien », « Responsabilité, après nous le déluge ? » in *La nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, éd. La découverte, 1995, p. 323.

<sup>232</sup> A. CHAIGNEAU, « Une propriété affectée au commun », in (dir A. CHAIGNEAU) *Fonctions de la propriété et commun, regards comparatistes*, éd. Soc de Leg. Comparée 2017, Paris, LGDJ, p. 65.

<sup>233</sup> S. PAQUEROT, « Commun et bien commun », in (dir A. CHAIGNEAU) *Fonctions de la propriété et commun, regards comparatistes*, éd. Soc de Leg. Comparée 2017, Paris, LGDJ, p. 21.

<sup>234</sup> Sur la distinction du commun et du collectif, v. *infra* Titre 2 - Les prérogatives de la communalité - Les intérêts à reconnaître.

spécimens prélevés). Par exemple l'appartenance de la biodiversité à la catégorie de communs universels a des incidences sur un écosystème forestier, commun spatialisé (forêt de Soignes à Bruxelles) et sur le prélèvement possible de spécimens de telles ou telles espèces.

## **2. Les « communeurs » des communs naturels**

Au vu des définitions livrées, la communauté concernée en cas d'atteinte à un commun naturel, qu'il soit universel ou spatialisé, n'est pas seulement composée d'humains, mais aussi de non humains. La loi du 8 août 2016 sur la reconquête de la biodiversité, en consacrant l'action en réparation du préjudice écologique et en définissant ce dernier à l'article 1247 du Code civil, a acté cet état de fait socio-écossystémique.

### **2.1. La communauté du vivant ou biotique, communauté composée d'humains et de non humains**

Depuis 2016 en effet, l'article 1247 du Code civil définit le préjudice écologique comme « consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement »

Cette définition englobe trois éléments distinctement énoncés.

En premier lieu, sont retenus les éléments composant les écosystèmes c'est-à-dire la faune la flore, l'eau, l'air, les sols.

En deuxième lieu sont considérées les fonctions des écosystèmes c'est-à-dire les processus physiques, chimiques et biologiques associés à l'unité fonctionnelle (écosystème), mais également les interrelations des éléments entre eux et les apports tirés par chaque élément du fait du fonctionnement des autres et du tout. Ces processus assurent le fonctionnement et donc la pérennité ou la résilience des systèmes écologiques.

La troisième composante consiste en « les bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ». Il s'agit des bienfaits ou des utilités pour l'homme produits par son environnement naturel.

La définition donnée énumère donc trois éléments distincts, mais étroitement liés entre eux et parfois bien difficiles à dissocier puisque formant un système d'interactions. Le « ou » alternatif étant employé, les trois éléments sont soit cumulés soit peuvent exister de manière autonome. Elle permet ainsi d'appréhender chacun des éléments, mais aussi un système fait d'interdépendances et un continuum en termes de processus et de rétroaction regroupant les éléments et fonctions des écosystèmes et les bénéfices tirés par l'homme de l'environnement.

Par l'identification des deux premiers constituants du préjudice écologique, le législateur a volontairement attribué une valeur intrinsèque aux éléments comme aux fonctions des écosystèmes. Ce qui est pris en compte directement dans ce cadre ce sont bien les éléments naturels et les processus qui forment le système écologique et donc l'environnement naturel per se (indépendamment de son statut juridique). Il en est pour preuve la formulation de l'article 1247 du Code civil : « le préjudice écologique consiste » et non pas « résulte ». Le préjudice n'est pas la conséquence d'une lésion à un élément factuel ou à une relation, mais bien la lésion de ces éléments ou fonctions. Est prise en compte la lésion d'intérêts non humains, ceux des écosystèmes directement dans leurs composantes et leur fonctionnement.

En revanche, le dernier constituant du préjudice écologique fait référence à l'homme et donc à une vision anthropocentrée (l'environnant de l'humain), ce qui démontre que la protection de l'environnement n'est pas totalement désintéressée. Sont alors pris en compte les utilités collectives de l'environnement ou les usages partagés par la communauté humaine de l'environnement. Il est question alors d'accès à l'eau, à l'alimentation ou de respirer un air sain, ou encore de se baigner dans une eau non toxique (que les besoins soient vitaux physiquement, psychiquement ou culturellement). Il ne s'agit alors



pas des préjudices individuels causés par une atteinte à l'environnement qui sont l'objet d'une procédure de réparation classique, mais bien de préjudices transindividuels (lésion d'un intérêt d'une communauté d'humain non divisible et non répartissable).

S'il y a bien, par l'intermédiaire de ce dernier composant, un retour à une valeur instrumentale et utilitariste de l'environnement, ce n'est pas dans une dimension individualiste et exclusive, et donc classique, mais bien dans une dimension de partage, collective et inclusive tout à fait originale et caractéristique des communs.

Les intérêts humains en cause dans ce cadre sont forcément des intérêts à dimension commune. Ils peuvent être qualifiés de collectifs ou de diffus, car transindividuels selon la nomenclature adoptée dans le présent rapport<sup>235</sup>. Les intérêts collectifs sont des intérêts transindividuels relatifs à une communauté identifiée et organisée (membre d'une profession, ayant le statut de consommateurs, les riverains d'un lac ou membre d'une pêche, habitants d'un quartier) alors que les intérêts diffus sont des intérêts transindividuels relatifs à une communauté indéterminée et qui n'est pas organisée (intérêt à respirer un air sain). La communauté diffuse peut alors être très large et peut inclure jusqu'aux générations futures. Le lien transindividuel est bien diffus même si le rattachement de l'individu à la communauté est identifiable. Dans le cadre des communs naturels, les deux catégories sont mobilisables. En revanche, autant pour les communs naturels universels, l'intérêt sera systématiquement diffus, autant pour les communs spatialisés ces deux intérêts collectifs et diffus peuvent se côtoyer et se retrouver dans cet intérêt commun.

*In fine*, ce préjudice écologique consacre comme réparable légalement la lésion d'intérêts non humains, ceux des écosystèmes directement (dans leurs composantes et leur fonctionnement) ainsi que la lésion d'intérêts humains uniquement dans une dimension collective relatifs aux utilités que l'humain peut tirer de l'environnement (intérêt qualifié de collectif ou de diffus en fonction de la communauté lésée). Pour prendre en compte l'intégralité des intérêts ciblés et leur cumul possible dans le préjudice écologique, il est possible selon nous de qualifier ce préjudice écologique de préjudice (en) commun, c'est-à-dire correspondant à la lésion d'un intérêt du commun naturel (universel ou spatialisé). Cet intérêt en commun est alors le regroupement d'intérêts d'entités humaines et non humaines (évitant dans ce cadre précis la personnification des entités non humaines sans que ce soit dirimant)<sup>236</sup>. Il peut être la représentation juridique d'une communauté que l'on peut appeler communauté du vivant ou communauté biotique et qui permet d'associer dans nos représentations juridiques ce que Philippe Descola appelle nos partenaires sociaux<sup>237</sup>.

---

<sup>235</sup> V. Plus anciennement les articles de M-J AZAR-BAUD, « L'action de groupe, une valeur ajoutée pour l'environnement ? », VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement, Hors-série 22, septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 25 avril 2020. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16291>, A. ARAGÃO, « Les intérêts diffus, instruments pour la justice et la démocratie environnementale », URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16284> et M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement », URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/16320>

<sup>236</sup> J'ai développé cette notion d'intérêt commun dans un article non encore paru, « Réflexion critique sur l'attribution de droits aux écosystèmes. Pour une approche par les communs », in *Droits des êtres humains et droits des autres entités : une nouvelle frontière ?* (dir. C. VIDAL) Ed. Mare et Martin, (colloque des 16 et 17 mai 2019), à paraître en 2020 « Cet intérêt commun comprend à la fois les intérêts collectifs humains mais également, voire surtout les intérêts d'entités non humaines réunis dans une relation d'interdépendance au sein des écosystèmes et de la biosphère, lieux d'épanouissement de l'espèce humaine. Cet intérêt recouvre des intérêts pluriels humains et non humains correspondant la vision d'un écosystème comme d'un commun naturel ou répondant à la conception d'un système écologique et social soumis à la coriabilité. Selon O. BARRIERE, « le socio-écosystème traduit une notion de lien ou de couple rattachée à celle de système », « Du droit des biens aux droits des utilités : les services écosystémiques et environnementaux au sein de la régulation juridique des socio-écosystèmes », in *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, (dir. Alexandra LANGLAIS), éd. PUR 2019 p. 129.

<sup>237</sup> Ph. DESCOLA, *Une écologie des relations*, CNRS éditions, de Vive voix, Coll. Les grandes voix de la découverte, 2019, p. 27

## 2.2. De l'action en réparation du préjudice écologique à une action en défense d'un intérêt en commun

Le préjudice écologique étant la lésion d'intérêts humains et non humains, il concerne un commun naturel universel ou spatialisé. Dans ce cadre, l'intérêt commun dépasse alors les intérêts transindividuels des humains ayant la personnalité juridique appartenant à la communauté déterminée (intérêt collectif) ou indéterminée (intérêt diffus)<sup>238</sup>. Il peut intégrer les intérêts de générations futures et surtout l'intérêt de l'objet de la communalité, la chose commune primaire ou spécifique. Dans une vision plus écocentrée et sur le haut de l'échelle de communalité, il peut représenter l'intérêt du commun en lui-même (objet et communeurs) dans son intégralité et intégrer les intérêts des réalités naturelles *pour elles-mêmes* (et éventuellement la progressive personnification de réalités naturelles comme cela se passe dans différents pays) étroitement imbriqués dans des relations vitales d'interdépendances avec une communauté d'humains appartenant à ce commun naturel et ce vivre ensemble.

Cet intérêt commun lésé peut faire l'objet d'une action en défense d'un intérêt en commun, ce qu'est déjà l'action en réparation du préjudice écologique. La défense en justice de cet intérêt commun devrait en conséquence pouvoir se faire :

- soit à l'initiative de chaque individu concerné, membre de la communauté en tant que communeurs, par le biais de l'action populaire. Chacun *uti cives*, devrait pouvoir porter l'intérêt de la communauté (dans lequel est intégré son propre intérêt en ce qu'il rejoint l'intérêt des autres usagers et vient se fondre dans l'intérêt commun)<sup>239</sup>.
- soit à l'initiative d'une pluralité d'acteurs habilités en ce sens par la loi, par le biais d'une action en défense de cet intérêt commun. L'article 1248 du Code civil en est une illustration<sup>240</sup>.

Quoi qu'il en soit, prévoir une pluralité de titulaires de l'action en défense d'un commun naturel paraît essentiel pour garantir la protection de cet intérêt en commun, qu'il soit question d'un commun naturel universel ou spatialisé.

---

<sup>238</sup> Cet intérêt peut être écologique mais il peut également être sanitaire et devrait pouvoir aussi s'étendre à un intérêt spirituel. V. M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « La reconnaissance de préjudices spécifiques en cas de catastrophe technologique. Du préjudice écologique au préjudice sanitaire », *In Atteintes à l'environnement et santé : approches juridiques et enjeux transdisciplinaires, Revue Juridique de l'Environnement (RJE)* 2020 n° spécial p. 215 à 232.

<sup>239</sup> V. *infra* Titre 2 - Les prérogatives de la communalité - Les intérêts à reconnaître.

<sup>240</sup> M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Réflexion critique sur l'attribution de droits aux écosystèmes. Pour une approche par les communs », in *Droits des êtres humains et droits des autres entités : une nouvelle frontière ?* (dir. C. VIDAL) Ed. Mare et Martin, (colloque des 16 et 17 mai 2019), à paraître en 2020.

## Section 2.2. Le domaine commun informationnel comme chose commune<sup>1</sup>

Les propositions de réforme relatives au domaine commun informationnel visent à remédier à l'absence d'existence juridique de cette figure, faute de définition légale et de régime juridique positif. Ces propositions suggèrent donc définir, dans la loi, le domaine commun informationnel et de le doter d'un régime juridique positif, arrimé à celui proposé pour la chose commune de façon générale<sup>2</sup>.

### §1. Présentation « classique » du domaine commun informationnel

Traditionnellement, le domaine commun informationnel est désigné sous l'expression de domaine public de la propriété intellectuelle. Cette homonymie avec le domaine public du droit administratif n'est pas satisfaisante en ce qu'elle est source de confusions, alors même que ces deux domaines sont très différents<sup>3</sup>. Le domaine public administratif définit un régime de propriété – la propriété publique –, alors que le propre du domaine public de la propriété intellectuelle est de se situer hors du domaine de la propriété. C'est pourquoi, pour dissiper toute confusion, il est proposé au préalable, en droit de la propriété intellectuelle, de substituer à l'expression de « *domaine public* » celle de « *domaine commun informationnel* »<sup>4</sup>.

Le domaine commun informationnel n'est pas défini par la loi. La loi répugne, du reste, à y faire référence<sup>5</sup>. Il n'en reste pas moins que la doctrine et la jurisprudence utilisent l'expression « *domaine public* » (en droit de la propriété intellectuelle) depuis le XIX<sup>e</sup> siècle<sup>6</sup>. Les auteurs s'accordent à le définir de manière négative, par défaut. Le domaine commun informationnel correspond ainsi aux espaces non occupés par la propriété intellectuelle ; le domaine commun, « *c'est le négatif de la propriété intellectuelle* »<sup>7</sup>. Mais, cela posé, il n'existe pas une définition univoque du domaine commun. La définition du domaine commun informationnel – essentiellement doctrinale – se conjugue au pluriel. En substance, il existe deux conceptions du domaine commun informationnel. La première insiste sur la disponibilité de la ressource intellectuelle, tandis que la seconde est centrée sur l'absence de protection.

---

<sup>1</sup> Rédactrice : Marie-Alice CHARDEAUX

<sup>2</sup> V. *infra*, Annexe 1 n° 5 - Propositions de réformes relatives à la chose commune et Annexe 1, n°7 - Propositions de réformes relatives au domaine commun informationnel comme chose commune.

<sup>3</sup> Sur cette distinction, v. S. DUSOLLIER, « Domaine public (propriété intellectuelle) », in *Dictionnaire des biens communs*, M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.) PUF, 2017, p. 375, spéc. p. 376 ; M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, LGDJ, 2006, n°206, p. 241. Il arrive néanmoins que les deux qualifications se superposent, v. sur ce point, *infra*, n° 1.4.

<sup>4</sup> L'article 8 du projet de loi pour une « République numérique », finalement abandonné, utilisait l'expression de « *domaine commun informationnel* », v. *infra*, n° 1.3. En faveur de l'expression « *domaine commun* », M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.*, n°191, p. 229. V. les « Principes directeurs pour le développement et la promotion de l'information du domaine public gouvernemental » de l'Unesco qui évoque le « *domaine public informationnel* » (<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001373/137363fo.pdf>).

<sup>5</sup> Il est simplement mentionné à l'article L. 123-8 du Code de la propriété intellectuelle relatif à la durée de la protection du droit d'auteur : « *Les droits accordés par la loi du 14 juillet 1866 sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs aux héritiers et autres ayants cause des auteurs, compositeurs ou artistes sont prorogés d'un temps égal à celui qui s'est écoulé entre le 2 août 1914 et la fin de l'année suivant le jour de la signature du traité de paix pour toutes les œuvres publiées avant cette dernière date et non tombées dans le domaine public le 3 février 1919* ». On trouve encore une allusion à l'article 18-1 de la Convention de Berne du 9 septembre 1886, Pour la protection des œuvres littéraires et artistiques : « *La présente Convention s'applique à toutes les œuvres qui, au moment de son entrée en vigueur, ne sont pas encore tombées dans le domaine public de leur pays d'origine par l'expiration de la durée de la protection. 2. Cependant, si une œuvre, par l'expiration de la durée de la protection qui lui était antérieurement reconnue, est tombée dans le domaine public du pays où la protection est réclamée, cette œuvre n'y sera pas protégée à nouveau* ».

<sup>6</sup> V. sur ce point v. S. DUSOLLIER, « Domaine public (propriété intellectuelle) », in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs* PUF, 2017, p. 375, spéc. p. 377.

<sup>7</sup> S. DUSOLLIER, « Pour un régime positif du domaine public », in *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, B. CORIAT (dir.), Les liens qui libèrent, 2015, p. 223.

La première approche retient une conception lâche du domaine commun informationnel. Cette conception est centrée sur la disponibilité des ressources de la propriété intellectuelle, peu importe qu'elles fassent l'objet d'une protection par un droit de propriété intellectuelle<sup>8</sup>. Ce faisant, elle inclut dans le domaine commun aussi bien les ressources non protégées par un droit de propriété intellectuelle (idées, œuvres tombées dans le domaine commun...) que les ressources protégées, mais dont l'utilisation est ouverte aux tiers sur le fondement d'une limitation ou exception au droit de propriété intellectuelle (au titre, par exemple de la copie privée, de l'exception de parodie...). Des auteurs ont montré que cette approche revient à décomposer le domaine commun – du moins en droit d'auteur – en deux parties distinctes : le domaine commun structurel et le domaine commun fonctionnel<sup>9</sup>. Tandis que le domaine commun structurel regroupe les objets non protégés par le droit d'auteur, indépendamment des circonstances de leur utilisation, le second enveloppe les objets protégés par le droit d'auteur, mais qui, dans des circonstances définies, peuvent faire l'objet d'une libre utilisation par le public. Le domaine commun fonctionnel recouvre ainsi les exceptions et limitations, les utilisations permises sous licence libre ou *open source*.

Cette première approche ne sera, cependant, pas retenue dans le cadre du présent rapport, dans la mesure où elle conduit à réunir ensemble des éléments dont le régime juridique est très disparate : les exceptions au droit exclusif ne s'appliquent qu'à une catégorie d'utilisateurs et à certaines utilisations strictement définies, alors que la liberté d'utilisation du domaine commun structurel bénéficie à tous, sans limitation.

La seconde approche est plus restrictive. Elle n'intègre dans le domaine commun que les objets qui ne sont pas protégés par un droit de propriété intellectuelle. Cette approche se dédouble. D'aucuns cantonnent le domaine commun informationnel aux œuvres de l'esprit dont la protection par le droit d'auteur a expiré<sup>10</sup>. Une autre partie de la doctrine retient une conception plus accueillante de ce domaine, en y incluant aussi bien les éléments qui ne répondent pas aux conditions de la protection par un droit de la propriété intellectuelle que ceux dont la protection a expiré par l'effet du temps. Cette dernière l'approche est la plus classique ; c'est celle qui sera privilégiée dans le cadre du présent rapport.

Ainsi défini, le domaine commun informationnel a une composition instable<sup>11</sup>. Certes on admet que le domaine commun rassemble quatre territoires : ontologique, réglementaire, temporel et consenti<sup>12</sup>. Mais, le domaine commun étant conçu comme un simple réceptacle – comme l'envers de la protection –, ses frontières, on va le voir, sont délicates à tracer.

Le domaine commun ontologique saisit les ressources immatérielles qui ne satisfont pas aux conditions légales de la protection par un droit de propriété intellectuelle. On le désigne également souvent sous le nom de « *fonds commun* ». En droit d'auteur, il s'agit de tous les objets qui ne constituent pas des œuvres originales, tels que les idées<sup>13</sup>, les méthodes ou les œuvres non originales. On dit, selon la célèbre formule de Desbois, que « *les idées sont de libre parcours* ». Le libre parcours des idées innerve le droit des brevets.

---

<sup>8</sup> Cette approche se rencontre en droit d'auteur. V. sur ce point, S. DUSOLLIER, V.-L. BENABOU, "Draw me a public domain", in P. TORREMANS (ed.), *Copyright Law: a handbook of contemporary research*, Edgar Elgar, 2007, p. 161, spéc. p. 171 et s.

<sup>9</sup> S. DUSOLLIER, V.-L. BENABOU, art. préc. *ibid.* Cette distinction a été partiellement reprise par le Manifeste du domaine public élaboré par le réseau thématique européen Communia (v. S. MENDIS, « Manifeste pour le domaine public (2010) », in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 785).

<sup>10</sup> V. par exemple, en ce sens, S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, IRPI, 2002 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd. 2014, n°880, p. 529.

<sup>11</sup> En ce sens, P. LESCURE (dir.), *Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, Rapport remis au ministre de la culture, mai 2013, Fiche C-12, p. 448.

<sup>12</sup> Cette typologie a été mise en lumière par S. DUSOLLIER, « Domaine public (propriété intellectuelle) », art. préc., p. 378.

<sup>13</sup> Paris, pôle 6, ch. 12, 6 juill. 2017, *Jamel Comedy Club* : un format d'émission de télévision est une idée, non protégeable par le droit d'auteur. Plus généralement, v. M.-A. CHARDEAUX, « Idée », in *Dictionnaire des biens communs*, M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.) PUF, 2017, p. 639.

Aux termes de l'article L. 611-10-2 a) du Code de la propriété intellectuelle, la découverte<sup>14</sup> n'est pas brevetable « *en tant que telle* », qu'il s'agisse de la découverte d'une loi naturelle (le principe d'Archimède ou les lois de la mécanique quantique) ou de la découverte d'un produit naturel en dehors de toute application industrielle, tel un champignon. Les frontières de ce domaine ontologique restent néanmoins poreuses, compte tenu du caractère vague des critères de la protection. En droit d'auteur, la notion d'originalité constitue un critère subjectif et donc incertain. En droit des brevets, faire le départ entre une découverte et une invention n'est pas toujours aisé, comme l'a montré la question de la brevetabilité des séquences génétiques humaines<sup>15</sup>.

Le deuxième territoire est le domaine commun réglementaire. C'est l'hypothèse dans laquelle le législateur exclut certaines œuvres de la protection. La convention de Berne prévoit deux exclusions : les nouvelles de presse (obligatoire) et les textes officiels (facultatif).

Le troisième territoire est le domaine commun temporel : ce sont les créations pour lesquelles le droit incorporel a expiré. Le vocabulaire consacré l'exprime en disant qu'à l'expiration du droit incorporel – en droit d'auteur soixante-dix ans après la mort de l'auteur<sup>16</sup> – l'objet jadis protégé (œuvres de l'esprit, inventions, bases de données, dessins, modèles, phonogrammes, vidéogrammes) « tombe » dans le domaine commun. Là encore, ce domaine trahit une grande relativité<sup>17</sup>. Le statut juridique d'une ressource intellectuelle est, en effet, fonction de la législation qui est applicable. Or, en droit d'auteur, par exemple, la durée du droit varie d'un pays à l'autre. Par exemple, une œuvre entrée dans le domaine commun en France ne sera pas forcément entrée dans le domaine commun au Mexique<sup>18</sup>.

Le quatrième et dernier territoire est le domaine commun consenti. Il concerne essentiellement le droit d'auteur. C'est l'hypothèse dans laquelle un auteur renonce à la protection par le droit d'auteur<sup>19</sup>. Mais la légitimité et la validité d'une telle renonciation demeurent discutées, du fait de l'indisponibilité du droit moral<sup>20</sup>.

En somme, la définition classique du domaine commun s'avère minimaliste. C'est une notion qui émerge en miroir, en négatif de la protection. Elle est définie, en creux, par les articles qui fixent la durée de la protection et les conditions d'accès à la protection. Cette définition négative du domaine commun informationnel rend ses contours difficiles à tracer et participe indéniablement de sa précarité et de sa vulnérabilité à l'appropriation<sup>21</sup>.

## §2. Communalité du domaine commun informationnel

L'approche par les communs du domaine commun informationnel s'est développée dans un contexte de remise en question de l'équilibre jadis institué entre l'intérêt du créateur et celui de la société pour

---

<sup>14</sup> La découverte est la mise en évidence d'un phénomène naturel. V. Sur ce point, N. BINCTIN, « Découverte (approche juridique) », in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 337.

<sup>15</sup> Sur ce point, v. N. BINCTIN, art. préc. *ibid.*

<sup>16</sup> Art. L. 123-1 : « L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent ».

<sup>17</sup> Le droit des marques échappe à cette limitation temporelle. L'enregistrement d'un signe peut, en effet, être indéfiniment renouvelé (art.712-1 du CPI).

<sup>18</sup> Elle est de soixante-dix ans *post mortem auctoris* dans le cadre de l'Union, européenne, tandis qu'elle est, au Mexique, de cent ans *post mortem auctoris*. V. Sur la territorialité du droit d'auteur, v. S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, rapport établi pour l'OMPI, avril 2010, p. 24.

<sup>19</sup> Cette renonciation diffère des licences libres ou *Creative commons*. Dans une telle licence, l'auteur ne renonce pas à son droit d'auteur ; il exerce son droit d'auteur, mais de manière subversive : il s'appuie sur son droit d'auteur, non pour exclure, mais pour inclure, autrement dit pour conférer un périmètre de libertés aux utilisateurs. V. sur ce point, S. DUSOLLIER, « Les licences Creative commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *Propriétés intellectuelles*, janv. 2006, n° 18, p. 10, spéc. p. 11 ; *Rapport « Les licences libres », Echelle de communalité*.

<sup>20</sup> V. par exemple, N. BINCTIN, *op. cit.*, n° 140, p. 111.

<sup>21</sup> V. *infra*, n° 1.4.

justifier l'octroi de droits de propriété intellectuelle<sup>22</sup>. Traditionnellement, les droits de propriété intellectuelle reposent sur une conciliation entre deux impératifs : d'une part, un impératif de protection de l'auteur (intérêt de l'auteur) et, d'autre part, un impératif de diffusion de l'œuvre (intérêt de la société). Ainsi, d'un côté, les droits de la propriété intellectuelle (à tout le moins, le droit d'auteur et le droit des brevets) ont été conçus comme des récompenses que la société octroie à un créateur ; le créateur est récompensé, car il a enrichi le génie humain. Cet enrichissement justifie l'octroi d'un monopole d'exploitation à l'auteur ou à l'inventeur lui permettant de privatiser sa création, en contrôlant la reproduction ou l'exploitation notamment. Mais, d'un autre côté, il est également impératif que la création soit diffusée, il est impératif que le public puisse en jouir. Afin de satisfaire cet impératif, les droits de propriété intellectuelle ont été bornés, temporellement (limitation dans le temps de la durée du monopole)<sup>23</sup> et matériellement (conditions restrictives d'obtention d'un monopole<sup>24</sup>). Or le subtil équilibre que les droits de la propriété intellectuelle étaient parvenus à réaliser s'est rompu sous l'impulsion de deux facteurs : un facteur juridique et un facteur technologique.

En premier lieu, le facteur juridique tient à un durcissement sans précédent de la propriété intellectuelle. Depuis la seconde partie du XX<sup>e</sup> siècle, la propriété intellectuelle s'est extraordinairement étendue<sup>25</sup>, qu'il s'agisse de sa durée, de son domaine (logiciels, bases de données, séquençage de gènes) des prérogatives octroyées, ou des personnes bénéficiaires<sup>26</sup>. La littérature américaine a été la première à dénoncer cette extension considérable du champ de la propriété intellectuelle et les menaces qu'elle fait peser sur le domaine commun. Des auteurs américains ont décrit cette extension comme un second mouvement d'enclosure, par référence au premier mouvement d'enclosure qui a emprisonné les terres en Angleterre entre le XV<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup> siècle<sup>27</sup>. Dans ce contexte, a pu également être remise en question l'idée selon laquelle le monopole d'exploitation reconnu à un auteur ou à un inventeur stimulerait la création ou l'invention et bénéficierait à la société dans son ensemble<sup>28</sup>, en particulier en matière de brevet. Par exemple, aux États-Unis, Michael A. Heller a théorisé une « *tragédie des anti-communs* », en réponse à la fameuse présentation de la « *tragédie des communs* » vulgarisée par Hardin en 1968<sup>29</sup>, en relevant que l'excès de brevet constitue un barrage à l'innovation<sup>30</sup>.

En second lieu, les équilibres de la propriété intellectuelle ont été ébranlés par le déploiement de l'espace numérique, lequel a permis la diffusion et la réplique de l'information, à un coût marginal<sup>31</sup>, et, par là

---

<sup>22</sup> En ce sens, J. ROCHFELD, « Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français ? », in *Le retour de communs*, B. CORIAT (dir.), LLL, 2015, p. 87, spéc. p. 89 et s. V. sur ce point, L. PFISTER, « Histoire du droit d'auteur », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1110, 2010, n°41 et s.

<sup>23</sup> Les monopoles d'exploitation sont concédés pour des durées variables, mais toujours limitées dans le temps : vingt ans pour les brevets (art. L. 611-2 du CPI), soixante-dix ans *post mortem auctoris* pour la propriété littéraire et artistique (art. L. 123-1 du CPI).

<sup>24</sup> Condition d'originalité pour les œuvres de l'esprit ; exigence de nouveauté, d'activité inventive et d'application industrielle pour l'invention (art. L. 611-10 1<sup>o</sup> du CPI).

<sup>25</sup> M. VIVANT, « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ? », in *Mélanges Christian Mouly*, T. I, Litec, 1998, p. 441 ; C. CARON, « L'irrésistible décadence du domaine public », in *Études offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant, 2004, p. 61.

<sup>26</sup> Sur l'extension de la propriété intellectuelle et les menaces pesant sur le domaine public, v. *infra*, n° 1.4.

<sup>27</sup> J. BOYLE, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Law and contemporary problems*, vol. 66, 2003, p. 33 ; Y. BENKLER, « Free as the Air to Common Use : First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain », *New York University Law Review*, vol. 74, n° 2, 1999, p. 354.

<sup>28</sup> L. LESSIG, *L'avenir des idées. Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, trad. J.-B. Soufron et A. Bony, PUL, 2005. Sur cette contestation, v. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Précis, 3<sup>e</sup> éd., 2015, nos 6-7, pp. 13-16. V. cependant J. TIROLE, « Quelles finalités pour la propriété intellectuelle ? », *LPA* 19 mai 2005, n°PA200509911, p. 67 ; Ph. GAUDRAT, « La structure juridique des propriétés intellectuelles », in *Les modèles propriétaires*, LGDJ-Poitiers, 2012, p. 179, spéc. p. 183 et s.

<sup>29</sup> G. HARDIN, « The Tragedy of the Commons », *Science* 1968, vol. 162, p. 1243.

<sup>30</sup> M. A. HELLER, « The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets? », *Harvard Law Review*, vol. 111, n°3, janv. 1998, p. 621.

<sup>31</sup> La réplique et la diffusion est d'un coût d'autant plus faible que l'information elle-même ne dépend plus du support sur lequel elle est stockée. À cela, il faut ajouter que l'espace numérique a favorisé le retour de l'esprit communautaire, en

même, entraîné la disparition de la rareté<sup>32</sup>. Les œuvres de l'esprit (film, musique, livre) peuvent être répliquées et diffusées à l'infini sur le net, de manière quasiment instantanée, en ignorant les frontières. Une œuvre catapultée sur le net devient ainsi quasiment incontrôlable par les auteurs ou ayants droit. Le monopole de l'auteur est ainsi bousculé par les très grandes facilités de reproduction et de diffusion de l'information. Le droit d'auteur traverse depuis lors une zone de turbulence<sup>33</sup>. On conteste le monopole exclusif des créateurs, on appelle à une mise en commun des œuvres, en proposant de fonder la rémunération des auteurs sur un autre dispositif que la propriété, tel que, par exemple, la licence globale<sup>34</sup>.

Ce contexte a suscité un fort regain d'intérêt pour le domaine commun dont le territoire se rétrécit à mesure que l'appropriation gagne du terrain. Aux États-Unis, Jessica Litman a plaidé pour une protection du domaine public qui aurait pour objet de réserver aux communs les matériaux bruts de la création<sup>35</sup>. En Europe, un manifeste pour le domaine public a été élaboré par le réseau Communia, affirmant que ce qui est dans le domaine public ne peut pas être réapproprié par l'effet d'une restauration du droit d'auteur ou d'un allongement de sa durée<sup>36</sup>. En France, plusieurs rapports ont affirmé la nécessité de définir de manière positive le domaine commun informationnel afin de le protéger contre des réappropriations indues<sup>37</sup>. Ces différents plaidoyers ont abouti à deux propositions législatives. En 2013, une proposition de loi a été élaborée par la députée écologiste Isabelle Attard, dans le dessein de conférer au domaine commun un statut positif et d'interdire toute emprise sur lui, que ce soit par une mesure technique de protection ou par le droit *sui generis* des bases de données<sup>38</sup>. En 2015, l'article 8 du projet de loi pour une République Numérique, finalement abandonné, a créé la notion de domaine commun informationnel composé de trois classes d'éléments : les objets qui échappent à la propriété intellectuelle, les objets dont la protection par un droit de propriété intellectuelle a expiré et les informations issues de documents administratifs diffusés publiquement. Cette disposition qualifiait le domaine commun informationnel, ainsi défini, de chose commune afin d'interdire toute exclusivité sur ce domaine ou toute restriction à l'usage commun. Les usagers du domaine commun, ainsi que des associations agréées, auraient pu agir afin de faire cesser toute atteinte à ce domaine.

Mais une fois cette direction identifiée, il reste à déterminer quelle(s) conception(s) des communs est/sont utilisée(s) pour étudier l'institution. À cet égard, il faut en reprendre les principales branches<sup>39</sup>.

## 1. Communalité et approche naturaliste des communs

---

permettant la production de créations immatérielles par des internautes connectés les uns aux autres grâce aux licences libres ou Creative commons, par exemple.

<sup>32</sup> En ce sens, J. ROCHFELD, « Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français ? », art. préc. p. 90 ; F. ZENATI-CASTAING, « Le crépuscule de la propriété moderne. Essai de synthèse des modèles propriétaires », in *Les modèles propriétaires*, LGDJ-PU, 2012, pp. 225-238 ; M. A. LEMLEY, "IP in a World Without Scarcity", *Stanford Public Law Working Paper* n° 2413974, mars 2014, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=241394](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=241394).

<sup>33</sup> V.-L. BENABOU, « Grand guignol », *Propri. intellect.* juill. 2009, n° 32, p. 21 ; M.-A. CHARDEAUX, « Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité », *Com. Com. Elect.* avril 2011, p. 18.

<sup>34</sup> Sur ce mouvement v. J. RIFKIN, *La nouvelle société du coût marginal zéro. L'internet des objets, l'émergence des communs collaboratifs et l'éclipse du capitalisme*, LLL, 2014.

<sup>35</sup> J. LITMAN, « The Public domain », *Emory law Journal*, vol. 39, 1990, p. 965 et s.

<sup>36</sup> S. MENDIS, « Manifeste pour le domaine public (2010) », in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 785.

<sup>37</sup> Conseil national du numérique, *Ambition numérique*, juin 2015 ; Rapport de la Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique, Ass. nat. n° 3119, oct. 2015 ; V.-L. BENABOU, *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, 2014 ; P. Lescure (dir.), *Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, rapport remis au ministre de la culture, mai 2013, p.448 et s. (fiche C-12) ; S. DUSOLLIER, *Étude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, rapport établi pour l'OMPI, avril 2010.

<sup>38</sup> Proposition de loi « visant à consacrer le domaine public, à élargir son périmètre et à garantir son intégrité », n°1573, enregistré à l'Assemblée Nationale le 21 novembre 2013.

<sup>39</sup> V., pour ces diverses conceptions, *supra* Partie 1.

L'approche essentialiste est souvent convoquée pour justifier l'inappropriabilité et l'usage commun des éléments du domaine commun. Elle affleure dans la fameuse formule de Desbois selon laquelle « *les idées sont par essence et de destination de libre parcours* »<sup>40</sup>, comme si leur libre parcours relevait d'un état naturel. Au fond, la question de savoir si la conception du commun mobilisée est naturaliste ou non renvoie à un débat historique classique en droit d'auteur : le domaine public naît-il avec le droit d'auteur ou est-il l'état originel auquel le droit d'auteur est venu déroger ?<sup>41</sup>.

Il est vrai que les caractéristiques des éléments du domaine commun pourraient laisser penser que leur nature est d'être commune. Les entités immatérielles sont en effet des choses non rivales, c'est-à-dire des choses dont l'usage de l'un ne diminue pas l'usage des autres, de sorte que la nature des choses imposerait leur libre parcours. Mais cette conception naturaliste, si ce n'est romantique, du domaine commun ne saurait, néanmoins, convaincre. Rien n'est naturel dans le droit, et encore moins s'agissant d'entités aussi abstraites que les biens immatériels<sup>42</sup>. Les choses immatérielles - appropriées ou pas - sont des purs artefacts du droit. Elles sont façonnées, dessinées, construites par le droit. Il n'y a pas d'état naturel du domaine commun ; sa définition, sa composition est affaire de choix politiques<sup>43</sup>. Le choix a été fait de soustraire les éléments du domaine commun au monopole d'exploitation, mais ce n'était pas le seul choix possible. Ainsi, Le Chapelier, rapporteur du décret de 1791 relatif aux spectacles, affirmait qu'à l'expiration de la protection de l'œuvre « *la propriété du public commence, et tout le monde doit pouvoir imprimer, publier les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain* »<sup>44</sup>. L'évocation de cette propriété du public montre que d'autres qualifications étaient envisageables.

Le domaine commun informationnel ne participe donc pas d'une approche naturaliste des communs.

## 2. Communalité et approche politique des communs

Le domaine commun informationnel ne semble pas présenter de liens avec une deuxième approche, celle politique ou critique, pour deux raisons au moins.

D'une part, cette approche met l'accent sur le mécanisme de mise en commun (« *commoning* ») d'un bien qui aurait pourtant vocation à tomber sous l'empire d'une appropriation exclusive. Or le domaine commun, même dans sa conception minimaliste qui le conçoit par défaut comme le négatif de la propriété intellectuelle, n'a pas vocation à tomber sous l'empire d'une appropriation exclusive. Tout au contraire, sa vocation – quand bien même elle serait à l'heure actuelle contrariée par des stratégies de réappropriation indues – est d'échapper à l'appropriation, puisqu'il désigne des objets qui ne remplissent pas (ou plus) les conditions de la protection par un droit de propriété intellectuelle.

D'autre part, le domaine commun informationnel demeure très éloigné de l'idée, également développée par cette approche, selon laquelle la construction d'une gestion collective du bien s'opérerait de manière spontanée, comme le fruit d'une expérience collective et d'un système alternatif à la manière dont l'État incarne l'intérêt collectif. Par contraste, le domaine commun informationnel ne se place par définition

---

<sup>40</sup> H. DEBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1978, n° 17, p. 22.

<sup>41</sup> Sur ce débat, v. S. DUSOLLIER, « Domaine public (propriété intellectuelle) », in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 375, spéc. p. 377). A travers ce débat, on a transposé en matière incorporelle les débats afférents aux « *origines théologique du concept moderne de propriété* » en matière de biens corporels. On renoue avec la tradition communautaire du christianisme et de la théorie du domaine développée aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles qui ont installé l'idée d'une communauté ordinaire, primitive, d'un domaine commun à tous aux origines (V. sur cette question, J. ROCHFELD, « Communauté négative, positive, diffuse », *Dictionnaire des biens op. cit.*, p. 241).

<sup>42</sup> Y. BENKLER, « Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain », *New York University Law Review*, vol. 74, n°2, 1999, p. 354, spéc. p. 392: « *It would be ironic indeed if in this most "metaphysical" and artificial area of law – intellectual property – we were suddenly to adhere to a more naturalistic conception than we now hold of one's right to quiet enjoyment of one's home* ».

<sup>43</sup> En ce sens, S. DUSOLLIER, V.-L. BENABOU, « Draw me a public domain », art. préc. p. 161 ; M.-A CHARDEAUX, *Les choses communes*, op. cit., n° 125, p. 150 et s.

<sup>44</sup> Le Chapelier, Rapport à l'Assemblée Constituante du 13 janvier 1791.



pas hors du système juridique/étatique pour le réinventer. Il y participe au contraire puisque son territoire est délimité par les lois de la propriété intellectuelle, serait-ce de manière négative. En ce sens, il ne relève pas de cette approche politique/critique des communs.

### 3. Communalité et approche institutionnelle des communs

D'évidence également, le domaine commun informationnel n'épouse pas les caractéristiques du modèle ostromien du commun, organisationnel ou institutionnel. Ce modèle insiste sur la réunion, autour d'une ressource, d'un faisceau de droits (« *bundles of Rights* ») distribués entre différentes parties prenantes (« *stakeholders* »)<sup>45</sup>, associées dans le partage du bénéfice d'une ressource donnée. La distribution de ces droits est assurée par une structure de gouvernance, organisant l'exploitation de la ressource commune afin de garantir sa préservation. Dans cette conception, le commun va ainsi de pair avec une communauté de taille limitée (une communauté positive, fermée) et une gouvernance. Dans l'approche institutionnaliste, la gouvernance présente au moins deux traits spécifiques. D'une part, Elinor Ostrom souligne l'aspect auto-gouvernance : la « *gouvernance d'un commun repose sur une participation de l'ensemble des membres d'une certaine communauté* »<sup>46</sup>. D'autre part, Elinor Ostrom et les membres de l'école de Bloomington mettent l'accent sur une gouvernance polycentrique, autrement dit, une gouvernance fondée sur la coopération de partenaires égaux et la décentralisation plutôt que sur une coordination à partir d'un centre (et notamment d'un organe public)<sup>47</sup>.

Or, à l'aune de cette approche ostromienne, le domaine commun informationnel présente deux lacunes. En premier lieu, il n'induit pas l'existence d'une communauté fermée, mais, au contraire, d'une communauté ouverte, l'usage étant ouvert à tous. La communauté est donc celle de tous, de tout le genre humain. La communauté, dépourvue de frontière, ne parvient pas alors à se dessiner de manière positive ; elle n'émerge que de manière négative. En second lieu, le domaine commun marque par son absence de gouvernance. Dès lors, le domaine informationnel ne constitue pas un commun au sens de l'approche organisationnelle/institutionnelle. Le domaine commun informationnel échoue-t-il, alors - en dépit de l'adjectif commun qu'on lui accole - à se dessiner comme commun<sup>48</sup> ? Si le domaine commun informationnel ne participe pas d'une approche organisationnelle ou institutionnelle, il peut, néanmoins, relever d'une définition plus large du commun. Il revient ainsi à Carol Rose<sup>49</sup> et Yochai Benkler<sup>50</sup> d'avoir distingué deux types de communs :

- les *Common pool resources* (Elinor Ostrom et son école) ;
- les *Open access commons* qui désignent des ressources accessibles à tous, de manière symétrique, sans permission, telles que par exemple, le domaine commun informationnel.

Les *common access* constituent, un modèle de communs, non dans le sens ostromien, mais dans le sens « *d'une mise en commun de l'usage d'une ressource ; « non gouvernée », mais régulée par la puissance publique* »<sup>51</sup>. Pour Benkler, ce sont des ressources pour lesquelles il existe une liberté d'opérer dans des conditions

---

<sup>45</sup> Ostrom distingue cinq droits distincts - droit d'accès, droit au prélèvement, droit de régulation, droit d'exclusion et droit d'aliénation - répartis en deux ordres différents. Tandis que les deux premiers droits relèvent d'un niveau opérationnel, les trois autres concernent la gouvernance des communs.

<sup>46</sup> O. WEINSTEIN, « Gouvernance », in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 601, spéc. p. 605.

<sup>47</sup> O. WEINSTEIN, *ibid.*

<sup>48</sup> On rejoint ici la distinction entre un commun et un bien commun. V. sur ce point, B. CORIAT, « Définir les communs », in *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, B. CORIAT (dir.), Les liens qui libèrent, 2015, p. 23, spéc. p. 24 : « *une ressource partagée, mais sans droits de propriété clairement fixés et sans gouvernance permettant de veiller au bon respect de ces droits n'est pas un commun* » mais un bien commun (par exemple : l'océan ou le climat).

<sup>49</sup> C. ROSE, « The Comedy of the Commons: Custom, Commerce and Inherently Public Property », *The University of Chicago Law review*, vol. 53, n°3, 1986, p. 711.

<sup>50</sup> Y. BENKLER, « Between Spanish Huertas and the Open Road: a Tale of Two Commons? », in *Governing Knowledge commons*, B. FRISCHMANN, M. MADISON, K. STRANDBURG (dir.), Oxford University Press, 2014, p. 64.

<sup>51</sup> J. ROCHFELD, « Chose commune (approche juridique) », in *Dictionnaire des communs*, M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), PUF, 2017, p. 176, spéc. p. 184.

symétriques qu'il oppose à l'exclusivité de la propriété qui accorde des pouvoirs de décision asymétrique protégés par l'État<sup>52</sup>.

Le domaine commun informationnel est étranger à l'approche organisationnelle/institutionnelle communs.

#### 4. Communalité et approche téléologique des communs

*In fine*, le domaine commun informationnel relève d'une approche téléologique ou fonctionnelle. Son exclusion du domaine du monopole d'exploitation de l'auteur ou de l'inventeur **a pour but** de garantir l'usage commun des éléments qui le composent. Quand bien même, faute de régime juridique adéquat, le domaine commun peine à exister, il n'en reste pas moins qu'un choix – aussi fragile soit-il – de non-appropriation a été fait (v. *supra*, approche naturaliste). La doctrine affirme d'ailleurs que son existence est dictée par l'intérêt commun, l'intérêt (du) public ou l'intérêt de la société<sup>53</sup>.

### §3. Régime juridique actuel du domaine commun informationnel

Le domaine commun informationnel n'a pas, on l'a dit, de gouvernance ; cet axe ne sera donc pas étudié. Quant à l'axe « *obligation* », compte tenu de son caractère très ténu, il ne sera envisagé qu'à travers l'étude de l'accès et de l'usage.

Le domaine commun informationnel se caractérise en réalité, en l'état, par un régime juridique embryonnaire, squelettique. Théoriquement, les éléments du domaine commun informationnel n'étant pas (ou plus) protégés par un droit de propriété intellectuelle, ils font l'objet d'un usage commun à tous, libre, égal et gratuit<sup>54</sup>. L'auteur ou l'inventeur n'a pas (ou plus) de monopole d'exploitation : la diffusion ou la reproduction des éléments du domaine commun échappe à son contrôle, sous réserve du droit moral de l'auteur qui est perpétuel<sup>55</sup>. Quiconque peut les reproduire, les communiquer au public ou les distribuer, sans avoir à recueillir une autorisation ou à payer une redevance<sup>56</sup>. La création dans le domaine commun peut même être le terreau d'œuvres nouvelles protégeables : elle peut faire l'objet d'une traduction, d'une adaptation, d'une publication enrichie d'un appareil critique. Ces œuvres dérivées, fabriquées à partir d'une œuvre de l'esprit dans le domaine commun, font l'objet d'un monopole d'exploitation si elles remplissent la condition d'originalité du droit d'auteur. Mais cette

<sup>52</sup> Y. BENKLER, art. préc. p.64 et s.

<sup>53</sup> F. POLLAUD-DULIAN, « La durée du droit d'auteur », *RIDA*, 1998, n° 176, p. 93 : il existe un « intérêt collectif majeur à un libre accès aux œuvres au-delà d'une période assurant une juste rémunération ». Des auteurs évoquent l'intérêt général (en ce sens, J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflit de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préface M. Vivant, Litec, 1990, n° 361, pp. 328-329). D'autres auteurs font allusion au compromis qui doit être réalisé entre l'intérêt de l'auteur et celui de la société ou de la collectivité (en ce sens, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1978, n° 322, p. 415 ; C. POURQUIER, *Propriété et perpétuité. Essai sur la durée du droit de propriété*, préface Ch. Atias, PUAM, 2000, n° 284, pp. 241-242 ; Ch. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, avant-propos A. Françon, Litec, Publications IRPI, n° 17, 1998, n° 306, p. 270). Une autre partie de la doctrine évoque l'intérêt public ou l'intérêt du public (en ce sens, D. COHEN, « La liberté de créer », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. CABRILLAC, M. A. FRISON-ROCHE, Th. REVET, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2004, p. 407, spéc. n° 564, p. 419 ; A. FRANCON, « Intérêt public et droit d'auteur en France », in *L'intérêt public. Principe du droit de la communication français et québécois*, sous la dir. de E. DERIEUX et P. TRUDEL, Actes du colloque Franco-Québécois des 19, 20 et 21 septembre 1995, Victoires éd., Actes et documents, 1996, p. 77, spéc. pp. 83-84 ; P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 214, p. 367).

<sup>54</sup> Sur ces trois principes applicables à l'usage commun, v. M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.* n° 208, p. 313 et s.

<sup>55</sup> V. *infra*. 1.4.1.

<sup>56</sup> L'instauration d'un domaine public payant a été discutée à plusieurs reprises par le passé, tant en droit interne qu'en droit communautaire (v. A. DIETZ, *Le droit d'auteur dans la Communauté européenne*, Commission des Communautés européennes, coll. études, Bruxelles, juillet 1996, pp. 141-142 et p. 201). Dans un tel système, l'utilisation de l'œuvre tombée dans le domaine commun demeure libre, mais son utilisation est soumise au paiement d'une redevance. Ce système existe dans plusieurs pays, notamment en Grande Bretagne et en Italie (v. Cl. COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, Approche de droit comparé*, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 1992, p. 87 et s.). Sur le domaine public payant, v. J. VILBOIS, *Du domaine public payant en matière de droit d'auteur*, Librairie du Recueil Sirey, 1928 ; S. DUSOLLIER, *Rapport OMPI op. cit.*, p. 44.

privatisation de l'œuvre dérivée n'affecte pas le libre parcours de l'œuvre originale qui demeure offerte à tout un chacun comme matériau de base pour toute nouvelle création.

Certes la liberté d'utilisation des œuvres de l'esprit dont le monopole d'exploitation a expiré demeure affectée d'une certaine précarité, du fait de la perpétuité du droit moral. Les héritiers de l'auteur peuvent interdire toute utilisation de l'œuvre du domaine commun qui porterait atteinte à la divulgation et à l'intégrité de l'œuvre ou au droit de paternité. La perpétuité du droit moral laisse ainsi planer le risque de son instrumentalisation pour imposer un régime d'autorisation préalable. Mais cette crainte paraît peu infondée. Dans la fameuse affaire *Les Misérables*, les héritiers de Victor Hugo qui avaient voulu interdire la publication d'une suite du roman de leur aïeul ont été déboutés de leur demande, motif pris qu'une œuvre dans le domaine commun peut être librement adaptée, sur le fondement de la liberté de création<sup>57</sup>. À cela, il faut ajouter que le droit moral apparaît davantage comme un instrument de préservation du patrimoine culturel qu'un instrument de protection des intérêts individuels de l'auteur. En effet, les pouvoirs publics jouent un rôle dans la défense du droit moral. En témoigne la compétence du ministre chargé de la Culture pour agir en justice contre un ayant droit qui aurait abusé de l'exercice du droit moral *post mortem*<sup>58</sup>. Le ministre de la Culture<sup>59</sup> peut ainsi réclamer en justice le respect du droit moral ou contraindre les héritiers à renoncer à leur refus de divulgation. Dans ce cadre le droit moral prend alors une dimension plus collective ; il a davantage pour objet de protéger le patrimoine culturel que de sauvegarder les intérêts de l'auteur<sup>60</sup>.

En pratique, cependant, le régime juridique du domaine commun informationnel, faute de consécration législative, se révèle bien fragile face aux velléités d'appropriation, en particulier en matière de droit d'auteur. D'ailleurs, aux États-Unis, la Cour suprême a affirmé qu'aucune règle ne s'opposait à un rétablissement du *copyright* sur des œuvres jadis tombées dans le domaine commun<sup>61</sup>. En France, les assauts de l'exclusivité contre le domaine commun se sont multipliés ces dernières années. Sans prétendre à l'exhaustivité, sept illustrations – à des degrés divers - de cette enclosure du commun seront rapidement esquissées. Certaines sont anciennes, d'autres sont nouvelles.

## 1. Les enclosures anciennes

### 1.1. L'accès à l'œuvre refusé par le propriétaire du support

Les œuvres des arts plastiques et graphiques sont susceptibles d'être soustraites à la jouissance de tous, du fait de la symbiose qui existe entre l'œuvre et la chose corporelle dans laquelle elle s'incorpore. En effet, si le propriétaire de la chose corporelle restreint, voire interdit, l'accès à son bien, il s'oppose du même coup à l'utilisation de l'œuvre par tous, en dépit de son appartenance théorique au domaine commun, dès lors que le monopole a expiré. S'il existe une action en justice pendant la durée de

---

<sup>57</sup> Cass. civ. 30 janvier 2007, CCE n°3, mars 2007, comm. 34, note C. Caron : « la "suite" d'une œuvre littéraire se rattache au droit d'adaptation ; que sous réserve du respect du droit au nom et à l'intégrité de l'œuvre adaptée, la liberté de création s'oppose à ce que l'auteur de l'œuvre ou ses héritiers interdisent qu'une suite lui soit donnée à l'expiration du monopole d'exploitation dont ils ont bénéficié ». *Adde*, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 juin 2017, n° 15-28.467 et n° 16-11.759 sur la nécessité de respecter un juste équilibre entre la liberté de création du metteur en scène avec la protection du droit moral du compositeur et de l'auteur du livret.

<sup>58</sup> Art. L. 121-3 du CPI. D'ailleurs, le TGI de Reims a jugé que le ministre des Arts et des Lettres était investi « de la mission de défendre l'intérêt national, en l'espèce, celui de la pensée française » (TGI de Reims, 9 janvier 1969, affaire *Lecomte*, D. 1969, p. 569, note H. DESBOIS ; *Gaz. Pal.* 1969. 1. 257, note S. SARRAUTE).

<sup>59</sup> S'il s'agit d'une œuvre littéraire, le Centre national du livre (CNL) peut également agir pour défendre le droit moral de l'auteur décédé. En revanche, la jurisprudence refuse à d'autres personnes, spécialement aux sociétés d'auteurs ou aux associations, la possibilité d'agir au titre de la défense du droit moral. V. Cass. civ 1<sup>re</sup>, 6 décembre 1966, (2 arrêts), *Les liaisons dangereuses*, JCP éd. G. 1967, II, 14937, concl. LINDON ; D. 1967, p. 381, note H. DESBOIS dans lesquels la Haute juridiction a dénié à la Société des gens de lettres la qualité pour ester en justice afin de protéger le droit moral de Choderlos de Laclos.

<sup>60</sup> M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.*, n° 214 et s., p. 247 et s.

<sup>61</sup> US Supreme Court, *Golan v. Holder*, 132 S.Ct, 873 [2012] ; CCE, déc. 2012, n°12, étude 21, Ph. MOURON.

protection de l'œuvre permettant de vaincre le refus du propriétaire de mettre l'œuvre à disposition des titulaires des droits, elle ne semble pas pouvoir être exercée une fois que le monopole a expiré<sup>62</sup>. Aussi le propriétaire du *corpus mechanicum* d'une œuvre tombée dans le domaine commun peut-il librement exercer un monopole de fait sur cette œuvre et contrarier l'accès et l'usage commun.

## 1.2. La restauration du droit d'auteur

La durée du droit d'auteur n'est pas gravée dans le marbre. Elle a été régulièrement allongée. Cet allongement a eu pour effet de retarder l'entrée des œuvres dans le domaine commun, si ce n'est de rappeler à la protection des œuvres tombées dans le domaine commun. Ce fut le cas lors de l'entrée en vigueur de la directive 1993/98/CE de l'Union européenne sur la durée qui a restauré un droit d'auteur de 70 ans après la mort de l'auteur sur les œuvres dont la durée de protection de 50 ans *post mortem auctoris* avait expiré dans certains États membres. Il en a été de même en matière de droits voisins sur les phonogrammes que la Cour de Justice a restaurés sur des enregistrements du domaine public<sup>63</sup>.

## 1.3. La restauration d'autres droits intellectuels

D'autres droits intellectuels sont susceptibles d'accaparer une œuvre ou une information dans le domaine commun. Cet accaparement ne résulte généralement pas du droit de dessins ou de modèles industriels ou du droit des brevets, leur durée étant inférieure à celle du droit d'auteur. En revanche, il peut résulter, soit du droit des marques, soit du droit sur les bases de données.

D'une part, s'agissant du droit des marques, une facette d'une œuvre de l'esprit tombée dans le domaine commun, telle que, par exemple, un personnage, une musique, une peinture (*La Laitière* de Vermeer), un nom ou la forme d'un objet, peut être enregistrée comme marque<sup>64</sup>. L'auteur ne peut pas s'y opposer puisque par hypothèse son monopole a expiré. De manière générale, cette appropriation par le biais du droit des marques d'une dimension d'une œuvre de l'esprit dans le domaine commun n'affecte que très marginalement la libre utilisation de l'œuvre par tous<sup>65</sup>. Elle n'est soustraite à l'usage commun qu'au titre de la marque. Encore cette soustraction est-elle limitée<sup>66</sup> puisqu'en vertu du principe de spécialité, le signe peut être librement utilisé, sous certaines réserves, pour distinguer des produits, des services ou des entreprises relevant de secteurs d'activités différents. Par exemple, si l'image de *La Joconde* est déposée comme marque de cartes postales, ce dépôt interdit d'utiliser cette œuvre en tant que marque pour désigner des cartes postales dans le territoire où la marque est en vigueur. En revanche, il ne fait obstacle ni à ce que cette image soit déposée à titre de marque pour un produit différent ni à la commercialisation de cartes postales représentant cette œuvre. En somme, la marque protégeant un produit et non une création, le dépôt de l'œuvre comme marque ne devrait pas ou peu contrarier sa libre utilisation par tous. Tout un chacun peut, librement et gratuitement, continuer à la reproduire ou à la représenter. Une seule utilisation de l'œuvre est désormais interdite au tiers : déposer l'œuvre de l'esprit à titre de marque pour désigner des produits identiques ou similaires.

---

<sup>62</sup> L'article L. 111-3, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle prévoit qu'en « *cas d'abus notoire* » du propriétaire du support matériel « *empêchant l'exercice du droit de divulgation* », l'auteur ou ses ayants-droit peuvent saisir le Tribunal de grande instance afin qu'il prenne « *toute mesure appropriée* ». Si le texte ne vise que le cas où le propriétaire du support s'oppose à la divulgation, il ne doit pas cependant être interprété de manière restrictive comme ne concernant que les œuvres non divulguées. La doctrine incline à considérer qu'il faut étendre l'application de ce texte à toutes les hypothèses dans lesquelles le propriétaire fait obstacle à l'exploitation de l'œuvre par l'auteur ou ses ayants-droit. V. par ex. en ce sens, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2016, n° 442, p. 410.

<sup>63</sup> CJCE, 29 juin 1999, *Butterfly Music*, C-60/98 ; CJCE 20 janvier 2009, *Sony Music entertainment*, C-240/07.

<sup>64</sup> Une telle marque risque cependant de manquer de distinctivité, car le signe est perçu comme une œuvre. Sur les restrictions à un tel enregistrement, v. S. DUSOLLIER, « Pour un régime positif du domaine public », art. préc. p. 240 et s.

<sup>65</sup> M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.*, n° 84, p. 97 et s.

<sup>66</sup> V. sur ce point, S. DUSOLLIER, *ibid.*

Mais un risque d'amputation du domaine commun ne peut pas être totalement écarté. Un tel risque surgit, lorsque les titulaires de la marque enregistrent le signe considéré pour de nombreuses classes de produits – vidant, par là même de sa substance le principe de spécialité – et ce, en étroite relation avec l'œuvre. Il suffit, par exemple, de penser au nom Mickey enregistré comme marque communautaire pour des produits et services relatifs à l'éducation, la formation, le divertissement et les activités sportives et culturelles<sup>67</sup>. À supposer que cette marque soit valable, en particulier qu'elle soit suffisamment distinctive – elle pourrait empêcher la reproduction de ce personnage dans des livres ou des films, une fois le droit d'auteur expiré. Il conviendrait donc de refuser l'enregistrement d'une marque sur une facette d'une œuvre dans le domaine commun de nature à recréer un monopole sur celle-ci<sup>68</sup>. Dans cette perspective, la Cour de justice de l'Association européenne de libre-échange a estimé que si, en principe, l'enregistrement d'une marque sur une œuvre de l'esprit tombée dans le domaine commun n'est pas contraire à l'ordre public, une telle contrariété sera établie si l'enregistrement du signe est de nature à porter une atteinte sérieuse à l'intérêt de la société<sup>69</sup>.

D'autre part, s'agissant du droit des bases de données. Si le producteur d'une base de données peut faire état d'un investissement<sup>70</sup>, il bénéficie alors d'une protection, expression d'un véritable droit exclusif, sur le contenu de la base. Ce droit autorise le producteur à interdire l'extraction ou la réutilisation totale ou « d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle » du contenu de la base<sup>71</sup>. Elle l'autorise encore à interdire « l'extraction et la réutilisation répétée et systématique de parties non qualitativement ou quantitativement substantielles du contenu de la base lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données »<sup>72</sup>. Un tel droit est donc susceptible d'entraver le libre accès et usage du domaine commun. Ainsi, une base de données rassemblant des images de peinture tombées dans le domaine commun ou des textes officiels est susceptible d'être protégée par le droit *sui generis* du producteur de la base.

#### 1.4. La restauration d'une exclusivité par le biais de la responsabilité civile

Le droit de la responsabilité civile, à la faveur de la concurrence déloyale et du parasitisme économique, est susceptible de créer un monopole<sup>73</sup> sur des éléments dans le domaine commun.

En matière de concurrence déloyale, il ne devrait pas y avoir de faute à copier une création dans le domaine commun, la liberté d'utilisation de l'œuvre impliquant la liberté de copie<sup>74</sup>. Mais la jurisprudence demeure incertaine. En droit d'auteur, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a certes affirmé l'impossibilité d'une action en concurrence déloyale contre un éditeur ayant publié une œuvre tombée

---

<sup>67</sup> *Mickey Mouse*, CMP, n° 002827426, déposée le 26 août 2002 et enregistrée le 24 février 2004, pour les classes, 9, 16, 25, 28 et 41 au bénéfice de Disney Entreprises Inc. V. sur ce point, S. DUSOLLIER, « Pour un régime positif du domaine public », art. préc. p. 241.

<sup>68</sup> V. par exemple, CJUE, 18 septembre 2014, *Hauck/Stokke*, C-205/13, § 31 rappelle « l'objectif d'éviter que le droit exclusif et permanent que confère une marque puisse servir à perpétuer, sans limitation dans le temps, d'autres droits ».

<sup>69</sup> Court of Justice of the European Free Trade Association States (EFTA), 6 avril 2017; M. SENFILEBEN, « Vigeland and the Status of Cultural Concerns in Trade Mark Law – The EFTA Court Develops More Effective Tools for the Preservation of the Public Domain », *Open access publication*.

<sup>70</sup> Il faut que « la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci (le contenu) atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel » (art. L. 341-1 du CPI).

<sup>71</sup> Art. L. 342-1 CPI.

<sup>72</sup> Art. L. 342-2 CPI.

<sup>73</sup> Sur ce point, J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, Th. REVET, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 281.

<sup>74</sup> En effet, copier une œuvre tombée dans le domaine commun n'est pas en soi condamnable car « il n'y a pas faute, même légère, dans la reproduction d'objets qui ne sont pas protégés, sinon on parviendrait à reconstituer le droit privatif sous une autre forme » (P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, T. I, *Partie générale*, Librairie du recueil Sirey, 1952, n° 72, p. 313).

dans le domaine commun<sup>75</sup>. Mais il n'en demeure pas moins que la même Chambre a sanctionné la copie d'une montre dont les formes étaient tombées dans le domaine public<sup>76</sup>.

Quant au parasitisme, lequel consiste à profiter indûment des investissements d'autrui, il a permis d'interdire la reproduction d'éléments dans le domaine commun, tels que des idées, des concepts<sup>77</sup> ou de simples faits<sup>78</sup>, indépendamment de toute faute. L'effet de réservation qui résulte d'une telle sanction est si fort, qu'il produit un effet d'appropriation sur les éléments concernés<sup>79</sup>.

## 2. Les enclosures nouvelles

### 2.1. Les mesures techniques de protection

Les titulaires d'un droit d'auteur peuvent mettre en place des mesures techniques afin de limiter ou d'empêcher les utilisations non autorisées des œuvres protégées. La mesure technique peut être définie comme une technologie qui empêche ou limite les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin, par exemple au moyen d'un cryptage ou de l'application d'un code d'accès ou d'un mécanisme de contrôle de la copie<sup>80</sup>. Ces mesures concrétisent donc technologiquement, l'exclusivité de l'auteur sur son œuvre. Or à supposer que ces mesures techniques subsistent à l'expiration du monopole, elles continueront alors d'empêcher les tiers d'accéder à l'œuvre censée être tombée dans le domaine

---

<sup>75</sup> Cass. com., 24 janvier 1972, Bull. civ. IV, n° 27 : « la Cour d'appel qui constate l'absence de droits privatifs (...) a pu déclarer qu'il n'y avait pas de faute à utiliser ce qui est dans le domaine public » ; CA Toulouse, 19 octobre 1988, D. 1989, Jurisp., p. 290, note J.- F. BARBIERI : « si un produit ne bénéficie pas de la protection des lois du 14 juillet 1909 ou du 11 mars 1957, admettre que sa seule reproduction qui ne lèse aucun droit privatif serait constitutive d'une faute aboutirait à créer une protection subsidiaire faisant revivre, par un biais excluant la notion fondamentale d'originalité, la protection des lois susvisées ». Même solution en droit des brevets, à propos des briques Lego qui, à l'expiration du brevet dont elles faisaient l'objet, avaient été commercialisées par un nouvel exploitant (CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 18 octobre 2000, D. 2001, Jurisp., p. 850, note J. PASSA ; Ph. LE TOURNEAU, « Peut-on entonner le requiem du parasitisme », D. 2001, Point de vue, p. 1226 : « le simple fait de copier la prestation d'autrui ne constitue pas comme tel un acte de concurrence fautif, le principe étant qu'une prestation qui ne fait pas ou ne fait plus l'objet de droits de propriété intellectuelle peut être reproduite librement ; qu'une telle reprise procure nécessairement à celui qui la pratique des économies qui ne sauraient, à elles seules, être tenues pour fautives, sauf à vider de toute substance le principe ci-dessus rappelé »).

<sup>76</sup> Cass. com., 22 octobre 2002, D. 2002, cahier droit des affaires, Jurisp., p. 3142, note E. CHEVRIER : « une Cour d'appel qui estime que l'offre faite par la société Métro à sa clientèle d'une copie servile de la montre tank de la société Cartier porte manifestement atteinte à l'image de marque de cette montre qu'elle vulgarise et déprécie, la rabaisant au rang de simple gadget publicitaire, a pu décider qu'un tel usage, en ce qu'il affectait l'image, qualifiée de prestigieuse, d'un produit notoire et de marque, ne fût-il plus couvert par un droit privatif, était fautif ».

<sup>77</sup> V. par ex., Cass. com., 30 janvier 1996, D. 1997, Jurisp., p. 232, note Y. SERRA : « l'imitation de la formule publicitaire (...), dans le but évident de profiter à un moindre coût de l'impact des campagnes promotionnelles » du parasitisme caractérise une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, même si les sociétés ne sont pas en situation de concurrence ». Plusieurs arrêts récents fournissent des exemples de reprises fautives soit d'un concept « suffisamment distinctif pour être protégé » ou « innovant », soit d'une idée publicitaire « qui n'est pas usuelle, mais distinctive des produits » du demandeur (Cass. com., 16 févr. 2016, n° 13-28.448, aff. La société CND, inédit ; A. BALLOT-LENA et G. DECOCQ, « Droit de la concurrence déloyale » : JCP E 2017, 1418, n° 6. Il en va différemment si le concept n'est pas jugé distinctif : Cass. com., 22 juin 2017, n° 14-20.310, JCP éd. G, n° 49, 1282, note G. DECOCQ : « les idées étant de libre parcours, le seul fait de reprendre, en le déclinant, un concept mis en œuvre par un concurrent ne constitue pas un acte de parasitisme ».

<sup>78</sup> V. par ex., TGI Paris, 14 septembre 1994, Sté Les échos et autres c/ Sté S & W, RIDA, juillet 1995, n° 165, p. 353 : jugé que la reprise des éléments factuels contenus dans les articles des *Echos* constituait un acte de concurrence parasitaire, au motif que « cette appropriation systématique, persistante et importante outrepassait la liberté de circulation de l'information et la constitution d'un fonds documentaire ».

<sup>79</sup> V. par ex. M.-A. CHARDEAUX, *op.cit.*, n° 265, p. 294 et s.

<sup>80</sup> Elles sont définies à l'article L. 331-5 du CPI.

commun<sup>81</sup>. Ce faisant, elles créent un monopole de fait sur cette œuvre qui prend le relais du droit exclusif. Les mesures techniques de protection participent donc à l'enclosure des communs<sup>82</sup>.

## 2.2. La superposition entre le domaine commun informationnel et le domaine public du droit administratif

### 2.2.1. Les collections des musées, des bibliothèques ou autres institutions patrimoniales

Les collections des musées, des bibliothèques ou autres institutions patrimoniales appartiennent au domaine public en vertu de l'article L. 2112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. Mais les œuvres d'art des musées ou les documents des bibliothèques peuvent également appartenir au domaine commun informationnel, le monopole de l'auteur ayant expiré ou n'ayant jamais existé. À leur endroit, on note donc une superposition entre le domaine public et le domaine commun. Or cette appartenance au domaine public est susceptible d'entraver le libre accès et usage du domaine commun informationnel, dans la mesure où les musées ou les bibliothèques contrôlent l'accès à leurs collections. Deux illustrations peuvent en être données. La première concerne la prise de photographie des collections des musées, la seconde la numérisation.

D'une part, dans sa décision *Commune de Tours*, le Conseil d'État a estimé que la prise de photographies d'œuvres de collection d'un musée public, à des fins commerciales, s'analysait en une utilisation privative du domaine public, soumise à autorisation préalable assortie d'une redevance<sup>83</sup>. Autrement dit, cette décision reconstitue, lorsque les droits patrimoniaux de l'auteur sur l'œuvre ont expiré, une forme de monopole sur le domaine commun.

D'autre part, les musées, bibliothèques et archives se livrent depuis plusieurs années à des opérations massives de numérisation de leurs fonds et collections. La charte du domaine public d'Europeana (bibliothèque numérique européenne) souligne que les œuvres dans le domaine commun sous forme analogique restent dans le domaine commun après leur numérisation, et que leur accès ne devrait être soumis à aucune restriction<sup>84</sup>. Pourtant, les institutions culturelles ont, un temps, institué un contrôle de l'utilisation des images issue la numérisation, sur le fondement de leur appartenance au domaine public. Cette logique a désormais cédé la place à celle de la réutilisation des informations publiques dans le cadre de la directive 2013/37/UE sur la réutilisation des informations du secteur public. Les règles de la directive figurent désormais dans le Code des relations entre le public et l'administration. Le livre 3 de ce code pose le principe de la gratuité de la réutilisation des informations publiques<sup>85</sup>, tout en admettant le versement d'une redevance pour la réutilisation des informations issues des opérations de numérisation et des fonds et collections des bibliothèques, musées<sup>86</sup>, archives et la reconnaissance d'une période

---

<sup>81</sup> V. cependant, CJUE, 23 janvier 2014, aff. C-355/12, Nintendo, CCE 2014, comm. 26, note C. Caron : qui admet, en substance, que pour bénéficier d'une protection contre sa neutralisation, la mesure technique doit avoir pour finalité de protéger le monopole de l'auteur. Il faudrait en déduire que si l'œuvre est tombée dans le domaine commun, la mesure technique devrait pouvoir être neutralisée puisque le monopole de l'auteur n'existe plus

<sup>82</sup> En ce sens, S. DUSOLLIER, « Mesures techniques de protection (droit d'auteur) », in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 803, spéc. p. 804 ; M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.* n° 223, p. 293. Cette enclosure a été dénoncée dès le début des années 2000 par la doctrine américaine : v. par exemple : J. BOYLE, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain, *Law and contemporary problems* », vol. 66, 2003, p. 33 ; Y. BENKLER, « Free as the Air to Common Use : First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain », *New York University Law Review*, vol. 74, n°2, 1999, p. 354.

<sup>83</sup> CE 29 oct. 2012, *Commune de Tours c/ EURL photo Josse*, *AJDA* 2013, p. 111, note N. Foulquier ; *CCE* 2013, n°2, étude 2, note J.-M. BRUGUIERE.

<sup>84</sup> V. sur ce point, S. MENDIS, « Europeana », in *Dictionnaire des communs*, M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.) PUF, 2017, p. 521, spéc. p. 523.

<sup>85</sup> Art. L. 321-1 et s. du code des relations entre le public et l'administration.

<sup>86</sup> Art. L. 324-1 et s. du code des relations entre le public et l'administration.

d'exclusivité de maximum 15 ans en cas de partenariat public-privé<sup>87</sup>. Lorsque l'œuvre numérisée ne fait plus l'objet d'une protection par un droit de propriété intellectuelle, il s'agit d'une restriction au libre accès et à l'usage commun.

### 2.2.2. Les domaines nationaux

À rebours des jurisprudences judiciaire<sup>88</sup> et administrative<sup>89</sup> qui ont proclamé que l'image d'un immeuble ne fait pas l'objet d'un droit exclusif, le législateur a créé une restriction à l'usage commun concernant l'image des domaines nationaux, alors même que ces domaines appartiennent au domaine commun (monopole de l'auteur expiré ou absence de droit d'auteur).

La loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016, relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine, a inscrit à l'article L. 621-42 du Code du patrimoine la possibilité pour les gestionnaires des domaines nationaux de soumettre à autorisation préalable et à redevance l'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles constituant ces domaines<sup>90</sup>. Le domaine national est défini comme des « *ensembles immobiliers entretenant un lien exceptionnel avec l'histoire de la nation et dont l'État est, au moins pour partie, propriétaire* ». Cette catégorie comprend, pour l'heure, six domaines, dont le domaine national Chambord. Contesté dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, l'article L. 621-42 du Code du patrimoine a reçu, par décision du Conseil constitutionnel du 2 février 2018, un brevet de constitutionnalité<sup>91</sup>. En somme, cette disposition institue un nouveau grignotage du domaine commun.

### 3. Le copyfraud

En réaction au *copyright* est apparue la notion de *copyfraud*. Il s'agit d'une notion doctrinale. Selon le juriste américain Jason Mazzone, le *copyfraud* peut se définir comme le fait de revendiquer indûment un droit exclusif sur un élément du domaine commun<sup>92</sup>. Le phénomène de *copyfraud* est bien connu outre-Manche. Par exemple, les éditions du *Times*, depuis 1785, ne sont accessibles que moyennant un abonnement payant et ornées de la mention « © *Times Newspapers Limited* », alors que la majorité de ces publications sont tombées dans le domaine commun. De manière plus générale, Andrea Wallace qui étudie ces pratiques de *copyfraud* a mis en lumière que les reproductions numériques d'œuvres dans le domaine commun réalisées par les institutions culturelles ne sont pas, dans leur très grande majorité, librement utilisables par le public<sup>93</sup>. Selon cette auteure, les institutions culturelles édictent des conditions d'utilisation précises qui altèrent la liberté du public à utiliser les reproductions en cause.

*In fine*, on peut résumer l'état du régime actuel par le tableau suivant :

---

<sup>87</sup> Ce livre est intitulé « L'accès aux documents administratifs et la réutilisation des informations publiques ».

<sup>88</sup> Cass. Ass. Plén., 7 mai 2004, Soc. Hôtel Girancourt ; *Propriétés intellectuelles*, juillet 2004, n° 12, p. 817, obs. V.-L. BENABOU.

<sup>89</sup> CE, Ass., 13 avr. 2018, n° 397047 ; M.-A. CHARDEAUX, « L'image du château de Chambord n'est pas le château de Chambord. Dire l'inappropriable » *LPA* 30 janv. 2018, n°022, p. 6 ; F. TARLET, « L'heureux alignement de principe du droit de l'image des immeubles publics sur celui des immeubles privés », *RDI* 2018. p. 345.

<sup>90</sup> Art. 75 de la loi n° 2016-925 dit « amendement Kronenbourg ».

<sup>91</sup> Art. L. 325-3 et s. du code des relations entre le public et l'administration.

<sup>92</sup> Selon J. MAZZONE, (« Copyfraud », *Brooklyn Law School*, Legal Studies Paper No. 40 ; *New York University Law Review*, Vol. 81, p. 1026, 2006 - disponible sur : <https://ssrn.com/abstract=787244>, p. 1026-1100), le copyfraud regroupe quatre hypothèses : déclarer posséder des droits d'auteur sur du matériel du domaine commun ; imposer des restrictions d'utilisation allant au-delà de ce que la loi permet ; déclarer posséder des droits d'auteur sur la base de possession de copies ou d'archives du matériel ; déclarer posséder des droits d'auteur en publiant un travail du domaine commun sous un support différent.

<sup>93</sup> A. WALLACE, *Display At Your Own Risk: An experimental exhibition of digital cultural heritage*, disponible sur <https://ore.exeter.ac.uk/repository/handle/10871/29661>.



ACCÈS				
Qui	Source juridique <sup>94</sup>	Comment	Nature juridique <sup>95</sup>	Action en justice
Accès ouvert à tous/concurrent	La loi (en négatif)	Principe : libre, égal et gratuit	Pas de qualification juridique de la prérogative	Pas d'action en justice consacrée Quelles sont les actions en justice possibles pour obtenir l'accès ? Qui peut agir en justice ?
Accès réservé à une communauté partiellement ouverte		Contrainte d'accès et/ou financement si numérisation des fonds et collection des bibliothèques musées et archives		
Accès fermé (individuel ou collectif) <sup>96</sup>		Contraintes d'accès liées au statut juridique du support matériel de la chose (propriété privée, musées, bibliothèques, archives)		

USAGE			
Qui	Comment	Action en justice	
<b>Usage ouvert/concurrent</b> (selon le caractère rival ou non rival du bien)	Tous les usages possibles	Action exercée par les héritiers du droit moral	
Usage réservé à une communauté/ partiellement ouvert	Limitations : Limitation des usages susceptibles de nuire à l'intégrité ou à la pérennité de la ressource à travers le droit moral de l'auteur pour les œuvres de l'esprit tombées dans le domaine commun	Action du ministre de la Culture (ou centre national du livre) si abus du droit moral	
Usage fermé			

<sup>94</sup> L'objectif est identifié l'origine des règles sur l'accès. Le but est aussi de comprendre le rôle de la communauté dans le processus de la création des normes ; tenir compte de la source juridique est important aussi pour l'étude de la gouvernance de la ressource.

<sup>95</sup> L'objectif est la qualification de la nature de la prérogative qui permet d'accéder.

<sup>96</sup> Entrée « accès fermé » : il y a eu un débat sur la notion à mobiliser : la décision a été d'utiliser le concept de accès fermé, qui peut être soit individuel (un individu) soit collective (une personne morale : par ex. société de nettoyage des immeubles, les voitures servent à plusieurs équipes).

On notera alors qu'il n'y a pas lieu de faire apparaître une quelconque « gouvernance » et d'« obligations » tant ils ne font pas sens aujourd'hui au regard du régime actuel du domaine commun informationnel, lequel ne comporte ni gouvernance ni obligations (sous réserve du droit moral qui a été envisagé dans le tableau « usage ») :

#### Gouvernance

Qui	Comment	Action en justice
Gouvernance ouverte Ex : Est-ce que les décisions sont prises par les usagers eux-mêmes ? ex : action pour la défense du domaine public est ouverte à tous	Est-ce que les modalités de prise de décision (règles de majorité, valeur des avis, rigidité des conditions de convocation, etc., consultation) remettent en cause le caractère apparemment démocratique de la gouvernance établie au regard du « qui » ?  Définitions utiles : Gouvernance concertée (fort <sup>97</sup> ou soft)/gouvernance concurrente <sup>98</sup> (distinction élaborée par F. Masson dans sa thèse)	Quelles sont les actions en justice relatives à la gouvernance ? Qui peut agir en justice ?
Gouvernance réservée à certaines personnes : (conditions d'accès aux organes de prise de décision/avec mécanismes de représentation)		
Gouvernance/gouvernement exclusive <sup>99</sup>		

Obligations		
Qui	Comment	Action en justice
Identifier les sujets obligés	Financements ; entretien ; conservation ; réparation ; compensation ; intégrité de la ressource (accessibilité)	Quelles sont les actions en justice relatives aux obligations ? Qui peut agir en justice ?

#### 4. Propositions de réformes

Un nouveau tableau résume et fait apparaître les propositions de réformes émises :

ACCÈS				
Qui	Source juridique <sup>100</sup>	Comment	Nature juridique <sup>101</sup>	Action en justice

<sup>97</sup> Les titulaires doivent parvenir à un accord collectif pour exercer l'habilitation, selon une procédure définie (majorité, unanimité)

<sup>98</sup> Chaque titulaire peut individuellement exercer la prérogative sur le bien commun de manière efficace.

<sup>99</sup> Un personne toute seule qui décide, en prenant les décisions.

<sup>100</sup> L'objectif est identifié l'origine des règles sur l'accès. Le but est aussi de comprendre le rôle de la communauté dans le processus de la création des normes ; tenir compte de la source juridique est important aussi pour l'étude de la gouvernance de la ressource.

<sup>101</sup> L'objectif est la qualification de la nature de la prérogative qui permet d'accéder.

Accès ouvert à tous/concurrent	La loi	Principe : libre, égal et gratuit	Privilège	Action en justice ouverte à tous  Intérêt diffus
Accès réservé à une communauté partiellement ouverte		Ne sont pas permises les exclusivités de fait ou de droit sur les choses composant le domaine commun informationnel restreignant ou entravant l'accès à la chose		
Accès fermé (individuel ou collectif) <sup>102</sup>				

USAGE		
Qui	Comment	Action en justice
Usage ouvert/concurrent	Tous les usages possibles Chaque usager bénéficie d'un privilège d'usage de la chose commune	
Usage réservé à une communauté/ partiellement ouvert	Limitations : Ne sont pas permises les exclusivités de fait ou de droit sur les choses composant le domaine commun informationnel restreignant ou entravant l'usage commun de tous	Action en justice ouverte à tous  Intérêt diffus
Usage fermé	Limitation des usages susceptibles de nuire à l'intégrité ou à la pérennité de la ressource à travers le droit moral de l'auteur pour les œuvres de l'esprit tombées dans le domaine commun	Action exercée par les héritiers du droit moral  Action du ministre de la Culture (ou centre national du livre) si abus du droit moral

Les propositions d'évolution<sup>103</sup> consistent à réinterpréter la notion de domaine commun informationnel afin de l'armer juridiquement pour qu'elle tende davantage vers le commun et de l'arrimer à la qualification de chose commune et aux propositions émises pour cette notion générale. C'est dans ce cadre que l'on suggère de construire un régime juridique à même de la faire exister positivement<sup>104</sup>. Cette réinterprétation s'impose au regard de la valeur reconnue au domaine informationnel : valeur culturelle,

<sup>102</sup> Entrée « accès fermé » : il y a eu un débat sur la notion à mobiliser : la décision a été d'utiliser le concept de accès fermé, qui peut être soit individuel (un individu) soit collective (une personne morale : par ex. société de nettoyage des immeubles, les voitures servent à plusieurs équipes).

<sup>103</sup> V. *infra*, Annexe 1, n°7 – Propositions de réformes relatives au domaine commun informationnel comme chose commune.

<sup>104</sup> D. LANGE (*Recognizing The Public Domain*, 44 Law & Contemp. Probs. 147 - 1981) a proposé, dès 1981, une définition positive du domaine commun.

économique, collective, sociale<sup>105</sup>. Elle s'impose d'autant plus au regard des finalités que sert le domaine commun informationnel. C'est, d'abord, la liberté d'expression<sup>106</sup> et son corollaire la liberté de création,<sup>107</sup> qui sont en cause. Sous cet angle, les éléments du domaine commun constituent un matériau de base pour la création d'œuvres nouvelles, les chefs-d'œuvre de demain se nourrissant très souvent des chefs-d'œuvre d'hier<sup>108</sup>. C'est, ensuite, la liberté du commerce et de l'industrie qui justifie son existence. Tout un chacun peut librement la représenter et la reproduire dans un régime de libre concurrence. Enfin, son usage commun garantit la diffusion du savoir et l'accès de tous à la culture<sup>109</sup>.

Pour ce faire, il faut contrer la faiblesse actuelle du domaine commun informationnel qui tient à son absence de définition légale, ainsi qu'à son absence de régime juridique positif. Dès lors, il importe, en premier lieu, de définir le domaine commun informationnel et de lui donner une consistance et, en second lieu, de le doter d'un régime juridique positif arrimé à celui proposé pour la chose commune de façon générale.

#### 4.1. Définir le domaine commun informationnel

Une définition du domaine commun informationnel est proposée, entérinant la définition doctrinale classique du domaine commun informationnel. Il s'agit d'énoncer que le domaine commun informationnel rassemble les objets qui ne peuvent prétendre à la protection par un droit de propriété intellectuelle, soit parce qu'ils ne répondent pas aux conditions de la protection, soit parce que le droit qui les protégeait s'est éteint par l'effet du temps.

Cette définition pourrait s'accompagner d'une énumération des éléments qui ressortent au domaine commun. Le domaine commun informationnel est constitué des quatre éléments suivants :

- 1/ Les éléments qui ne remplissent pas les conditions légales de protection par un droit de propriété intellectuelle, tels que notamment les idées, les découvertes, les principes, méthodes, les simples faits.
- 2/ Les éléments qui sont exclus de la protection, tels que notamment les actes officiels ou les nouvelles de presse.
- 3/ Les œuvres de l'esprit, dessins, modèles, inventions, bases de données, vidéogrammes et phonogrammes dont la durée de protection légale a expiré, sous réserve du droit moral de l'auteur.
- 4/ Les œuvres de l'esprit sur lesquelles l'auteur a renoncé ses droits.

Mais définir le domaine commun ne suffit pas à lui conférer une consistance claire. Il est en effet parfois délicat de déterminer si une œuvre de l'esprit dont la protection a expiré appartient au domaine commun<sup>110</sup>. En l'absence de registre rassemblant les données sur les œuvres, des initiatives émanant de la

---

<sup>105</sup> P. LESCURE (rapport préc. p. 453 - fiche C-12) note que l'on n'insiste pas suffisamment sur la valeur reconnue au domaine commun informationnel. Or, il représente une part non négligeable du marché de la réédition. De plus, les œuvres dans le domaine commun ont servi pour constituer la première offre sur tablette. Quant à Disney, une grande partie de ses films constitue des adaptations d'œuvres tombées dans le domaine commun. *Adde*, S. DUSOLLIER, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, *op. cit.* p. 5 et s. Par ailleurs, l'Office de la propriété intellectuelle du Royaume-Uni, cofinancée par le Conseil de la recherche économique et sociale du Royaume-Uni, a réalisé une étude intitulée *Le droit d'auteur et la valeur du domaine public*, laquelle met en lumière la formidable valeur du domaine public aussi bien pour les consommateurs que pour les innovateurs (v. [http://www.wipo.int/meetings/fr/doc\\_details.jsp?doc\\_id=305856](http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=305856), consulté le 20 août 2018).

<sup>106</sup> Selon Y. BENKLER (« Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain », *New York University Law Review*, vol.74, n°2, 1999, p. 354, spéc. pp. 358 et 393) : la liberté d'expression requiert un domaine public robuste.

<sup>107</sup> Récemment, v. Cass. 1re civ., 22 juin 2017, n° 15-28.467 et n° 16-11.759 sur la nécessité de respecter un juste équilibre entre la liberté de création du metteur en scène avec la protection du droit moral du compositeur et de l'auteur du livret.

<sup>108</sup> En ce sens, v. par exemple, R. PLAISANT, « La durée du droit pécuniaire de l'auteur et son évolution », in *Mélanges en l'honneur de A. Françon*, Dalloz, 1995, pp. 351-352 : « L'intérêt de la société est que se forme un domaine public assez riche pour que les créateurs y trouvent des idées nouvelles, en évitant la copie servile, la banalité et la contrefaçon ».

<sup>109</sup> S. DUSOLLIER, V.-L. BENABOU, « Draw me a public domain », art. préc., p. 172.

<sup>110</sup> En ce sens, P. LESCURE, Rapport préc. p. 449 (fiche C-12).

société civile informent le public sur les œuvres entrées dans le domaine commun. *Creative commons* propose un logo, baptisé « *Public Domain Mark* », que les institutions culturelles peuvent utiliser pour attester de l'appartenance d'une œuvre au domaine commun<sup>111</sup>. Par ailleurs, des outils de calculs automatiques destinés à vérifier qu'une œuvre appartient au domaine public ont vu le jour, tel que le *Public Domain Calculator* d'Europeana<sup>112</sup>. Mais ces instruments – qui ne sont pas exempts d'erreurs – ne suffisent pas à pallier l'absence de registre des œuvres du domaine commun. Dans ces conditions, la détermination du statut juridique d'une œuvre de l'esprit (protégée ou dans le domaine commun) suppose l'existence de bases de données fiables, ouvertes et facilement interrogeables, recensant les informations nécessaires, en particulier la date de décès de l'auteur. Il importe donc de créer un registre des œuvres entrées dans le domaine commun<sup>113</sup>.

## 4.2. Construire un régime positif du domaine commun informationnel fondé sur celui de la chose commune

Construire un régime positif du domaine commun informationnel lui permettant de résister aux assauts de l'exclusivité repose sur une qualification du domaine commun en chose commune<sup>114</sup>, à même d'interdire les réappropriations indues et de garantir son usage commun à tous.

### 4.2.1. La qualification du domaine commun informationnel en chose commune

Nous l'avons vu, les choses communes renvoient à une catégorie juridique ancienne, héritée du droit romain, et inscrite, en 1804, à l'article 714 du Code civil : « *il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* »<sup>115</sup>. Il s'évince de cette disposition que la chose commune présente donc deux traits caractéristiques : elle est, d'une part, inappropriable et, d'autre part, ouverte à l'usage de tout un chacun. Pendant longtemps, cette qualification fut descriptive et naturaliste. Les choses communes désignaient les rares aménités naturelles dont l'appropriation était, sinon impossible, du moins inutile en raison de leur caractère inépuisable. On y rangeait ainsi l'air, l'eau courante, la mer et la lumière. Parce que chacun pouvait jouir de ces choses, sans en priver autrui, il n'était pas nécessaire d'en organiser l'appropriation. Ce n'est que récemment, à partir des années 1990, qu'une nouvelle approche des choses communes a émergé. Cette conception renouvelée des choses communes se veut normative<sup>116</sup>. Dès lors, cette qualification permet de soustraire certaines ressources à la propriété exclusive, afin d'en garantir l'usage commun. L'idée a d'abord été défendue pour l'environnement. L'application a ensuite été proposée pour les idées, les théories scientifiques, les informations de tout ordre ou les œuvres et inventions tombées dans le domaine public<sup>117</sup>.

Appliquée au domaine commun informationnel, la qualification de chose commune dévoile un régime positif du domaine qui s'articule autour de deux axes.

---

<sup>111</sup> Par exemple, il est utilisé par la *British Library* conformément aux recommandations d'Europeana.

<sup>112</sup> <http://archive.outofcopyright.eu/>. Par ailleurs, SavoirCom1 a élaboré un calendrier de l'avent du domaine public (<http://www.savoirscom1.info/wp-content/uploads/2018/01/calendrier.png> - consulté le 20 août 2018).

<sup>113</sup> Isabelle Attard avait inscrit la création d'un tel registre dans sa proposition de loi précitée (*supra*, n°1.3).

<sup>114</sup> C'est l'optique qui avait été choisie par le projet de loi pour une République numérique (en préparation de la loi du 8 oct. 2016). Son article 8 disposait que « *Les choses qui composent le domaine commun informationnel sont des choses communes. Elles ne peuvent en tant que tels, faire l'objet d'une exclusivité, ni d'une restriction à l'usage commun de tous, autre que l'exercice du droit moral* ».

<sup>115</sup> Pour de plus amples précisions et références, v. *supra* Propositions de réformes relatives à la chose commune (régime général).

<sup>116</sup> M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.* n° 108, p. 132 et s.

<sup>117</sup> V. par ex. S. DUSOLLIER, « Pour un régime positif du domaine public », art. préc. p. 243 ; S. DUSOLLIER et J. ROCHFELD, « Propriété inclusive ou inclusivité », in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 983 ; M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.*, n° 147, p. 174 (le fonds commun) n° 191, p. 228 (créations dont la protection a expiré par l'écoulement du temps).

D'une part, le domaine commun est saisi positivement comme un espace de non-exclusivité. Ce n'est plus une absence d'exclusivité, en pointillé, en creux, mais bien la construction d'un espace de non-exclusivité, chargée d'une force de résistance à l'appropriation. À cet égard, Séverine Dusollier préfère le terme « *inclusivité* » à celui de « non-exclusivité », pour marquer la dimension positive de cet espace<sup>118</sup>.

D'autre part, cet effacement de l'exclusivité a pour but de garantir l'usage commun à tous du domaine commun informationnel<sup>119</sup>.

Là encore, ce n'est pas un usage commun par défaut. Dans une perspective positive, l'accès et l'usage au domaine informationnel doivent être garantis à tout un chacun, librement, également, gratuitement. Bien davantage, l'usage commun est alors susceptible de fonder des prérogatives d'accès et d'utilisation au bénéfice de tous, comme le révèlent les effets juridiques de la qualification de chose commune.

Enfin, la chose commune constituant une catégorie spéciale de la notion plus générale de patrimoine commun, le régime primaire du patrimoine commun s'appliquerait également au domaine commun informationnel.

#### 4.2.2. Les effets juridiques de la qualification de chose commune

On pourrait admettre que les utilisateurs de la chose commune ne forment pas une communauté négative, comme c'est le cas actuellement, mais une communauté diffuse<sup>120</sup>, chacun étant investi d'un privilège d'usage et d'un intérêt diffus à agir en justice pour défendre la jouissance commune.

##### ➤ Les privilèges d'usage

Si l'usage commun est le fait de tous, il est aussi le fait de chacun. Ce caractère individuel de la faculté d'usage du domaine commun informationnel conduit à s'interroger sur sa nature juridique. L'interrogation a été menée plus avant dans le rapport général consacré à la chose commune, et l'hésitation ci-avant présentée entre droit et autre prérogative. Appliqué au domaine commun, on peut ainsi se demander s'il s'agit d'un droit. Il ne nous semble pas : qualifié de chose commune, il devient réfractaire à l'appropriation et ne peut en toute logique faire l'objet d'un droit réel principal (usufruit ou servitude) ou d'un droit réel accessoire (gage ou hypothèque)<sup>121</sup>. Il ne peut pas non plus faire l'objet d'une possession ou d'une détention précaire puisque l'une et l'autre présupposent que la chose qui en est l'objet soit appropriable.

Plus fondamentalement, si la caractéristique dominante du droit subjectif est « *l'exclusivité (c'est-à-dire exclusion des autres) dont profite le titulaire dans un secteur déterminé* »<sup>122</sup>, la possibilité offerte à chacun de jouir

---

<sup>118</sup> S. DUSOLLIER, « Pour un régime positif du domaine public », in *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, B. CORIAT (dir.), Les liens qui libèrent, 2015, p. 223, spéc. p. 245.

<sup>119</sup> Sur la signification des lois de police visées par l'article 714 al.2 du code civil, v. M.-A. CHARDEAUX, *op.cit.* n° 308 et s., p. 332 et s.. En substance, il faut y voir une expression désuète qui signifie simplement que les choses communes peuvent faire l'objet d'une réglementation.

<sup>120</sup> J. ROCHFELD, « Communauté négative, positive, diffuse », *Dictionnaire des biens communs, op. cit.*, p. 241. Adde, J. ROCHFELD, « La poussée des communautés diffuses », 2017.

<sup>121</sup> En ce sens, v. par exemple, B. JADOT, « L'article 714 du Code civil et la protection de l'environnement », in *L'actualité du droit de l'environnement*, Actes du colloque des 17 et 18 novembre 1994, Bruylant, 1995, p. 53, spéc. n° 10, p. 61 : « Il ne peut y avoir de droit réel que sur un bien et les choses communes, rebelles à toute appropriation, ne sont pas des biens ». *Contra*, en faveur de la qualification de droit réel d'usage : M.-P. CAMPOUX-DUFFRENE, « Essai de dialectique sur une responsabilité civile en cas d'atteinte à l'environnement », *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de G. Martin*, éd. Frison-Roche, 2013, p. 108. V. en faveur de la qualification de droit d'usufruit, A. SERIAUX, « La notion de choses communes, nouvelles considérations juridiques sur le verbe avoir », in *Droit et Environnement, Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995, p. 23.

<sup>122</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1994, n° 199, p. 151. (V. cependant, R. von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, T. IV, trad. de O. Meulenaere, Paris, 3<sup>e</sup> éd., 1888, n° 71, p. 339 et s.) qui a développé une conception particulière du droit subjectif à l'endroit des choses affectées à l'*usus publicus*. Selon cet auteur, il conviendrait de inscrire « le droit d'usage général parmi les droits sur les choses », si bien que la notion de droit en général se diviserait en deux catégories : le droit individuel, d'une part,

des choses communes ne correspond pas à un droit subjectif, l'usage commun à tous postulant l'absence d'exclusion d'autrui<sup>123</sup>. Surtout, en réservant au sujet un domaine d'où les autres sont exclus, le droit subjectif est source d'inégalité. « Cette inégalité est légitime : elle ne résulte pas de la force, mais du jeu des règles juridiques »<sup>124</sup>. Dès lors, la faculté de jouir des choses communes étant attribuée d'une façon égalitaire à tous, elle ne peut donc pas constituer un droit subjectif<sup>125</sup>.

Force est donc d'admettre qu'il existe des prérogatives juridiques qui ne sont pas des droits<sup>126</sup>. On propose, avec d'autres, de qualifier la prérogative d'usage du domaine commun informationnel de « *privilege* »<sup>127</sup>. Rappelons que la notion de *privilege* a été mise à l'honneur au début du XX<sup>e</sup> siècle par un juriste américain, Wesley Hohfeld<sup>128</sup>. Cet auteur a, en effet, constaté que le terme « *droit* » ne signifie pas toujours la même chose. Sous des termes univoques (*droit*, *devoir*), se cache une variété de relations juridiques. En utilisant l'outil heuristique de corrélation et d'opposition, il a proposé une cartographie des relations juridiques fondamentales. Il a identifié quatre types de prérogatives : *droit*, *privilege*, *pouvoir* et *immunité*<sup>129</sup>. Hohfeld a ainsi démontré qu'il existe des prérogatives juridiques qui ne sont pas des droits, mais des *privileges*. Ainsi, par exemple, si X a le **droit** que Y n'entre pas sur tel terrain, corrélativement, Y a le *devoir* de ne pas entrer. En cas de violation, X peut obtenir expulsion et dommages-intérêts. En revanche, si Y a le **privilege** d'entrer sur le terrain, son *privilege* d'accéder au terrain est la négation du *devoir* de ne pas entrer. Y n'a pas le *devoir* de ne pas entrer. Corrélativement X ne peut pas empêcher Y d'entrer, X n'a pas de *droit* (*Xs' Non Right*)<sup>130</sup>. Cette qualification de *privilege* a été reprise et développée par Yochai Benkler<sup>131</sup>. Pour Benkler, la qualification de *privilege* peut être définie comme « la situation dans laquelle on ne peut pas interdire à une personne d'utiliser une ressource sans qu'il existe un appel au pouvoir de l'État de charger un autre de permettre un tel accès »<sup>132</sup>. De manière encore plus précise,

---

caractérisé par l'exclusion et par la libre disposition, et le droit commun, d'autre part, qui implique une jouissance indivise et indivisible. C'est dans cette seconde classe que cet auteur range « le droit d'usage commun ».

<sup>123</sup> R.-J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, T. I, Paris, chez Debures père, 1772, n° 16 p. 17 : « propre et commun sont deux choses contradictoires ».

<sup>124</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 200, p. 151.

<sup>125</sup> M.-A. CHARDEAUX, *op. cit.* n° 66, p. 330.

<sup>126</sup> À rappr. F. OST, « Transpropriation », in *Dictionnaire des communs*, M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), PUF, 2017, p. 1175 ; v. *supra* Propositions de réformes relatives aux choses communes.

<sup>127</sup> La qualification de *privilege* n'est inconnue en droit français, même si une signification sensiblement différente a pu lui être donnée. Entre 1830 et 1950, les droits des créateurs ont été qualifiés, par une partie de la doctrine, de « *privileges exclusifs* ». Cette qualification soulignait que les objets immatériels (discours, idées etc.) ne sont pas appropriables, les créateurs n'étant pas propriétaires de droit naturel. La société leur alloue des monopoles temporaires d'exploitation, en rémunération de l'utilité de leurs œuvres et inventions. Ce sont des *privileges*, pas des droits (v. M. XIFARAS, « Le *copyleft* et la théorie de la propriété », *Multitudes* 2010-2 (n° 41), p. 50 et s.)

<sup>128</sup> W. N. HOHFELD, « Some fundamental Legal conceptions as Applied in Judicial Resasoning », *Yale L.J.* 23 (1913), p. 16-59. V. sur la pensée de Hohfeld, F. GIRARD, « Hohfeld (Wesley Newcomb) », in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 624. Adde, F. ORSI, « Réhabiliter la propriété comme Bundle of Rights : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », *Revue internationale de droit économique*, 2014/3 t. XXVIII, pp. 371 à 385.

<sup>129</sup> Pour chacune d'elle, il a identifié une opposition et une corrélation Il en résulte, selon Hohfeld, 8 relations juridiques :

Jural relations	Droit	Privileges	Pouvoirs	Immunités
Oppositions	Non-Droit	Devoir	Incapacité	Responsabilité
Corrélations	Devoir	Non-droit	Responsabilité	Incapacité

<sup>130</sup> W. N. HOHFELD, art. préc. p. 32.

<sup>131</sup> Y. BENKLER, « Between Spanish Huertas and the Open Road: a Tale of Two Commons? », in *Governing Knowledge commons*, B. FRISCHMANN, M. MADISON, K. STRANDBURG (dir.), Oxford University Press, 2014, p. 64.

<sup>132</sup> J. ROCHFELD, « Chose commune » art. préc. p. 180. Y. BENKLER, art. préc. : « The basic question is whether someone does, or does not, have the legal ability to call upon the power of the state to back their preference for how a given resource will, or will not, be accessed, used, managed (...) if A has a right against B vis-a-vis Use U of Resource R means: A can call on the state to send the Sheriff to make B make or not make U of R. B has a duty to A not to U in R means the same thing: A can call on the Sheriff to stop B from U in R. If B has a privilege to U in R, that means that if A calls the Sheriff to stop B from U in R, the Sheriff will refuse to come. In that case A has no-right » : « La question fondamentale est de savoir si une personne a ou non la possibilité légale de faire appel à l'Etat afin de soutenir sa préférence quant à la façon dont une

appliquée aux ressources du domaine commun informationnel, le privilège implique selon Benkler, une « *liberté symétrique d'opérer vis-à-vis d'un ensemble de ressource* »<sup>133</sup>, alors que la propriété implique un pouvoir asymétrique. Dans cette perspective, le domaine commun informationnel fait l'objet de privilèges d'utilisation égaux et symétriques, bénéficiant à n'importe quel membre du public, sans qu'un pouvoir asymétrique d'exclure puisse s'y opposer<sup>134</sup>. Celui qui utilise, par exemple, une œuvre tombée dans le domaine commun n'a aucune exclusivité sur elle – il ne peut donc pas exclure autrui de l'usage de l'œuvre – et son privilège d'usage coexiste avec les libertés identiques et égales de tous.

Une telle qualification conférerait aux usagers, non seulement des prérogatives d'accès, mais encore une vocation à défendre l'intégrité du domaine commun informationnel. Pour l'heure, en France, une seule décision de justice a reconnu que le domaine commun informationnel devait être ouvert à la jouissance de tous, jouissance reconnue et protégée en tant que telle<sup>135</sup>. Qualifier, et ainsi donner corps à la prérogative d'usage du commun informationnel, à travers la qualification de privilège, donnerait aux usagers la possibilité d'agir en justice pour défendre la jouissance commune, si elle est restreinte ou entravée.

### ➤ L'intérêt diffus à agir en justice

L'action en justice suppose la reconnaissance d'un intérêt légitime (article 31 du Code de procédure civile) qui se décompose entre l'intérêt de l'individu (défense d'un droit subjectif) et celui de l'intérêt général par le ministère public. La défense des intérêts diffus – saisis comme ceux d'un groupe dont les membres ne peuvent pas être déterminés<sup>136</sup> – s'insère mal dans cette distinction. Il ne s'agit ni de la défense de l'intérêt d'un individu (absence de droit subjectif) ni de la défense de l'intérêt général. Comme le souligne un auteur, « notre époque (...) pousse violemment au premier plan de nouveaux intérêts *diffus*, de nouveaux droits et de nouveaux devoirs qui, sans être publics au sens traditionnel du mot, sont toutefois *collectifs* : personne n'en est titulaire en même temps que tous, ou tous les membres d'un groupe donné, d'une classe ou d'une catégorie, en sont titulaires. À qui appartient l'air que je respire ? L'ancien idéal de l'initiative processuelle centralisée à la façon d'un monopole entre les mains du seul sujet auquel *appartient* le droit subjectif se révèle impuissant devant des droits qui appartiennent en même temps à tous et à personne »<sup>137</sup>. Il n'en reste pas moins que la défense en justice des intérêts diffus peut emprunter deux voies.

En premier lieu, la défense des intérêts communs pourrait être confiée aux corps intermédiaires. Si pendant longtemps, les associations rencontraient des difficultés lorsqu'elles étaient désireuses de défendre des intérêts collectifs (action en réparation du préjudice écologique, par exemple), la

---

ressource donnée sera ou non accessible, utilisée, gérée (...). Si A a un droit contre B vis-à-vis de l'utilisation d'une ressource, il peut faire appel à l'Etat pour lui interdire d'utiliser telle ressource. Si B a un privilège dans l'usage de la ressource, cela signifie que si A fait appel à l'Etat pour l'exclure ; l'Etat n'interviendra pas : A n'a pas de droit » (traduction libre).

<sup>133</sup> Y. BENKLER, art. préc. « The hallmark of commons, then, as a legal institutional matter, is symmetric freedom to operate vis-a-vis a resource set, generally or with respect to a class of uses "in the commons." The hallmark of property is asymmetric allocation of calls on the state to determine use, exclusion, extraction, management, disposition of the resource or class of uses of a resource ».

<sup>134</sup> À rapprocher de la notion d'inclusivité développée par S. Dusollier. Sur les critères de l'inclusivité, v. S. DUSSOLIER, « Inclusivity in intellectual property », in G. DINWOODIE (ed.), *Intellectual Property and General Legal Principles – Is IP a Lex Specialis?*, Edward Elgar, 2015, pp. 101-118 : l'inclusivité implique, d'une part, une absence d'un pouvoir d'exclusion et, d'autre part, un usage collectif.

<sup>135</sup> TGI de Lyon, 1<sup>ère</sup> ch., 4 avril 2001 (affaire relative au réaménagement de la Place des Terreaux à Lyon), *RIDA*, octobre 2001, p. 421, note S. CHOISY ; *JCP* éd. G., 2001, II, 10563, note F. POLLAUD-DULIAN ; *D.* 2002, Jurisp., p. 1417, note B. EDELMAN.

<sup>136</sup> V. *infra* Titre 2 - Les prérogatives de la communalité - Les intérêts à reconnaître ; C. ANGIOLINI, « Intérêt diffus (Italie) », in *Dictionnaire des biens communs, op. cit.*, p. 698. Ils se distinguent des intérêts collectifs qui sont les intérêts d'un groupe défini.

<sup>137</sup> M. CAPELLETI, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (métamorphose de la procédure civile) », *RIDC* 1975, p. 571, spéc. p. 575.



jurisprudence a évolué et admet, depuis 2008, la recevabilité de l'action d'une association, même non expressément habilitée, dès lors que le but de cette action entre dans son objet social<sup>138</sup>.

En second lieu, et plus radicalement, on pourrait reconnaître l'intérêt diffus de chaque usager du domaine commun informationnel à agir en justice lorsque l'usage commun est remis en question. On serait proche alors d'une action populaire, connue du droit romain à l'endroit des choses communes<sup>139</sup>, et qui est consacrée aujourd'hui dans les droits lusophones<sup>140</sup>. S'il n'existe pas d'action diffuse en Italie, la doctrine italienne n'est néanmoins pas fermée à la discussion<sup>141</sup>. En France, des actions populaires émergent. La loi pour la reconquête de la biodiversité a ainsi admis la réparation du préjudice objectif à l'environnement, c'est-à-dire indépendant de l'atteinte à une personne<sup>142</sup>. Par ailleurs, l'article 8 du projet loi pour une « République numérique », finalement abandonné, contenait ce type d'action : une action y était ouverte à chaque individu se sentant lésé dans son accès au domaine commun informationnel. Certes, on objecte que peu de personnes agiront en justice si leur intérêt personnel n'est pas en jeu. Il n'en demeure pas moins que les actions spectaculaires menées en défense du climat devant les juges néerlandais<sup>143</sup> ou sur le fondement de la doctrine du *Public trust*<sup>144</sup> devant plusieurs juridictions américaines démontrent que cet obstacle n'est pas dirimant.

Outre la question de la recevabilité d'une telle action, se pose celle de la détermination de l'objet de cette action. Que peut demander l'utilisateur du domaine commun informationnel dont le privilège d'utilisation est entravé, par exemple, par une mesure technique de protection apposée sur une œuvre dans le domaine commun ? Comment tracer, de manière concrète, une ligne de démarcation claire entre les exclusivités permises et les exclusivités interdites<sup>145</sup> ? En effet, toutes les exclusivités créées sur le domaine commun informationnel n'ont pas la même portée. Certaines ne réalisent qu'une capture partielle du domaine commun, tandis que d'autres réalisent une réappropriation totale. Certaines sont limitées dans le temps, alors que d'autres sont perpétuelles (marque). Certaines peuvent avoir une justification prétendument légitime (exclusivité concédée pour financer les coûts de la numérisation), tandis que d'autres en sont dépourvues (mesure technique de protection apposée sur une œuvre tombée dans le domaine commun). Plus fondamentalement, les communs informationnels sont construits davantage pour assurer leur croissance ou leur extension que pour œuvrer à leur préservation<sup>146</sup>. Dès lors, il est impératif que le régime juridique du domaine commun informationnel ne contrarie pas son incrémentalité : une œuvre tombée dans le domaine commun doit pouvoir être réinvestie dans tous les sens du terme – intellectuellement et économiquement – et être le terreau, par exemple, d'une nouvelle traduction, d'une réimpression brute, d'une réédition accompagnée d'un nouvel appareil critique ou d'une œuvre transformative. Seule la création nouvelle – si elle est originale – pourra donner lieu à un droit d'auteur, laissant de libre parcours l'œuvre originelle dans le domaine commun, à la disposition de tout un chacun. En somme, l'interdiction des exclusivités ne doit pas contrarier le domaine commun informationnel en tant que matériau brut pour la création d'œuvres nouvelles.

---

<sup>138</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 septembre 2008, Bull. civ. I, n° 201.

<sup>139</sup> L'action populaire existait en droit romain pour les choses communes, v. J. ROCHFELD, « La poussée de communautés diffusées, art. préc. n° 21, p. 16.

<sup>140</sup> V. *infra* A. ARAGAO, Titre 2 - Les prérogatives de la communalité - Les intérêts à reconnaître - Leçon de droit comparé : la reconnaissance des intérêts diffus au Portugal.

<sup>141</sup> C. ANGIOLINI, M. W. MONTEROSI, « Action diffuse (Italie) », in *Dictionnaire des biens communs, op. cit.*, p. 37.

<sup>142</sup> Art. 1246-1252 du code civil.

<sup>143</sup> Cour de district de La Haye, 24 juin 2015, *Urganda*.

<sup>144</sup> V. *infra* J. ROCHFELD, Propositions de réformes relatives à la chose commune - Leçon de droit comparé - Le Public Trust comme guide d'un régime de la chose commune.

<sup>145</sup> L'article 8 du projet loi pour une « République numérique » a précisément suscité de vives réticences du fait de la difficulté à tracer une ligne de démarcation claire entre les exclusivités permises et les exclusivités interdites. V. sur ce point, J. MARTIN (dir.), *Rapport de la mission sur les enjeux de la définition et de la protection d'un domaine commun informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique*, CSPLA, 2015, p. 6 et s.

<sup>146</sup> B. CORIAT, art. préc. p. 25 ; B. CORIAT, « Communs fonciers, communs intellectuels. Comment définir un commun ? », in *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, B. CORIAT (dir.), Les liens qui libèrent, 2015, p. 29, spéc. p. 44.

Le modèle permettant d'arbitrer entre les usages permis et les usages interdits pourrait être celui qui se déploie en droit administratif à l'endroit du domaine public<sup>147</sup>. On sait que le juge administratif doit arbitrer entre la vocation du domaine public à être affectée à l'usage de tous et les occupations privatives du domaine public soumises par exception à autorisation et au paiement d'une redevance. Il lui incombe donc de rechercher, au cas par cas, si l'occupation ou l'utilisation qui est faite du domaine public constitue ou non une occupation ou un usage privatif. Ce modèle d'arbitrage pourrait être mobilisé en matière de domaine commun informationnel. Pour déterminer si l'usage de l'un obère celui des autres, le juge aurait à rechercher si l'usage fait du domaine commun informationnel s'analyse ou non en une soustraction à l'usage commun. Le juge procéderait ainsi, le cas échéant, à une articulation entre les différents intérêts en présence. Par exemple, lorsqu'un usager agirait en justice pour obtenir la mise à disposition d'une œuvre tombée dans le domaine commun refusée par le propriétaire du support, il aurait alors à concilier les intérêts du propriétaire et ceux de l'usager du domaine commun informationnel.

---

<sup>147</sup> En ce sens, J. ROCHFELD, « Chose commune (approche juridique) », in *Dictionnaire des biens communs, op. cit.*, spéc. p. 181.

### Section 3. Les biens publics<sup>148</sup>

Nous avons précédemment identifié la propriété publique comme une figure porteuse de communalité<sup>149</sup>. À première vue, cela semble une évidence dans la mesure où il s'agit d'une propriété qui n'est pas censée bénéficier à son titulaire. Or, les deux critères de l'échelle de communalité, l'intérêt commun et l'inclusivité, sont parfois difficiles à analyser pour ces biens, du fait de la diversité d'objets et de régimes qu'ils recouvrent.

Dans cette partie relative aux qualifications, nous avons examiné tour à tour la façon dont la catégorie de patrimoine commun pouvait être mise au service d'une réforme des biens ou ressources culturelles et environnementales, dont celle de chose commune pouvait développer les utilités des biens immatériels ; il est maintenant nécessaire d'examiner la manière dont on peut repenser la domanialité publique. Saisir le régime de la domanialité par le prisme de la communalité impose de s'interroger sur la façon dont ces biens pourraient devenir inclusifs et servir d'abord l'affectation et non le propriétaire public. Le choix a alors été fait dans cette section de préférer la notion de « biens publics » à celle de propriété publique, pour se démarquer du propriétaire actuel et renforcer l'inclusivité, que devrait porter le droit public.

Nous pouvons considérer que les biens publics sont porteurs d'un intérêt commun, dans la mesure où ils sont affectés à l'usage du public ou à un service public. Il y a aussi de l'inclusivité car divers individus peuvent revendiquer le droit de bénéficier de l'usage du bien, et contrôler les décisions en utilisant le recours pour excès de pouvoir. Ainsi, nous pouvons identifier, plus ou moins facilement, la communauté attributaire et la communauté de contrôle des biens publics. Néanmoins, la question se pose pour la prise de décision. Dans de nombreux cas, l'administration peut agir comme un propriétaire privé, sous la seule réserve, importante, du contrôle du juge dans certaines hypothèses. Elle peut prendre les décisions d'affectation et de désaffectation, décider de l'occupation privative ou non de son domaine et, en général, de son usage. Pour cette raison, l'approche transversale retenue se concentre sur des propositions qui pourront renforcer la communauté délibérative autour des biens publics, et même dans le cas de privatisations (§1).

En outre, compte tenu de la diversité des biens publics, nous avons également décidé d'interroger une figure au croisement des enjeux publics et privés, soit la notion d'espaces publics (§ 2). Ces derniers apparaissent en effet comme un lieu propice à l'expérimentation d'une logique de la communalité, tout en interrogeant la relation entre la titularité de la propriété et l'accessibilité.

#### **§1. Approche transversale des biens publics : propositions de réformes pour renforcer le rôle de la communauté délibérative**

La vocation d'une réflexion menée sous la bannière de la communalité est de placer l'inclusion au cœur de l'institution étudiée, comme nous l'avons montré plus haut<sup>150</sup>. Dans l'action administrative, cette inclusion peut prendre plusieurs formes : la conception d'une notion de propriété publique elle-même inclusive, la participation à l'élaboration des décisions ou à la création de personnes morales qui incluent l'ensemble des parties prenantes. Il s'agit au fond de briser le lien d'exclusivité de la relation de la

---

<sup>148</sup> Rédacteur : Thomas PERROUD, Rocio del Pilar TRUJILLO SOSA et Clément TOPUZ. Les auteurs remercient Charles-André Dubreuil et Déborah Thébault pour leur relecture attentive, leurs suggestions et leurs commentaires passionnants qui ont permis d'améliorer ce texte.

<sup>149</sup> V. Partie 1, Titre 1, Section 1 et §1 ; Partie 1, Titre 2, Section 2.

<sup>150</sup> V. *supra* Partie 1, Section 2 - Propriété publique et communalité.

personne à la chose à la base de la propriété – qui a contaminé aussi le droit public (1) – pour réintroduire la pluralité des valeurs et des acteurs, remettre de l'égalité dans le droit public. En ce sens, plusieurs voies de réformes pourraient être engagées dont la plus ambitieuse serait de refondre le Code général de la propriété des personnes publiques pour en faire un Code des biens communs, lequel pourrait inclure, dans la version la plus proche des *beni comuni*, par exemple l'ensemble des biens privés et publics affectés à l'exercice des droits fondamentaux. Une deuxième option ambitieuse est le retour à la notion de garde à travers une refonte vers un Code des biens publics (2), ce qui permettrait de faire une place à la démocratie dans la gestion du domaine. Une proposition plus mesurée serait un régime de domanialité renforcée pour les biens à l'usage direct du public (3). Enfin, il s'agit aussi de maintenir l'affectation collective au-delà de la titularité du bien, dans le cas d'une dissociation de la propriété et de l'affectation, en réfléchissant à une troisième voie pour les privatisations, au-delà du public et du privé (4).

## 1. Le constat d'une gestion propriétaire des biens publics

Il convient tout d'abord d'identifier les problèmes auxquels il faudrait trouver des solutions. D'une part, le domaine public est aujourd'hui affecté par de multiples formes de privatisations : privatisation pure et simple par changement de nature de la personne propriétaire qui devient une personne privée (évolution qui suit la crise de l'établissement public comme mode de gestion des services publics), multiplication des mécanismes de valorisation du domaine qui emportent la constitution de droits réels pour l'occupant, multiplication des autorisations d'occupation privative du domaine dont le tarif augmente et qui crée donc non seulement une inégalité entre occupants possibles, mais aussi des conflits d'usage<sup>151</sup>. D'autre part, on constate aussi une hiérarchisation implicite des utilisations du domaine qui valorise – pour les biens affectés à l'usage de tous – un usage récréatif à un usage politique par exemple<sup>152</sup>.

Pour les biens affectés à un service public, le pouvoir du gestionnaire du domaine est assez peu limité. Ce sont les besoins du service qui dicteront les modes d'accès et d'utilisation du bien. Les possibilités de participation à l'exercice des missions de service public étant assez limitées, l'on peut dire que le public, dans ce cas aussi, est assez largement exclu de la détermination de ses droits sur le bien.

## 2. Un retour possible au droit de garde pour les biens du domaine public

### 2.1. Une révolution juridique : la garde

Cette inclusivité pourrait d'abord amener à repenser la définition même du domaine pour revenir à l'idée originelle d'un domaine mettant à distance l'Administration. Il s'agirait donc de revenir sur l'évolution contemporaine du droit des biens publics qui a fait de la propriété le centre de gravité de toute l'institution.

C'est pourquoi nous proposons cette nouvelle définition à l'article L. 2111-1 du CPPP. Alors qu'il est actuellement rédigé en ces termes :

« Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage

<sup>151</sup> Significativement, l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques avance encore dans l'extension des règles de publicité dans la délivrance des autorisations d'occupation privative du domaine public à des opérateurs économiques.

<sup>152</sup> A. DUFFY-MEUNIER, Th. PERROUD « La liberté de manifestation dans l'espace public en droit comparé », *Jus Politicum*, n° 17 [<http://juspoliticum.com/article/La-liberte-de-manifestation-dans-l-espace-public-en-droit-compare-1148.html>].

direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. »,

la nouvelle version impliquerait :

« Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public ~~d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1~~ est constitué des biens ~~lui appartenant~~ **dont les personnes publiques mentionnées à l'article L.1 ont la garde** qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. »

Nous proposons également de décliner cette idée dans l'ensemble du code<sup>6</sup>. Par exemple, l'article L. 2111-4, où l'on peut lire :

« Le domaine public maritime naturel de l'État comprend ... »,

deviendrait, dans la lecture proposée privilégiant encore une fois l'idée de garde :

« Le domaine public maritime **dont l'État a la garde** comprend... ».

Cette nouvelle rédaction permettrait de supprimer l'idée propriétaire dans la domanialité publique. Revenir à l'idée de garde permet de mettre à distance la personne publique du domaine public et donc de ménager un espace pour le public, bénéficiaire du bien puisque l'affectation est censée orienter la gestion vers la satisfaction de ses besoins.

Nous proposons aussi une implication plus grande des organes délibérant des collectivités locales dans la gestion du domaine, notamment dans l'attribution des autorisations et des contrats portant occupation du domaine. Injecter de la démocratie dans la gestion du domaine pourrait aussi passer par une réforme des exécutifs locaux. En Suisse, par exemple, ce sont aussi les exécutifs locaux qui sont compétents pour la gestion du domaine, mais ces exécutifs (au niveau local comme au niveau national d'ailleurs) sont toujours collégiaux. La collégialité pourrait permettre une gestion du domaine, au niveau local, moins « capturée ».

## 2.2. Le caractère principal du régime : une gestion démocratique du domaine public

La gouvernance du domaine public et la place de la démocratie directe dans sa gestion sont aussi des pistes à explorer. Comme l'a bien montré Christophe Testard, dans sa thèse, la démocratie administrative a conforté l'unilatéralité de l'État et ne l'a pas remis en cause<sup>153</sup>. Pour le domaine, l'unilatéralité est renforcée par l'idée de propriété. Nous constatons ainsi que la gestion du domaine public n'est pas un exemple d'inclusion du public et de démocratie directe alors même que ces espaces concernent tout le monde. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs ratifié une conception propriétaire de l'aliénation neutralisant toutes les dispositions qui auraient pu contraindre le pouvoir législatif et plaçant cette décision sous la bannière de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986), article général sur la protection du droit de propriété. Le Conseil a même, dans cette décision, aligné les protections des deux types de bien. Le législateur peut donc se comporter exactement comme un propriétaire privé pour aliéner les biens qui appartiennent à tous, à condition toutefois de respecter le prix de marché. Avec le Référendum d'initiative populaire sur la

---

<sup>153</sup> C. Testard, *Pouvoir de décision unilatéral de l'Administration et démocratie administrative*, Thèse Université Lyon III Jean Moulin, 2016.

privatisation d'Aéroport de Paris, une porte s'est ouverte pour inclure davantage de démocratie dans les décisions relatives aux biens publics. En réalité, le passage par le législateur pour les décisions d'aliénation du domaine souffre en France de la faiblesse de la démocratie représentative. De nombreuses lois d'aliénation sont d'ailleurs en réalité des ordonnances ce qui affaiblit d'autant la légitimité démocratique de ces décisions.

La légitimité des décisions de gestion du législateur ou de l'administration est en somme assez faible. Au mieux, ces décisions subissent un examen par un organe représentatif (Parlement national ou organe délibérant des collectivités locales). Dans certains cas<sup>154</sup>, des procédures complexes sont mises en œuvre incluant des enquêtes publiques, la délibération du conseil municipal de la commune, et parfois l'intervention du représentant de l'État<sup>155</sup>, plus la possibilité de contrôle citoyen a posteriori avec le recours pour excès de pouvoir. Il est aussi tout à fait paradoxal de constater que si l'inclusion et l'ouverture se sont accrues dans la gestion du domaine c'est uniquement par la publicité et la mise en concurrence des autorisations d'occupation ou des conventions portant occupation du domaine public. Autrement dit, le régime de l'utilisation du domaine manifeste une distinction nette entre son occupation économique qui inclue les concurrents à une autorisation (mais qui exclut le public du choix) et les autres utilisations – notamment l'affectation – qui ne sont pas ouvertes.

Ainsi, améliorer la « gouvernance » du domaine public permettrait *l'appropriation* par le public de ces biens au-delà de la titularité. Bien que cette question se pose différemment selon la personne publique propriétaire et le bien, une approche fondée sur la participation apparaît envisageable à l'échelle des communes. Cependant, toute proposition générale semble risquée. Il ne s'agit pas de permettre que des groupes d'intérêts aient la maîtrise des biens, ni de libérer l'État ou les autres personnes publiques de leurs responsabilités. Tout montage juridique à envisager doit être adapté et dépendrait du bien, de son affectation et d'un équilibre entre la représentation, la responsabilité politique et la démocratie directe. Pour utiliser les termes de Stefano Rodotà « une modalité de gestion, en définitive, doit toujours être évaluée en fonction des droits des sujets impliqués et des objectifs poursuivis. On court sinon le risque d'une idéologisation de la catégorie de biens communs, en faisant du "commun" une sorte de clé susceptible d'ouvrir n'importe quelle porte ou de reconnaître un donné "naturel", peu à peu perverti par les intérêts des hommes »<sup>156</sup>.

À titre illustratif, on pourrait s'inspirer du modèle de conseils des communs, mis en place au Royaume-Uni. Ces conseils permettent la gestion des droits qui s'exercent sur ces terrains, la constitution de chaque conseil est ad hoc, en fonction des droits en présence et elle est représentative. Ces conseils sont en outre distincts des personnes publiques. Voici comment Déborah Thébault les décrit dans sa thèse<sup>157</sup>.

« Les conseils de communs »<sup>158</sup>

Le législateur a prévu, dans le Commons Act de 2006, une structure de gouvernance par défaut qui peut être adoptée par les communes qui en seraient dépourvues, ou pour les hypothèses dans lesquelles les structures *ad hoc* existantes ne satisferaient pas leurs bénéficiaires. Ces structures sont dénommées « *commons councils* ». Le législateur a exclu que ces conseils de communs soient au service de la Couronne ou bénéficient d'un quelconque statut, privilège ou immunité de la Couronne, ou

<sup>154</sup> Par exemple, CE, 8<sup>ème</sup> chambre, 19 décembre 2018, 407707.

<sup>155</sup> « Les modalités de sortie des biens des collectivités territoriales sont beaucoup plus contraignantes que celles applicables à l'État. Cet encadrement supplémentaire qui pèse sur les collectivités territoriales freine considérablement les aliénations intempêtes de biens et assure une protection domaniale importante, favorable au maintien de l'intégrité et de l'unité du régime. », A. Sainson. *La domanialité publique à l'épreuve de la décentralisation*, 2017, p. 453.

<sup>156</sup> S. RODOTA, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété XXI<sup>e</sup> siècle », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2016, p.219. Disponible sur <https://journals.openedition.org/traces/6632>, Dernier accès le 1 novembre 2019.

<sup>157</sup> D. THEBAULT, *Les biens publics en droit anglais*, Thèse Université Paris-Descartes, 2019, pp. 242 suiv.

<sup>158</sup> Nous avons retiré du texte les notes en bas de page.

soient la propriété de la Couronne ou la propriété d'un organisme administré au nom de la Couronne, tel qu'un ministère. Il s'agit par conséquent d'un organisme public indépendant.

La création de ces *commons council* relève d'un *order* pris par l'autorité nationale appropriée, à savoir le ministre du Logement, des Communautés et des Gouvernements locaux. Ces structures sont dotées de la personnalité morale. Leur objet est limité à la gestion des *lands* enregistrés comme *common lands* et aux *lands* enregistrés comme *town or village greens* et sur lesquels sont exercés des *rights of common*. L'*order* édicté doit nécessairement faire mention du nom du conseil ainsi créé, et définir son périmètre de compétence territoriale.

Le ministre du Logement, des Communautés et des Gouvernements locaux doit préalablement procéder à la publicité, par les moyens qu'il juge pertinent, d'une proposition d'*order* qu'il soumet à l'avis du public. Cette proposition peut, par exemple, être publiée dans le journal de la commune ou du comté. Il peut également décider de mener une enquête locale. Au terme de cette procédure de publicité, le ministre ne peut édicter l'*order* que s'il estime que les résultats de la consultation publique, et de l'éventuelle enquête locale conduite, sont favorables. Le législateur a d'ailleurs fixé une primauté des remarques ou revendications qui pourraient être faites pendant la consultation, notamment de la part des titulaires de *rights of common*.

Le fonctionnement de ces conseils de commun est également prévu par l'établissement d'une constitution type aux sections 29 et 30 de la loi. Le législateur confie au ministre le pouvoir, par *order*, d'organiser la constitution de ces conseils, et notamment le mode d'élection, la durée des mandats et la participation des membres, et d'établir les procédures ainsi que la constitution et la publication de rapports annuels.

Ces conseils de commun instaurés ont trois fonctions principales : les deux premières concernent la gestion des activités agricoles et la gestion de la végétation. Pour remplir ces fonctions, les conseils de commun bénéficient d'un pouvoir réglementaire. La troisième fonction attribuée aux conseils est celle de la gestion des *rights of common* sur ces dits *lands*. Les conseils de commun ont notamment compétence pour gérer l'exercice des *rights of commons* des *lands* de leur ressort de compétence, d'édicter des règles relatives à la concession de *rights of common*, de créer et gérer un registre propre aux droits spécifiques de pâturage, ou encore d'établir et veiller au maintien du découpage des *lands*. Les conseils de commun doivent exercer leurs fonctions en respectant toute direction donnée par l'autorité nationale et dans l'intérêt public. L'intérêt public est ici défini par le législateur comme incluant la conservation de la nature ou du paysage, la protection des droits publics d'accès à toute terre ou bien encore la protection des vestiges archéologiques ou des attractions d'intérêt historique. »

### **3. Promouvoir une domanialité renforcée pour les biens à l'usage direct du public**

Lorsque les biens sont à l'usage direct du public et qu'ils constituent la base de l'exercice des libertés fondamentales, il serait possible d'envisager une domanialité renforcée, c'est-à-dire une obligation de préservation de l'affectation à l'usage collectif et une hiérarchisation des usages pour faire primer la garantie des libertés (expression, manifestation par exemple, c'est-à-dire la vocation politique du domaine).

Lorsqu'il y a des décisions de gestion qui ont un impact sur l'affectation surtout si elles peuvent se traduire par une désaffectation de fait, ces décisions doivent être soumises à des obligations de participations élevées. Une des manières de renforcer la domanialité des biens à l'usage direct du public est la création d'un organe de gestion du domaine public, un comité des parties prenantes du domaine, représentant l'ensemble des usagers, qui serait en charge de fixer, dans le respect de la durabilité de

l'utilisation, la politique d'utilisation du domaine public. Dans ce comité, la personne publique ne serait qu'un acteur parmi d'autres et ce comité devrait prendre ses décisions en fonction des études scientifiques attestant de la compatibilité des décisions avec la conservation écologique du domaine. (Voir proposition en annexe<sup>159</sup>).

#### 4. Maintenir l'affectation collective au-delà de la titularité du bien

Une autre possibilité serait, de façon générale, que la protection du bien suive l'affectation et non la propriété, voie déjà esquissée par le Conseil constitutionnel. Il faut en outre, pour sortir du débat public/privé, reconnaître d'une part que la puissance publique peut « privatiser » de fait un bien dans le sens où elle peut déjà l'utiliser dans un sens non conforme à l'intérêt général et d'autre part que le privé peut recouvrir une pluralité de réalités : depuis la société anonyme cotée qui tentera nécessairement d'extraire le plus de valeur possible pour les actionnaires, jusqu'à la structure sans but lucratif. Le problème dans les deux cas est le même : assurer une gestion des biens pour des tiers, ce qu'exprime bien l'idée de la fondation en droit français<sup>160</sup> ou du *trust*<sup>161</sup> en *common law*. Le phénomène d'exclusion des tiers, qui sont pourtant ceux au nom desquels l'administration ou une personne privée est censé gérer ses biens, est un phénomène général, qui n'est pas forcément attaché au statut public ou privé du bien. Voyons donc d'abord la possibilité de dissocier propriété et affectation avant d'examiner les ressources « sociales » pour la gestion de biens au nom de tiers.

##### 4.1. Une dissociation de la propriété et de l'affectation

Une première piste d'évolution, qui s'inspire de la thèse de Hélène Sauguez<sup>162</sup>, serait de dissocier les critères organique et matériel de l'identification du domaine public afin de considérer l'affectation comme le seul véritable critère d'un régime contraignant, capable de suivre le bien après son passage au domaine privé ou même à un patrimoine privé. « L'affectation ne suit pas le propriétaire du bien, mais le bien lui-même et *le but* auquel il est destiné, ou celui pour lequel il est le plus utile. »<sup>163</sup> Cette proposition permettrait d'harmoniser les exigences de valorisation économique et les finalités d'utilité publique. Pour comprendre cette proposition, il faut reconnaître que « l'association entre le statut de propriétaire et le pouvoir d'affectation n'est pas automatique »<sup>164</sup>. L'État aurait le pouvoir d'affecter un bien, sans en être propriétaire<sup>165</sup>.

Cette proposition pourrait être comprise de deux manières distinctes : elle pourrait être vue comme une atteinte au principe d'inaliénabilité en permettant à ces biens de passer dans le domaine privé ou devenir la propriété de personnes privées sans la désaffectation, mais elle pourrait être vue comme une mise en valeur de la fonction du bien qui prime sur la titularité. « L'essentiel est que l'affectation soit préservée au moyen des règles les plus adaptées à la nature et au type de l'affectation en question. »<sup>166</sup>. La fonction du bien primerait et, dans ce sens, la proposition se rapprocherait de la catégorie italienne des « biens communs ». Mais en même temps, elle s'en éloigne en le dissociant de la protection par le principe

---

<sup>159</sup> V. Annexe n° 1, 8. Propositions de réforme relatives aux biens publics.

<sup>160</sup> Ch. LAVIALLE, « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *RDP* 1990, p. 469.

<sup>161</sup> Th. PERROUD « Recherche sur un fondement de la domanialité publique dans les pays de *common law* : la notion de public trust », *Mélanges à la mémoire de Gérard Marvon*, IRJS éditions, 2017. hal-01699002 ; V. aussi V° « Public Trust », in *Dictionnaire des biens communs* et la contribution de Judith Rochfeld dans ce rapport, *infra*, Annexe – Leçons de droit comparé.

<sup>162</sup> H. SAUGEZ, *L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public*. Thèse Université Orléans, 2012.

<sup>163</sup> H. SAUGEZ, *op. cit.*, p. 198.

<sup>164</sup> H. SAUGEZ, *op. cit.*, p. 23.

<sup>165</sup> Par exemple, les procédures additionnelles de tutelle qui pèsent sur les collectivités territoriales pour la désaffectation des certains biens que l'État les avait transférés dans le cadre de la décentralisation. Voir la thèse d'Amélie Sainson, *La Domanialité publique à l'épreuve de la décentralisation*, 2017.

<sup>166</sup> H. SAUGEZ, *op. cit.*, p. 23.



d'inaliénabilité car, pour Lucarelli, « il serait particulièrement opportun d'inscrire dans la Constitution que les biens communs sont inaliénables, indisponibles, imprescriptibles et placés *en dehors de tout rapport marchand* [afin d'éviter qu'ils ne soient pris en otage par le caractère changeant et aléatoire de la volonté parlementaire] »<sup>167</sup>.

Au moins, dans un contexte de privatisations, cette idée répond aux impératifs de continuité du service public et d'exercice des libertés que la jurisprudence constitutionnelle et le CGPPP reconnaissent. Dans la décision du 14 avril 2005 (Aéroports de Paris), le Conseil Constitutionnel a déclaré que le déclassement d'un bien appartenant au domaine public ne saurait avoir pour effet de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il reste affecté<sup>168</sup>.

Néanmoins, pour Philippe Yolka, « l'exclusivisme qui accompagne la propriété privée conduirait fatalement à une vision liberticide, quels que soient les montages pour conjuguer modèle privatiste et l'affectation »<sup>169</sup>. En effet, après la décision du Conseil constitutionnel de 2018, il est possible de considérer qu'il y a un noyau de domanialité publique qui doit rester protégé par les principes d'inaliénabilité et imprescriptibilité<sup>170</sup>.

Mais penser à l'affectation hors du domaine public peut encore servir un autre propos. Pourrions-nous imaginer un critère d'affectation pour certains biens du domaine privé des personnes publiques ? Il est clair que toutes les décisions de l'administration doivent se fonder sur l'intérêt général, mais pourrions-nous déterminer des buts plus précis pour affecter certains biens du domaine privé à une certaine utilisation (i.e. des espaces utilisés par les citoyens qui n'ont pas été aménagés pour un service public)<sup>171</sup> ?

Un point positif de cette proposition est qu'une forme d'affectation des biens du domaine privé pourrait être une porte pour la gouvernance de certains biens tout en garantissant un objectif préalablement défini et différent de la valorisation économique du domaine. Ils pourront être des espaces d'expérimentation juridique pour créer des droits réels spéciaux, des prérogatives et des montages adaptés à l'affectation et à plus de participation des collectifs citoyens intéressés.

En outre, toute réflexion sur la possibilité de faire suivre l'affectation avec le bien malgré un changement de titulaire doit avoir pour préalable une réflexion sur la nature de la privatisation, pour les biens affectés à un service public, bien sûr, mais aussi pour les autres.

## 4.2. Au-delà du public et du privé : une troisième voie pour les privatisations

La voie tracée par Hélène Sauguez doit nous interroger sur une troisième voie possible dans les privatisations. Philippe Yolka a tout à fait raison d'estimer que la propriété privée s'oppose à l'affectation, et ce radicalement. Seulement, cette appréciation ne prend pas en compte la diversité des formes sociales privées possibles pour gérer un bien public. Les privatisations se sont pour l'instant toujours faites au bénéfice de la forme sociale la moins inclusive : la société par actions, dans laquelle la participation n'est possible que pour les actionnaires. Le public est bien évidemment exclu et le régime des biens exclut l'épanouissement des libertés publiques. Il faudrait approfondir la réflexion en réfléchissant aux autres formes sociales qui pourraient, elles, être compatibles avec l'affectation de droit public.

---

<sup>167</sup> A. LUCARELLI. « Biens communs. Contribution à une théorie juridique » in *Droit et société*, No. 98, 2018, traduit de l'italien par J. MERCIER et T. PERROUD avec l'aimable relecture d'E. BOTTINI.

<sup>168</sup> Conseil constitutionnel, Décision n° 2005-513 DC du 14 avril 2005.

<sup>169</sup> Ph. YOLKA, « Le droit des libertés en question(s) - Colloque des 5 ans de la RDLF », *RDLF* 2017, chron. n° 02, p. 3.

<sup>170</sup> Décision n° 2018-743, QPC du 26 octobre 2018.

<sup>171</sup> Le mécanisme de la servitude d'utilité publique pourrait fournir une inspiration.

Nous proposons que toute privatisation, qui emporte nécessairement la privatisation de biens publics, soit précédée d'une étude pour définir la structure privée qui serait la mieux à même d'accomplir les utilités du bien. En tout état de cause, toute entité privée propriétaire d'un bien affecté à un intérêt ou à l'exercice des libertés publiques devrait être dépourvue de but lucratif.

Nous pouvons à cet égard donner un exemple, celui de la gouvernance participative des réseaux de transport d'électricité aux États-Unis. La France a choisi de conserver la propriété du réseau d'électricité à l'opérateur historique, devenue depuis société anonyme, introduite ensuite sur les marchés financiers. Les États-Unis, au contraire, ont choisi une structure non lucrative et une gouvernance collaborative par l'ensemble des parties prenantes. Ce choix permet d'aligner les incitations de la nouvelle structure sur l'intérêt de l'ensemble des acteurs. Dans les années 1990, la Commission fédérale américaine de régulation de l'énergie (FERC) émit l'Order 888 qui ordonna la séparation du secteur en trois segments (génération, transmission et distribution de l'énergie). Pour l'organisation de la transmission (soit le transport de l'électricité à travers des câbles de haute tension), ce régulateur promut la réorganisation de l'industrie autour d'organisations sans but lucratif appelées gestionnaires indépendants du réseau (ISO). Cette structure était gérée par toutes les parties prenantes (industriels, consommateurs, et gouvernements), sans but lucratif.

Cet exemple montre que les services publics pourraient être remodelés sur une base *ad hoc* afin d'encourager des modèles de management inclusif. L'enjeu majeur ici est la conception institutionnelle de chaque organisme. L'extrait ci-dessous permet de comprendre le choix américain.

#### La gouvernance collaborative aux États-Unis

(Charles H. Koch, Collaborative Governance: Lessons for Europe from US Electricity Restructuring, 61 Administrative Law Review [2009] Special Edition, 71-104)

[...]

#### III. Evolution of U.S. Electricity Policy

##### A. Major Shift in U.S. Regulatory Strategy

A major shift in the theory of U.S. electricity regulation started not with Congress or administrative authorities such as the Federal Energy Regulatory Commission (FERC) or the Department of Energy (DOE), but with antitrust litigation.<sup>172</sup> The story begins with the Supreme Court's opinion in *Otter Tail*.<sup>173</sup> Since the end of the 19th century, the electricity industry was always considered a "natural monopoly" and hence ordinary application of the competition laws was deemed inappropriate. This theory spawned regulatory regimes in which rate and performance regulation aimed to create the performance of a competitive market while retaining the cost-effectiveness of the monopoly. While some economists increasingly questioned this theory, a policy shift would not take place until the Supreme Court in *Otter Tail* found that competition was possible and that the electricity industry to the extent possible should incorporate market forces.

Congress made a few tentative attempts to encourage a market approach.<sup>174</sup> However, it was FERC that initiated the first meaningful step toward restructuring the industry. The real beginning of efforts

<sup>172</sup> The two most significant and lasting pieces of early energy legislation relevant to this discussion are Part II of the Federal Power Act, 16 U.S.C.A. §§ 824a–825r, passed in 1933, and the Natural Gas Act, 15 U.S.C.A. § 717 et seq., passed in 1938.

<sup>173</sup> *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366 (1973). This case is seminal because it recognized the possibility of competition in the electricity industry and hence began the restructuring movement. Significant even today is the example of abusive behavior by the large, integrated utility. The utility attempted to drive out competition from small municipal utilities that were able to sell electricity well below the dominant utility. Such conduct continues to be a potential danger.

<sup>174</sup> Major efforts include the Public Utility Regulatory Policy Act of 1978 (PURPA) (encouraging limited generator competition) and the Energy Policy Act of 1992 (expanding the types of generators that could sell deregulated wholesale power).

to inject market elements into the whole electricity industry was a FERC rule called Order 888.<sup>175</sup> This “open access rule” provided an impressive foundation for this restructuring.<sup>176</sup> Order 888 ordered *functional* unbundling, finding that ownership divestiture was not necessary. It sought to divide control of the three industry segments—generation, transmission, and distribution/marketing. A market in generation seemed plausible if the generators were separated from the integrated utilities. Likewise, a market in distribution would be created if customers were able to choose among retail marketers. Again, the key was separating the distribution segment from the integrated utility. Markets at the two ends, so to speak, proved possible, if not without difficulty. However, a traditional market in transmission—the operation of the big wires—eluded even theoretical designs. Transmission had to be an integrated whole and yet the counter-market opportunities remained after unbundling. To confront these opportunities, FERC looked to a structure that had been developed by members of the industry itself. It encouraged reorganization in which bulk transmission would be managed by not-for-profit organizations called independent systems operators (ISOs).<sup>177</sup>

Europeans must be immediately alerted to the fact that ISO organization as used in the United States is almost the exact opposite from the independent system operator option offered as an alternative by the EU Commission. The U.S. version of ISO is a not-for-profit system manager but the EU uses the term to designate an ordinary business entity.

This option, a derogation from the basic ownership unbundling approach, is known as the “Independent System Operator.” This option enables vertically integrated companies to retain the ownership of their network assets, but requires that the transmission network itself is managed by an independent system operator—an undertaking or entity separate from the vertically integrated company—that performs all the functions of a network operator. In addition, to ensure that the operator remains and acts truly independently of the vertically integrated company, regulation and permanent regulatory monitoring must be put in place.<sup>178</sup>

Thus, the EU version of the ISO does not differ from the “preferred” version, except in the ISO alternative the ownership remains with the utility and in the preferred version the ownership is separated—but not by much. Neither alternative matches the U.S. ISO concept in which the focus is not on ownership but on management by an entity governed by all the stakeholders and hence truly independent.

This management organization of the big wires was in some sense privileged by FERC’s open-access structure. Furthermore, embedded in the FERC open-access options was a move toward regional (multistate) design. Regional Transmission Organizations (RTOs), already existing in many regions, preside over an entity whose function was divided geographically according to the most efficient and effective physical and economic organization. In the original Power Act, Congress carved out, largely for political reasons, a role for state regulators.<sup>179</sup> It became established doctrine that states were given jurisdiction to regulate “retail” and the federal regulators retained power over “wholesale.”<sup>180</sup> Order 888 envisioned a structure in which federal regulation would impose optimum markets with

<sup>175</sup> Order 888, Promoting Wholesale Competition Through Open Access Non-Discriminatory Transmission Services by Public Utilities; Recovery of Stranded Cost by Public Utilities and Transmitting Utilities, 61 Fed. Reg. 21,540 (May 10, 1996) (to be codified at 18 C.F.R. pts. 35, 385) (hereinafter Order 888).

<sup>176</sup> It was adopted through the basic U.S. “legislative rules”—rules made pursuant to delegated authority which have the “power of law”—set out in § 553 of the Administrative Procedure Act (APA). The statement accompanying this rule is an impressive example of this process.

<sup>177</sup> For a history of U.S. electricity restructuring, see Richard F. Hirsh, *Power Loss: The Origins of Deregulation and Restructuring in the American Electric Utility System* (1999).

<sup>178</sup> Internal Market Proposal, *supra* note 2, at 5–6.

<sup>179</sup> See *Rhode Island Pub. Util. Comm’n v. Attleboro Steam & Elec. Co.*, 275 U.S. 83 (1927) (holding that the states could not regulate industries in interstate commerce and hence, for the states to have jurisdiction, the power had to be delegated by the federal government).

<sup>180</sup> *Fed. Power Comm’n v. Conway Corp.*, 426 U.S. 271, 276 (1976) (“The prohibition against discriminatory or preferential rates or services imposed by § 205(b) and the Commission’s power to set just and reasonable rates under [FPA §] 206(a) are accordingly limited to sales ‘subject to the jurisdiction of the Commission,’ that is, to sales of electric energy at wholesale. The Commission has no power to prescribe the rate for retail sales of power companies.”).

necessarily softened state-defined industry components. In *New York v. FERC*, the Supreme Court strongly affirmed the FERC approach.<sup>181</sup>

#### B. The ISO/RTO Solution

FERC made a very wise choice: it encouraged the industry itself to offer open-access designs that eliminated anticompetitive control from a central entity. Almost a natural consequence of unbundling was industry shift to ISO/RTO models.<sup>182</sup> This organizational model, which had emerged over sixty years, manages the big wires and usually makes a market in electricity, unencumbered by state or, in some cases, national boundaries. It also provides auxiliary services, control of which also presents the potential for anticompetitive conduct. In North America, ISOs and RTOs represent 67% of electricity customers in the United States and over half of those in Canada.<sup>183</sup>

This Article centers on the ISO/RTO model. The model's chart is available on the ISO/RTO Council's website.<sup>184</sup> The discussion below generally equates interconnection among U.S. states with that among EU Member States. As can be seen from this chart, however, to be discussed further below, there is considerable cross-border cooperation between ISOs in Canada and the United States. The organizational union often operates as if it were one entity. Thus, the organizational structure transcends political borders and may be seen as operating across international as well as interstate borders. The freer from political constraints in general, the more likely the boundaries will be determined by physical and market efficiencies. But, relevant to this paper, the greater the variety of private and governmental stakeholders brought into these entities, the greater the challenge to their governance organization.

#### C. Collaborative Governance Model in Electricity

Participatory governance is essential to the comfort level of firms that cede some control to an independent authority. For this reason, ISO/RTO governance enhances industry participation in joint action to facilitate efficient markets and reliability. Equally important, however, is that ISO/RTOs provide direct participation by nonindustry stakeholders, including consumers and various governments. The ISO/RTO model's inclusiveness and transparency gives it legitimacy. The collaborative-governance strategy of the ISO/RTO system, then, is a key to its success.

Collaborative governance seeks to reorient the conceptualization of administrative process around techniques of joint problem solving and controlled discretion.<sup>185</sup> It seeks an alternative to adversarial government and explores concepts and processes which might replace interest-group contests with cooperation and dialogue.<sup>186</sup> It fosters the development of a coherent theoretic framework for those experimenting with alternatives based on positive problem solving rather than contestability and

---

<sup>181</sup> *New York v. FERC*, 535 U.S. 1 (2002). Indeed, Justice Thomas, in a separate opinion, found that FERC had jurisdiction over transmission transactions including those taking place within a state. *See id.* at 42 (Thomas, J., concurring in part and dissenting in part) ("Finally, to the extent that FERC has concluded that it *lacks* jurisdiction over transmission connected to bundled retail sales, it ignores the clear statutory mandate.").

<sup>182</sup> 18 C.F.R. § 35.34 (2006) (setting out FERC's technical requirements).

<sup>183</sup> ISO/RTO Council, *Harnessing the Power of Demand: How ISOs and RTOs Are Integrating Demand Response into Wholesale Electricity Markets* (2007), [http://www.isorto.org/atf/cf/%7B5B4E85C67EAC40A08DC3003829518EBD%7D/IRC\\_DR\\_Report\\_101607.pdf](http://www.isorto.org/atf/cf/%7B5B4E85C67EAC40A08DC3003829518EBD%7D/IRC_DR_Report_101607.pdf).

<sup>184</sup> ISO/RTO Operating Regions, <http://www.isorto.org/site/c.jhKQIZPBImE/b.2604471/k.B14E/Map.htm>.

<sup>185</sup> Collaborative governance is characterized by five features: problem-solving orientation; participation by interested and affected persons at all stages of the decisionmaking process; solutions that are provisional and subject to revision; accountability; and flexible, engaged government institutions. Freeman, *supra* note 1, at 22.

<sup>186</sup> Americans, not just their lawyers, have a great deal of difficulty with such behavioral norms. Much of the rest of the world finds it easier to engage in community dispute resolution. Our instinctive competitiveness is our strength and our weakness. Here, as perhaps elsewhere, this instinct can inhibit the attainment of the ultimate goal. Our inability to engage in cooperative decisionmaking may accrue to our comparative disadvantage in the increasingly interconnected world.

coercion. It engenders information sharing, accountability, and broad participation and deliberation.<sup>187</sup> It enables evolutionary decisionmaking in which solutions to immediate problems do not foreclose rethinking of both solutions and goals. It envisions synergistic government and broadens potential roles of public agencies, such as serving as facilitators and information clearinghouses. Yet, while government may guide and monitor performance, it does not dictate operations. As Professor Freeman observed, “A collaborative perspective requires that we reconceive the relationship and responsibilities among public and private actors in the regulatory process.”<sup>188</sup> For these reasons, it seems to speak directly to the evolving electricity industry.

Through the ISO/RTO model, the collaborative-governance package has transformed governance in the electricity industry. Careful attention to the instrumental value of participation as well as its normative value is nowhere more important than in electricity governance. Indeed, collaborative problem solving changes the conceptualization of the interaction among the interests. Electricity governance is a complex prisoner’s dilemma in which individual self-interest may in fact diminish the payoff for everyone, unlike most business relationships in which competition has social value. Mutual trust is obviously not enough and hence positive governance is necessary. The governance structure must be effective and fair—and appear to be effective and fair. The ISO/RTO model then serves the complex problem-solving challenges of the electricity industry. At the same time, it satisfies all the various interests in which they are involved in substance as well as form.

The oldest RTO, PJM, may well serve as an exemplar.<sup>189</sup> This RTO originally managed grids in the neighboring U.S. states of Pennsylvania, New Jersey, and Maryland; hence its name. PJM was started by electric utilities in 1927 and became the first FERC-certified RTO in 1997. It has been extremely successful, growing to include 450 members in 15 Mid- Atlantic states. It manages over 56,000 miles of transmission lines and 164,905 MW of generation. PJM covers 1,271 generating sources and serves over 51 million customers. Thus, it fosters vibrant competition between producers and provides choices for customers and marketers.

In the PJM governance system, the central authority is the Board of Managers. The Board is charged with operating a fair, nondiscriminatory electricity market. The Board may have no person who has a personal affiliation or ongoing professional relationship or financial stake in any PJM market participant. A Members Committee provides advice to the Board. That Committee has representatives from the key segments: generators, transmission owners, distributors, marketers, and consumers. A Nominating Committee fills vacancies on the Board. Various specialized committees, such as the Reliability Committee or the Finance Committee, work to refine and improve rules, policies, and processes. Input also comes from user groups.

ISO/RTOs such as PJM engage in self-regulation of their various members. PJM’s Market Monitoring Unit guards against the exercise of market power by any market member. The industry itself developed this concept to engender trust among market participants, including competitors. The Unit analyzes market data and takes action to make structural or rule changes. Self-regulation has been very successful in several U.S. industries, such as the securities industry. Members of the industry itself are much harder to fool than government regulators. On the other hand, they are sensitive to the needs of industry participants. When self-regulation works, it is both more effective and less burdensome to the industry. An independent transmission organization responsible for the industry’s integrity offers the most effective monitor. For one thing, self-monitoring creates legitimacy in that part of the industry that cannot be protected by market forces. In the end, the industry benefits from keeping its own house clean rather than dealing with intrusive governmental interference.

---

<sup>187</sup> See Jim Rossi, *Participation Run Amok: The Costs of Mass Participation for Deliberative Agency Decisionmaking*, 92 N.W. U.L. REV. 173 (1997) (explaining that, while U.S. administrative law exalts participation, the central consideration must be optimizing deliberation).

<sup>188</sup> Freeman, *supra* note 1, at 97.

<sup>189</sup> A great deal of information about the issues discussed here and otherwise is available on the PJM website, <http://www.pjm.com>.



Another advantage of independent transmission management is its dispute–resolution machinery. Any environment with so many actors will create numerous disputes. For example, sometimes generators are unable to meet their delivery promise, customers may not want the delivery, or repairs may be negligent or slow. An effective transmission manager must efficiently settle such disputes. An ISO/RTO has the status, resources, and independence to do so. It is a better alternative to government regulatory mechanisms or judicial dispute–resolution mechanisms.

In sum, the private government-like services—including management, rulemaking, enforcement, and dispute settlement—solve many of the governmental tasks without many of the disadvantages of direct governmental involvement. Such entities serve well the sophisticated and complex tasks involved in governing the core segment of the electricity industry, bulk transmission. Fairness, competence, efficiency, and legitimacy radiate out to the entire industry and ultimately to the society it serves.”

On voit donc bien qu’aux États-Unis, une forme sociale originale a été mise en place afin d’accomplir les utilités du bien. Cette forme sociale est inclusive et permet de représenter l’ensemble des points de vue ayant un intérêt aux utilités du bien.

Pour illustrer encore une fois ce propos, nous souhaiterions ici présenter un autre modèle de gouvernance collaborative d’un commun réunissant dans une même structure *ad hoc* l’ensemble des parties prenantes, le *Cumbria Commons Council* :

Extrait de Christopher P. Rodgers, Eleanor Straughton, Angus J.L. Winchester, Margherita Pieraccini, *Contested Common Land: Environmental Governance Past and Present*, Routledge, 2012

“[...] The Cumbrian model combines informal governance by commoners’ associations, in which all stakeholders participate, with a formal governance structure (the proposed commons council) with a more limited and closely defined membership that can introduce legally enforceable management rules. This raises an interesting historical parallel with the relationship in previous centuries between informal ‘bylaw’ meetings and the more formal proceedings in the manor courts. The Cumbria model posits a commons council of 15 voting members (Defra, 2009a). There would be ten representatives of active graziers, with one drawn from each of ten regions in the county; two representatives of non-active graziers; and three owner representatives chosen (one each) by the representatives of owners with recreational interests, sporting interests and agricultural interests. The Cumbrian proposal defines active graziers for these purposes as commoners who have grazed a hefted flock for at least the previous two years. The management of individual commons in Cumbria would remain with local associations under delegated powers, and the statutory council would only make a decision relating to an individual CL unit (e.g. a particular common) if there was a majority of 75 per cent of commoners from that unit in favour of the proposal. In this way it is proposed to maintain local control of day-to-day management in the hands of the commoners’ associations for each individual CL unit, while achieving both the power to make legally binding rules and economies of scale through the use of a country-wide model for the statutory council. The Federation of Cumbria Commoners has agreed, in principle, to proceed with the establishment of a council on this basis, subject to resolution of a number of outstanding issues.”

Il faudrait donc, pour chaque bien public privatisé, réfléchir à la structure *ad hoc* permettant de respecter l’affectation. Pour cela, l’inclusion des parties prenantes dans la structure semble indispensable. De même, inclure dans l’objet social l’absence de but lucratif et la satisfaction de l’intérêt général paraît indispensable. Dans ce cadre, on ne peut cependant que reconnaître que l’objectif de valorisation des biens du domaine est en contradiction avec ces principes puisque cet objectif implique une augmentation des redevances qui impose naturellement des structures lucratives.

## §2. Approche spéciale des espaces publics : propositions de réformes pour renforcer la démocratie dans la gouvernance domaniale

Dans l'approche générale sur les biens publics, nous avons présenté des pistes de réflexion pour une gestion plus démocratique de ces biens, et exploré une troisième voie possible dans le cadre de privatisations. Il ressort néanmoins de la pluralité des biens publics et de leurs finalités, ainsi que de la diversité des personnes publiques propriétaires (avec des régimes de décision interne et de gestion qui diffèrent), que la formulation de propositions générales fait tôt ou tard face à des limites. Ainsi, les propositions concernant les biens affectés à un service public doivent également prendre en compte les besoins du service en cause. Il nous a donc paru nécessaire de mener une étude sur un objet plus spécifique pour mettre à l'épreuve nos hypothèses. Constatant que la communalité dépasse la question de la titularité pour se porter davantage sur la fonctionnalité des biens, nous avons fait le choix d'un objet hybride, entrecroisant les enjeux publics et privés, à travers la notion d'« espaces publics ». La réflexion sur ces espaces souligne que la communauté attributaire, ou d'usage, dépend fortement du mode de prise de décision, notamment dans le cadre de conflits, quel que soit le propriétaire.

Face à la polysémie du terme d'espace public, nous ferons d'abord une présentation classique de cette notion (1), qui servira de cadre conceptuel pour l'analyse du projet d'aménagement de la gare du Nord (2). Ce cas illustre à la fois les difficultés soulevées par la valorisation économique des biens publics et le besoin de penser la communauté délibérative pour les espaces publics. Ces constats nous invitent à une réflexion sur la démocratie dans la gouvernance domaniale et les autorisations d'occupation temporaire (3). Néanmoins, la privatisation de ces espaces nous démontre que les réformes ne doivent pas s'arrêter à l'échelon de la propriété publique. Ainsi, la doctrine de l'effet horizontal des droits fondamentaux peut servir à régler les conflits d'usages des espaces publics privés (4), comme c'est déjà le cas dans d'autres pays<sup>190</sup>.

### 1. Présentation « classique » de la notion d'espace public

La notion d'« espace public » désigne en droit français des espaces matériels dont la définition n'est pas juridiquement unifiée. Selon que son usage est singulier ou pluriel, cette notion renvoie pourtant suivant les disciplines à deux concepts distincts, bien qu'indissociables<sup>191</sup>. Au singulier, *l'espace public* fait référence à un espace métaphorique et abstrait, conceptualisé par la philosophie et les sciences politiques<sup>192</sup>, dans lequel prend place le débat politique. Au pluriel, *les espaces publics* correspondent au concept utilisé notamment par les urbanistes et les architectes, pour qualifier des espaces matériels ouverts et accessibles à tous. L'association de ces deux concepts à travers une même notion illustre la fonction politique indissociable que ces espaces, distincts épistémologiquement, remplissent au sein de notre démocratie. Ils mettent en effet à disposition du « public » un espace intermédiaire de circulation et d'échange, lieu institué du vivre-ensemble et support de « mondes communs »<sup>193</sup>, situé au croisement des institutions publiques et des lieux privés. Dans leur dimension matérielle, ces espaces connaissent une grande diversité de régimes de propriété favorisant leur appréhension à travers un critère fonctionnel, à raison

---

<sup>190</sup> V. Annexe 2, Leçon de droit comparé n° 2 : Les limitations aux privatisations des espaces publics dans les pays anglo-américains et en Allemagne.

<sup>191</sup> Th. PAQUOT, *L'espace public*. La Découverte, 2015.

<sup>192</sup> L'élaboration de ce concept est attribuée au philosophe Jürgen Habermas dans sa thèse d'habilitation publiée en 1962, *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*. Paris, Payot, rééd. 1988.

<sup>193</sup> É. TASSIN, « Espace commun ou espace public ? L'antagonisme de la communauté et de la publicité », *Hermès, La Revue*, vol. 10, no. 1, 1992, pp. 23-37.

de leur accessibilité. Ils ont également constitué à cet égard, un appui à l'essor des « communs urbains »<sup>194</sup>.

Ces espaces urbains peuvent ainsi correspondre à plusieurs catégories juridiques dans différentes branches du droit français, et relever de la notion d'« espace public » en vertu de leur degré d'ouverture et d'accessibilité. Ces catégories ne forment pas pour autant un ensemble cohérent, pour lequel il est dès lors difficile de déduire un régime applicable commun<sup>195</sup>. Tout d'abord, en vue de définir la compétence *ratione loci* des pouvoirs de police administrative<sup>196</sup>, la catégorie juridique de « voie publique »<sup>197</sup> peut être associée à celle de « lieu public ». Cette dernière serait équivalente<sup>198</sup> à la catégorie juridique de « lieu ouvert au public », définie par la jurisprudence comme l'ensemble des lieux « accessible à tous, sans autorisation spéciale de quiconque, que l'accès en soit permanent et inconditionnel ou subordonné à certaines conditions »<sup>199</sup>. La circulaire du 2 mars 2011 relative à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public en retient une définition similaire, mentionnant notamment « les commerces (cafés, restaurants, magasins), les établissements bancaires, les gares, les aéroports et les différents modes de transport en commun ». Afin d'en délimiter les contours, la catégorie juridique de « lieu ouvert au public » peut être mise en rapport avec celle de « lieu affecté à un usage collectif »<sup>200</sup> encadrant l'interdiction de fumer, qui intègre en outre les lieux de travail fermés au public. Elle peut également être rapprochée de la catégorie d'« établissement recevant du public »<sup>201</sup>, qui implique des règles en matière de sécurité<sup>202</sup> et d'accessibilité pour les espaces clos recevant du public autre que leur personnel<sup>203</sup>. La loi du 11 février 2005 relative aux personnes handicapées prévoit ainsi une obligation d'accessibilité pour ces établissements, de même que l'élaboration par les communes d'un « plan de mise en accessibilité de la voirie et des aménagements des espaces publics »<sup>204</sup>. Enfin, la catégorie juridique de « lieux accessibles aux regards du public » en matière d'exhibition sexuelle<sup>205</sup>, permet de repousser encore davantage les limites de ce qui relèverait de l'accessibilité au public. Ces catégories s'enchevêtrent donc, et se distinguent selon le type de droit considéré, laissant toujours fuyante la frontière juridique qui permettrait de délimiter les espaces publics.

La loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public propose bien une définition de « l'espace public », qui désigne alors « des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au

---

<sup>194</sup> D. FESTA, « Les communs urbains. L'invention du commun », *Través. Revue de Sciences humaines*, #16, 2016.

<sup>195</sup> O. BUI-XUAN, « L'espace public. L'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? Réflexions sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2011.

<sup>196</sup> Article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales.

<sup>197</sup> Cette catégorie juridique a été interprétée par la jurisprudence civiliste comme « tout passage accessible, route ou chemin, ouvert au public », sans la limiter au seul domaine public. Voir Civ. 3<sup>e</sup>, 13 mai 2009, n° 08-14.640, *AJDI* 2009. 742, cité par O. BUI-XUAN, *op. cit.*

<sup>198</sup> F. ROLIN, « L'espace public en droit administratif », in O. BUI-XUAN (dir.), *Droit et espace(s) public(s)*, Fondation Varenne, 2012, p.60

<sup>199</sup> TGI Paris, 23 oct. 1986, confirmé par CA Paris, 19 nov. 1986.

<sup>200</sup> Article 1<sup>er</sup> du décret n° 2006-1386 du 15 novembre 2006 fixant les conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif.

<sup>201</sup> L'article R. 123-2 du code de la construction et de l'habitation définit les établissements recevant du public comme « les bâtiments, locaux et enceintes dans lesquels des personnes sont admises, soit librement, soit moyennant une rétribution ou une participation quelconque, ou dans lesquels sont tenues des réunions ouvertes à tout venant ou sur invitation, payantes ou non ».

<sup>202</sup> Arrêté du 25 juin 1980 portant approbation des dispositions générales du règlement de sécurité contre les risques d'incendie et de panique dans les établissements recevant du public. Cet arrêté est régulièrement mis à jour.

<sup>203</sup> La jurisprudence en exclut par exemple les locaux d'une caisse primaire d'assurance-maladie non accessible au public, TA Lille 7 décembre 2007, Caisse primaire d'assurance-maladie de Boulogne-sur-Mer.

<sup>204</sup> Article 45 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Cette obligation ne concerne désormais que les communes de plus de 1000 habitants, en vertu de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement.

<sup>205</sup> Article 222-32 du code pénal.



public ou affectés à un service public »<sup>206</sup>. La portée de cette définition est néanmoins limitée au champ d'application de son article 1<sup>er</sup>, qui établit le principe visant à interdire l'usage du voile intégral dans « l'espace public ». Elle ne s'applique donc pas aux « espaces publics » mentionnés notamment par la loi du 11 février 2005 relative aux personnes handicapées. La loi dite « anti-burqa » réalise en fait avec cette définition un déplacement de la notion d'« espace public » qui entretient les confusions, tout en s'appuyant sur des catégories juridiques déjà existantes. En cherchant à lutter contre l'atteinte qui serait portée par les femmes intégralement voilées à leur propre dignité<sup>207</sup>, le législateur « laisse inclure ce qu'il exclut et inscrit ce qu'il essaie d'effacer »<sup>208</sup>. La loi introduit en effet un motif d'évincement des espaces publics, alors même qu'elle vise à lutter contre toute logique d'exclusion en vertu d'un principe de transparence, qui refuse pourtant l'extériorité. De cette façon, le législateur étend dans une certaine mesure aux espaces publics le principe de neutralité religieuse, cantonné par la loi du 9 décembre 1905 de séparation des Églises et de l'État aux seules institutions et administrations publiques<sup>209</sup>. Ce principe s'applique en théorie aux agents publics<sup>210</sup>, et non aux usagers des services publics<sup>211</sup>. Dans un contexte bien circonscrit néanmoins, la loi du 15 mars 2004 interdisant les signes religieux ostensibles dans les écoles, les collèges et les lycées publics<sup>212</sup> avait déjà apporté des restrictions à la liberté de manifester sa religion pour les usagers du service public. La loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public étend donc l'encadrement de la liberté d'expression religieuse, des institutions publiques vers « l'espace public », et participe ainsi à faire évoluer la conception française de la laïcité.

De la même façon, la définition de « l'espace public » retenue par la loi du 11 octobre 2010 assimile les institutions publiques aux espaces publics. Elle s'appuie en effet sur la catégorie juridique de « lieu affecté à un service public », qui constitue l'un des critères d'identification du domaine public<sup>213</sup>. Cette catégorie juridique se superpose de nouveau avec celle de « lieu ouvert au public », à l'exception des lieux affectés à un service public qui sont fermés au public<sup>214</sup>. Surtout, le mot « public » ne désigne plus dans ce cas un ensemble indéterminé de personnes, comme pour les catégories juridiques de « lieu ouvert au public » et de « voie publique ». Contrairement à ces deux catégories qui reposent sur un critère fonctionnel d'accessibilité pour leur identification, les « lieux affectés à un service public » dépendent du critère matériel de « service public ». Le mot « public » est alors utilisé dans son autre acception, pour désigner ce qui relève de l'État et des collectivités territoriales. Le législateur opère ainsi une extension de la notion d'« espace public », en associant dans la loi du 11 octobre 2010 ces deux significations du mot « public ». Cette extension, qui revient à qualifier d'« espace public » des lieux fermés au public, s'ajoute à celle du principe de neutralité religieuse, en partie étendu aux voies publiques et aux lieux ouverts au public. Loin d'éclaircir les frontières des espaces publics, la définition de « l'espace public » retenue pour la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public réalise donc un double mouvement d'extension, tout en combinant les deux sens du « public ».

Cette double signification du « public » engendre une compréhension différenciée des mouvements de privatisation et de publicisation des espaces urbains, selon que l'on s'intéresse à leur accessibilité ou au titulaire de la propriété. De nombreux espaces comme des cafés, des cinémas ou des théâtres répondent

---

<sup>206</sup> Alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 2 de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

<sup>207</sup> Seuls les débats parlementaires mentionnent ce motif pour justifier l'adoption de la loi.

<sup>208</sup> D. FONSECA, « Une généalogie philosophique de l'espace public. Histoire de différences, différences d'histoires » in O. BUI-XUAN (dir.), *Droit et espace(s) public(s)*, Fondation Varenne, 2012, p.36.

<sup>209</sup> Voir notamment les arrêts CE, 9 novembre 2016, Fédération de la libre pensée de Vendée, et CE, 9 novembre 2016, Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne, qui précisent les conditions de régularité de l'installation d'une crèche de Noël dans un emplacement public.

<sup>210</sup> Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

<sup>211</sup> Circulaire du 15 mars 2017 relative au respect du principe de laïcité dans la fonction publique, 1.3 p.4.

<sup>212</sup> Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

<sup>213</sup> L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>214</sup> Outre les bureaux ou les écoles qui ne sont pas des « lieux ouverts au public », on peut penser aux biens du domaine public dont l'accès est interdit au public, tels que ceux participant à la défense nationale.

à un critère d'accessibilité tout en faisant l'objet de droits privatifs, sans relever ni de la propriété publique ni d'un service public. En outre, Frédéric Rolin constate « une interpénétration des enjeux publics et privés sur un même espace, soit qu'un espace privé soit assujéti à des enjeux publics, soit au contraire que des espaces soient les supports de droits « privatifs », soit encore qu'il existe des espaces hybrides dans lesquels les notions de publics et de privé sont complètement diluées »<sup>215</sup>. Au-delà de la titularité, le propre des espaces publics repose donc dans leur affectation collective déterminée principalement par un critère d'accessibilité.

Dans ce sens, l'auteur américain Anthony Maniscalco suggère cinq critères pour reconnaître les espaces publics<sup>216</sup> : (1) L'ouverture et accessibilité ; (2) le soutien aux pratiques communautaires ; (3) la visibilité et la révélation, dans le sens d'un espace d'apparence<sup>217</sup> ; (4) la diversité, la tolérance et le compromis ; et (5) l'authenticité et l'inattendu, car ils permettent des usages non déterminés *a priori*. Ces caractéristiques rapprochent les espaces publics d'une conception fonctionnelle des communs. Premièrement, c'est la « fonction » de ces espaces et la garantie des libertés qui justifieront une protection additionnelle de leur affectation. Cette approche s'inspire de la définition des « biens communs » issue de la Commission Rodotà en Italie : « les choses qui expriment des utilités fonctionnelles pour l'exercice des droits fondamentaux, mais aussi pour le libre développement de la personne humaine. Les biens communs doivent être protégés et sauvegardés par l'ordre juridique, également au bénéfice des générations futures. Les titulaires des biens communs peuvent être des personnes juridiques de droit public ou privé. Dans tous les cas, l'accès de tous doit être garanti, dans les limites et selon les modalités déterminées par la loi. Quand les titulaires sont des personnes publiques, les biens communs sont gérés par eux et mis hors de portée du monde marchand »<sup>218</sup>. Deuxièmement, la diversité des usages que connaissent les espaces publics en raison de leur ouverture nous amène à la question de leur réglementation, et du pouvoir de décision sur ces espaces. Il ne s'agit pas d'affirmer *a priori* que les espaces publics sont des « communs », ni qu'il serait souhaitable d'en faire des « communs ». Nous constatons plutôt que l'analyse des espaces publics à travers la problématique des « communs », en dépassant la distinction entre droit public et privé pour se concentrer sur leur affectation collective, peut répondre dans certains cas aux *conflits d'usages actuels* qu'ils rencontrent.

Une illustration peut en être donnée à travers le projet de rénovation, devenu un projet de transformation de la gare du Nord, initié en 2017 à Paris.

## 2. Exemple de la gestion domaniale et des conflits d'usages dans le projet de réaménagement de la gare du Nord à Paris

Le projet de rénovation de la gare du Nord à Paris, envisagé<sup>219</sup> à travers la publication d'un appel à projets lancé en 2017 par l'ex-Établissement public industriel et commercial (EPIC) SNCF Gares & Connexions, permet d'illustrer l'enchevêtrement d'espaces publics au statut et aux finalités différents. Ce réaménagement constitue un projet structurant, dans un environnement urbain complexe, dont les polémiques qu'il a engendrées<sup>220</sup> illustrent la dimension politique. Il suppose d'articuler à travers la gare deux visions de la ville, en termes de flux entre la ville et les autres territoires d'une part, et en termes de tissu urbain pour en faire un projet inscrit dans le territoire d'autre part. Ces deux approches supposent de concevoir au sein même de la gare un arbitrage entre les usages propres au service public de

<sup>215</sup> F. ROLIN, *op. cit.*, p. 62.

<sup>216</sup> A. MANISCALCO, *Public Spaces, Marketplaces, and the Constitution: Shopping Malls and the First Amendment*, SUNY Press, 2015, p 20.

<sup>217</sup> H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, Pocket, 1983. p. 259.

<sup>218</sup> Cité par A. LUCARELLI, « Biens communs. Contribution à une théorie juridique » in *Droit et société*, n° 98, 2018, traduit de l'italien par J. Mercier et T. Perroud avec l'aimable relecture d'E. Bottini.

<sup>219</sup> Article 67 de la loi n° 2017-257 du 28 février 2017 relative au statut de Paris et à l'aménagement métropolitain.

<sup>220</sup> Par exemple : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/09/03/le-projet-de-transformation-de-la-gare-du-nord-est-inacceptable\\_5505639\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/09/03/le-projet-de-transformation-de-la-gare-du-nord-est-inacceptable_5505639_3232.html)

transport, et le développement d'autres usages commerciaux, culturels ou sportifs. Ce projet se caractérise en outre par une gestion de la propriété publique de l'État par la SNCF, récemment devenue un acteur de droit privé à capitaux publics, qui interroge sur les équilibres à trouver entre la valorisation économique du domaine public et le respect de son affectation principale. Ainsi, l'orientation prise par le projet, qui s'explique en partie par son mode de financement, questionne sur les garanties apportées à l'affectation du domaine public, de même que sur le statut domanial des différents espaces qui composeront la gare. Le développement de nouveaux usages permet de réfléchir à leur articulation avec l'affectation principale du domaine public au service public de transport, et apporte un éclairage sur les limites rencontrées dans le cadre de privatisations et sur les modes de gouvernance à promouvoir pour garantir cette affectation.

En juillet 2018, la société Ceetrus<sup>221</sup> a été désignée lauréate pressentie de la consultation pour réaliser le réaménagement de la gare du Nord, avec un projet d'agrandissement substantiel de sa surface totale. L'ampleur de la rénovation envisagée, avec notamment la création d'une salle de concert et d'un lieu culturel, de bureaux et de terrains de sport, et d'une hausse des surfaces commerciales passant de 5 204 m<sup>2</sup> à environ 19 900 m<sup>2</sup>, a concentré les critiques<sup>222</sup>. La réorganisation des flux visant à favoriser les nouveaux usages commerciaux se ferait au détriment de la circulation des voyageurs<sup>223</sup>, qui constitue pourtant l'utilisation principale de la dépendance du domaine public. En outre, une atteinte serait portée « au tissu commercial environnant » et à « la vie urbaine du quartier » selon l'avis défavorable rendu par la Commission départementale d'aménagement commercial le 27 juin 2019<sup>224</sup>. Après une adaptation du projet, la Commission nationale d'aménagement commercial a néanmoins statué favorablement sur le projet le 10 octobre 2019<sup>225</sup>. À la suite de cette décision, un arrêté préfectoral en date du 29 octobre 2019<sup>226</sup> a prescrit l'ouverture de l'enquête publique préalable à la délivrance du permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale. Les conclusions de l'enquête publique, ouverte du 20 novembre 2019 au 8 janvier 2020, ont été rendues le 25 février 2020 dans un sens favorable au projet<sup>227</sup>. Le 6 juillet 2020, Michel Cadot, préfet de la région d'Île-de-France et préfet de Paris, a délivré par arrêté à la SEMOP « Gare du Nord 2024 », un permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale sur le projet de transformation de la Gare du Nord.

Si la gare du Nord relève en principe dans son ensemble<sup>228</sup> du domaine public ferroviaire de l'État, celui-ci ne comprend pourtant que les biens « affectés exclusivement aux services de transports publics »<sup>229</sup>. L'ampleur des aménagements prévus, qui éloignent la gare de sa vocation première visant à satisfaire le service public de transport, ainsi que les nouvelles règles de gestion domaniale issues de la réforme du statut de la SNCF, pourraient avoir des conséquences sur son unité domaniale, comprise autour de son affectation principale. La réforme du statut de la SNCF organisée par l'ordonnance n° 2019-552 du 3 juin 2019 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF, vise à préparer l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire, conformément<sup>230</sup> au quatrième « paquet ferroviaire » adopté

---

<sup>221</sup> Société anonyme, filiale immobilière du Groupe Auchan

<sup>222</sup> Paris Gare du Nord 2024 – Dossier de concertation, mars 2019, p.37. Accessible [ici](#).

<sup>223</sup> A. M. Depuydt, C. Poulin, J.-L. Subileau et P. Veltz, Avis et propositions concernant le projet Gare du Nord 2024 - Rapport remis à Madame la Maire de Paris le 19 Décembre 2019.

<sup>224</sup> [https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/10/11/avis-favorable-pour-le-projet-de-renovation-de-la-gare-du-nord\\_6015070\\_3234.html](https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/10/11/avis-favorable-pour-le-projet-de-renovation-de-la-gare-du-nord_6015070_3234.html)

<sup>225</sup> <https://cnac2.entreprises.gouv.fr/pdf/3964-2019-10-10.pdf>

<sup>226</sup> <https://www.registre-numerique.fr/garedunord-2024/voir?arrete=451>

<sup>227</sup> <https://www.prefectures-regions.gouv.fr/ile-de-france/content/download/67502/441504/file/2-Conclusions%20Gare%20du%20Nord.pdf>

<sup>228</sup> Il est possible de faire une application de la théorie du domaine public global en comprenant la gare comme un ensemble immobilier, à partir de l'arrêt CE, 22 novembre 1967, n° 66703, *Sieur Leclerc* : Rec. CE 1967 p.434.

<sup>229</sup> Article L. 2111-15 du code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>230</sup> Selon l'Autorité de Régulation des Transports, la libéralisation du secteur ferroviaire issue des directives européennes n'exigeait pas la fin du statut d'EPIC de la SNCF. Pour autant, comme le relève un rapport sénatorial, « dans une décision du 3 avril 2014, la CJUE a indiqué que la garantie implicite illimitée en faveur de La Poste, qui a pour conséquence d'améliorer sa

définitivement par le Parlement européen fin 2016. Ainsi, la SNCF Gares & Connexions, antérieurement rattachée à l'EPIC SNCF Mobilités, est devenue une société anonyme à capitaux publics le 1<sup>er</sup> janvier 2020<sup>231</sup>, filiale de SNCF Réseau. Ce sont désormais les sociétés anonymes SNCF Réseau et sa filiale SNCF Gares & Connexions, dont le capital est incessible et intégralement détenu par l'État, qui exercent « tous pouvoirs de gestion sur les biens immobiliers qui leur sont attribués par l'État ou qu'elles acquièrent au nom de l'État »<sup>232</sup>. De cette façon, une dissociation est introduite entre la personne publique propriétaire du domaine, et le gestionnaire de droit privé à capitaux publics, qui doit notamment garantir l'affectation du domaine public au service public de transport ferroviaire et de la mobilité<sup>233</sup>.

Si la SNCF Réseau et sa filiale peuvent dès lors procéder à un déclassement des biens du domaine public, et aliéner les biens du domaine privé pour le compte de l'État, ce dernier conserve néanmoins un droit de veto lui permettant de contrôler ces actes<sup>234</sup>. Ces garanties à une gestion domaniale conforme au service public de transport s'accompagnent d'un contrat<sup>235</sup> entre SNCF Gares & Connexions et l'État, qui doit notamment déterminer les objectifs assignés au gestionnaire de gares en matière de qualité de service aux voyageurs, de trajectoire financière et de développement équilibré des territoires. Il est alors possible de s'interroger sur la gestion du domaine public dans le cadre du projet de la gare du Nord, ainsi que sur la compatibilité des nouveaux usages avec son affectation. Or l'essentiel des aménagements prévus vise à développer de nouveaux usages qui ne correspondent pas au service public de transport. Certains de ces espaces pourraient néanmoins appartenir au domaine public administratif, à raison de leur affectation à l'usage de tous. Si l'on reprend l'article L.2111-15 du Code général des personnes publiques propriétaires, en vertu duquel les biens du domaine public ferroviaire sont « affectés exclusivement aux services de transports publics », l'importance des nouveaux équipements commerciaux, culturels et sportifs, tendent à changer la nature de l'affectation de ces espaces sans permettre une superposition des affectations. D'autres espaces pourraient faire l'objet d'un déclassement, tels que les espaces de bureaux, qui serait la résultante de leur désaffectation. Au-delà d'une simple rénovation en vue de répondre à la hausse du nombre de voyageurs, le projet de réaménagement pourrait donc porter atteinte à l'unité domaniale de la gare du Nord, en raison de son importance. Une partie des espaces publics, au sens de notre rapport, pourraient ainsi relever de domaines publics aux affectations distinctes, quand d'autres appartiendraient au domaine privé de l'État, s'ils ne sont pas aliénés.

Les aménagements programmés s'expliquent en partie par le montage technique et financier du projet, qui s'appuie sur la création en février 2019 de la joint-venture Gare du Nord 2024, sous la forme d'une société anonyme détenue à 66% par Ceetrus et à 34% par SNCF Gares & Connexions<sup>236</sup>. L'appel à projets prévoit que soit conclu entre Gare du Nord 2024 et SNCF Gares & Connexions, un contrat de concession de travaux pour l'aménagement de la gare, et d'exploitation sans délégation de service public

---

position financière, constituait une aide d'État incompatible avec le marché intérieur. La transformation en sociétés anonymes à capitaux publics des entités du groupe public ferroviaire permet de répondre à cette difficulté. Elle présente par ailleurs plusieurs avantages par rapport au statut d'établissement public, puisqu'elle permet une discipline financière plus stricte, une société anonyme ne pouvant présenter durablement des capitaux propres négatifs, ainsi qu'une plus grande souplesse dans la gestion du groupe. »

<sup>231</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire.

<sup>232</sup> Article L. 2111-20.-I. du code des transports.

<sup>233</sup> Article L. 2101-1 du code des transports.

<sup>234</sup> Voir le décret n° 2019-1516 du 30 décembre 2019 relatif aux règles de gestion domaniale applicables à la société SNCF Réseau et à sa filiale mentionnée au 5° de l'article L. 2111-9 du code des transports ; et le décret n° 2019-1575 du 30 décembre 2019 relatif aux conditions d'aliénation des terrains bâtis ou non appartenant au domaine privé de l'Etat géré par la société SNCF Réseau ou sa filiale prévues à l'article L. 3211-13-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>235</sup> L. 2111-10-1 A du code des transports. Voir également le décret n° 2019-1583 du 31 décembre 2019 relatif à l'élaboration du contrat entre l'Etat et la filiale de SNCF Réseau chargée de la gestion unifiée des gares de voyageurs.

<sup>236</sup> <https://www.garesetconnexions.sncf/fr/journaliste/sncf-ceetrus-presentent-structure-qui-va-transformer-gare-paris-nord>

applicable aux activités hors transport pour une période de 46 ans<sup>237</sup>. Le montage financier vise ainsi à faire reposer les investissements sur le concessionnaire, en limitant l'engagement financier de la SNCF, très endettée<sup>238</sup>, et sans mettre à contribution les pouvoirs publics. Il limite pour autant la marge de manœuvre de la SNCF et des pouvoirs publics dans leur capacité à imposer moins de surfaces dédiées aux commerces, qui assurent la rentabilité du projet<sup>239</sup>. Alors que le nouveau statut de la SNCF favorise également la valorisation économique du domaine mis à sa disposition, c'est l'équilibre avec l'affectation du domaine public, et la gestion de l'ensemble du domaine dans le sens de l'utilité publique qui est en question. En outre, le gestionnaire de gares fait face à un enjeu d'impartialité dans le cadre de l'ouverture à la concurrence du secteur ferroviaire. L'Autorité de régulation des transports insistait, lors de la préparation de la réforme du statut de la SNCF, sur la nécessité de revoir l'organisation du groupe public ferroviaire « en séparant clairement les activités relatives à la gestion de l'infrastructure de celles relatives à l'exploitation des services de transport », considérant qu'un montage autour d'une holding au sein d'un même groupe « est susceptible de porter atteinte à l'indépendance du gestionnaire du réseau »<sup>240</sup>. Une transition démocratique dans la gestion domaniale de la gare semble être une réponse possible, tant pour garantir le maintien de son affectation principale, que face au défi de l'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageurs.

La gestion du domaine public doit être conforme, sinon compatible avec son affectation. La gestion de plusieurs domaines publics et du domaine privé d'un même propriétaire public ne devrait ainsi pas entrer en contradiction, sinon à contredire le principe d'utilité publique que suppose une gestion domaniale. Ce cas illustre également les limites à confier la gestion du domaine public à un acteur de droit privé dans le cadre d'une privatisation, sans apporter de nouvelles garanties à l'affectation publique de ces espaces. La déliaison des critères organique et fonctionnel du domaine public ne semble dès lors pas garantir, dans ce cas, une meilleure protection de l'affectation principale. Une réflexion sur la participation d'acteurs à but non lucratif et de représentants des usagers dans la gouvernance et la gestion de ces espaces, permettrait d'inscrire cette gestion domaniale dans le sens d'une transition démocratique. L'ordonnance du 3 juin 2019 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF prévoit à cet égard la création d'un comité consultatif des parties prenantes du réseau ferroviaire et des gares, regroupant l'ensemble des acteurs concernés au niveau national, qui doivent être consultés par la société SNCF Réseau et sa filiale SNCF Gares & Connexions sur leurs grandes orientations<sup>241</sup>. De la même façon, à un échelon local, un comité des partenaires prévu par la loi du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, doit être mis en place par les autorités organisatrices de transport<sup>242</sup>. Ce dernier comprend notamment des représentants des employeurs et des associations d'usagers ou d'habitants, qui doivent être consultés « au moins une fois par an et avant toute évolution substantielle de l'offre de mobilité, de la politique tarifaire ainsi que sur la qualité des services et l'information des usagers »<sup>243</sup>. Tout en renforçant leurs prérogatives, ce type d'instance pourrait être associé à la gestion domaniale des espaces publics concernés, afin d'en garantir l'affectation principale et la gestion dans le sens de l'utilité publique.

---

<sup>237</sup> Bilan de la concertation préalable du 12 juin au 13 juillet 2017, accessible [ici](https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/10/11/avis-favorable-pour-le-projet-de-renovation-de-la-gare-du-nord_6015070_3234.html). Complété par : [https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/10/11/avis-favorable-pour-le-projet-de-renovation-de-la-gare-du-nord\\_6015070\\_3234.html](https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/10/11/avis-favorable-pour-le-projet-de-renovation-de-la-gare-du-nord_6015070_3234.html)

<sup>238</sup> [https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2018/03/19/cinq-questions-sur-la-dette-de-la-sncf\\_5273270\\_4355770.html](https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2018/03/19/cinq-questions-sur-la-dette-de-la-sncf_5273270_4355770.html)

<sup>239</sup> <https://theconversation.com/quand-la-gare-du-nord-dechaine-les-passions-decryptage-dune-polemique-125442>

<sup>240</sup> Autorité de Régulation des Transports, L'ouverture à la concurrence du transport ferroviaire de voyageur en France, mars 2018.

<sup>241</sup> Article L. 2111-15-1 du code des transports. Voir également le décret n° 2019-1385 du 17 décembre 2019 relatif au comité consultatif des parties prenantes du réseau ferroviaire et des gares, institué au sein de la société SNCF Réseau.

<sup>242</sup> Article L. 1231-1 du code des transports. Il s'agit dans leur ressort territorial, des « communes, leurs groupements, la métropole de Lyon et les syndicats mixtes de transport. »

<sup>243</sup> Article L. 1231-5 du code des transports.

La frontière permettant de distinguer l'utilisation privative de l'occupation privative du domaine public apparaît déjà poreuse<sup>244</sup>. Le contexte d'accroissement des usages privatifs de ces espaces devrait s'accompagner de l'émergence de nouvelles formes de gouvernance dans la gestion des biens publics. La réponse aux conflits d'usages mis en évidence par l'entrecroisement d'espaces publics aux affectations collectives distinctes, pourrait alors venir des usagers eux-mêmes, à partir des besoins qu'ils expriment. Cette réponse aux mouvements de « privatisation et déterritorialisation »<sup>245</sup> des espaces publics, notamment en raison de l'uniformisation des modes de consommation, favoriserait en outre la réconciliation des notions de « communs » et de « public » dans l'affectation collective d'espaces inscrits territorialement. Le modèle de rénovation des gares, illustré par le projet de la gare du Nord, induit aujourd'hui nécessairement l'imposition d'une logique marchande au sein de ces espaces publics. Valoriser économiquement les surfaces plutôt que proposer des services SNCF aux usagers traduit un déséquilibre dans la représentation des intérêts au sein de la gouvernance du projet, entre le gestionnaire privé et les usagers du service public. La question des usages, considérée à partir des besoins qui sont exprimés par ses usagers, autant qu'à partir des garanties qui leur sont apportées, permet de repenser les aménagements nécessaires. Il convient de s'interroger dans ce cas, sur le rôle et les limites de la propriété publique, ainsi que sur les modes de gouvernance adéquats à mettre en place pour réaliser à nouveau la fonctionnalité de ces espaces publics.

### 3. Réintroduire de la démocratie dans la gouvernance domaniale

La gouvernance du domaine n'est que très faiblement démocratique, alors même qu'il s'agit de gérer des biens qui sont le support de l'épanouissement des libertés publiques. Avec la réforme en 2017 des procédures d'autorisation de l'occupation temporaire du domaine public, c'est la transparence du processus d'attribution qui est assurée et donc les intérêts des concurrents à l'attribution de l'autorisation, mais pas ceux des tiers qui seront impactés par la politique liée à l'autorisation. Nous décrivons ci-dessous ce processus, pour proposer ensuite des éléments d'amélioration.

Le CGPPP définit les règles générales de l'occupation du domaine public. L'utilisation du domaine public doit se faire conformément à son affectation à l'utilité publique. Toute utilisation compatible avec l'affectation doit faire l'objet d'une autorisation d'occupation temporaire (AOT). L'État et ses établissements publics<sup>246</sup>, ainsi que les collectivités territoriales, leurs établissements et leurs groupements<sup>247</sup>, peuvent accorder des droits réels à des tiers sur leur domaine public. Ces occupations domaniales issues d'actes unilatéraux ou conventionnels, présentent en outre « un caractère précaire et révocable »<sup>248</sup>, en raison des principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine public.

Jusqu'en 2017, l'encadrement de la délivrance des titres d'occupation du domaine public était essentiellement jurisprudentiel. Dans une décision du 14 juillet 2016<sup>249</sup>, la Cour de Justice de l'Union européenne a étendu l'application du principe de non-discrimination, impliquant une obligation de transparence dans les contrats de la commande publique<sup>250</sup>, aux titres d'occupation des propriétés publiques. L'attribution de ces titres est désormais soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, qui inscrivent la gestion du domaine public dans le respect des règles de concurrence.

---

<sup>244</sup> P. DELVOLVE, « L'utilisation privative des biens publics - Essai de synthèse », *RFDA* 2009, p. 231.

<sup>245</sup> O. MONGIN, « Métamorphose de l'espace public », *Revue Esprit*, novembre 2012, p. 74.

<sup>246</sup> Articles L. 2122-6 et suivants du CGPPP.

<sup>247</sup> Articles L. 1311-5 et suivants du CGPPP.

<sup>248</sup> Article L. 2122-3 du CGPPP.

<sup>249</sup> CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15, *Proimpresa Srl c/ Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro*.

<sup>250</sup> CJCE, 7 décembre 2000, affaire C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*.

Conformément à la jurisprudence de la CJUE, l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 a posé un principe de publicité et de sélection préalable à l'attribution des titres d'occupation ou d'utilisation privative du domaine public. La procédure de sélection préalable organisée par l'autorité compétente doit ainsi présenter toutes les garanties d'impartialité et de transparence permettant aux candidats potentiels de se manifester. Cette procédure concerne les titres délivrés en vue d'une exploitation économique du domaine public<sup>251</sup>, indépendamment de sa nature ou de son affectation.

L'application de ce principe pourrait être limitée aux titres d'occupation compatibles avec l'affectation du domaine public<sup>252</sup>, et ne pas concerner ceux conformes avec l'affectation. En outre, il est possible de considérer que cette procédure doit être suivie dans le cas d'une sous-occupation du domaine public<sup>253</sup>. L'ordonnance de 2017 ne prévoit néanmoins pas l'application du principe de publicité et de sélection préalable pour l'attribution des titres d'occupation ou d'utilisation du domaine privé. La jurisprudence de la CJUE, qui ne distingue pas le domaine public du domaine privé, pourrait donc amener à l'extension de cette procédure à l'ensemble de la propriété publique<sup>254</sup>. Outre les activités non économiques, de nombreuses exceptions à l'application du principe, visant à ne pas alourdir inutilement la procédure, sont également prévues par l'ordonnance de 2017<sup>255</sup>.

Nous assistons parallèlement à un mouvement de patrimonialisation des titres domaniaux, alors que le Conseil d'État considère dorénavant qu'un titre d'occupation du domaine public est cessible, à raison d'un accord écrit du gestionnaire<sup>256</sup>. Ce dernier doit également tenir compte « des avantages de toute nature que procure l'occupation »<sup>257</sup>, lors de la fixation de la redevance qui en résulte. La conciliation entre le régime protecteur du domaine et sa valorisation financière « aboutit à une sophistication juridique de plus en plus poussée, permettant non seulement la dissociation du propriétaire de l'affectataire ou la superposition du domaine public et de la propriété privée par la technique de la division en volume, mais encore l'émergence de montages contractuels assortis de droits réels pour obtenir de précieuses sûretés pour les créanciers des occupants, limitant ainsi les rigueurs protectrices du domaine : baux emphytéotiques, baux à construction, autorisations d'occupation temporaires. »<sup>258</sup>

Enfin, l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 ne modifie pas les voies de recours contre les autorisations d'occupation du domaine public, qui pourraient être approfondies en vue de donner aux usagers du domaine public un meilleur contrôle de la procédure de mise en concurrence, et du respect de l'affectation du domaine à l'utilité publique.

On le voit, c'est la concurrence que protège essentiellement le droit procédural de la propriété publique.

Or la participation du public est aujourd'hui requise pour l'ensemble des décisions publiques ayant un impact sur l'environnement, en vertu de la Constitution. Cette participation est cependant encore trop inefficace, comme nous l'avons déjà dit. Elle devrait être davantage organisée pour assurer son effectivité. En outre, le Conseil d'État, par les décisions *Danthony* du 23 décembre 2011<sup>259</sup> et *Fédération des*

---

<sup>251</sup> Article L2122-1-1, al. 1<sup>er</sup>, CGPPP.

<sup>252</sup> En raison de la place qu'occupe ce principe dans le CGPPP. Voir J.-G. SORBARA, La modernisation du droit des propriétés publiques par l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017, *RFDA* 2017, p. 705.

<sup>253</sup> Ph. HANSEN, « Modalités d'attribution des autorisations d'occupation et d'utilisation des biens publics », *JurisClasseur Propriétés publiques*, fasc. 77-50 (18 mars 2018).

<sup>254</sup> N. SUDRES, « Occupation du domaine privé, ordonnance du 19 avril 2017 et mise en concurrence », *AJDA* 2017, p. 2110.

<sup>255</sup> Article 3 de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017. Des dérogations allégées de mêmes que des dérogations totales sont ainsi prévues.

<sup>256</sup> CE, 18 septembre 2015, *Société Prest'Air*, req. n° 387315.

<sup>257</sup> Article L. 2125-1 du CGPPP. Voir Conseil d'État n°368773, lecture du 29 décembre 2014.

<sup>258</sup> V. CRESSIN, L. QUESETTE, « Le domaine public du marché. Pour une critique du droit domaniale de la concurrence », *Journal du Droit Administratif* (JDA), chronique administrative, Art. 235, 2018.

<sup>259</sup> CE, Ass, 23 décembre 2011, *Danthony et autres*, n° 335033.

*finances et des affaires économiques de la CFDT* du 18 mai 2018<sup>260</sup>, a largement neutralisé les sanctions des irrégularités procédurales. Pour protéger la participation du public, on pourrait envisager un référé pré-décisionnel<sup>261</sup>, sur le modèle de ce qui existe en droit des contrats publics, seule méthode permettant d'assurer l'effectivité des obligations de participation. De surcroît, on pourrait envisager une obligation renforcée de motivation pour ces décisions : l'Administration devrait être obligée de répondre à tous les arguments raisonnables produits par les personnes consultées pour justifier l'option politique retenue<sup>262</sup>.

On pourrait aussi envisager une implication plus grande de l'organe délibérant des collectivités publiques délivrant les autorisations ou signant les contrats, ainsi que la publicité vis-à-vis du public de l'ensemble des actes de gestion du domaine, particulièrement ceux impliquant l'occupation privative du domaine, la transparence et l'accès à l'ensemble des actes administratifs d'occupation du domaine (la mise en ligne obligatoire des autorisations et des conventions d'occupation du domaine) ou la création d'un organe de gestion du domaine public dans le CGPPP.

Nous considérons qu'il manque aussi une politique, un débat démocratique sur la hiérarchisation des utilités du domaine, ce que révèlent les abus de l'occupation privative. Il serait possible à nouveau d'envisager une réforme du régime des propriétés publiques, pour repenser les structures publiques et privées de gouvernement ainsi que le niveau de participation des parties prenantes et des organes délibérants des collectivités publiques, dans le but de protéger l'affectation. Nous proposons ainsi de rajouter un article dans le CGPPP, pour chaque domaine, afin de créer des Comités de parties prenantes du domaine pour assurer une occupation privative inclusive.

L'occupation privative, c'est-à-dire l'utilisation du bien de tous pour un profit privé, met en évidence que le domaine public est un champ de bataille : il est le lieu de la concurrence, de la bataille des usages entre l'utilisation privative et les utilisations normales, politique, récréative du domaine. La pluralité des vocations est l'essence même du domaine. Or, c'est l'autorité administrative qui est l'arbitre de ces usages et notamment dans sa faculté d'attribuer des autorisations, dont le nombre peut, de fait, changer la destination du domaine. C'est pourquoi l'occupation privative peut sembler parfaitement incompatible avec toute idée de commun, puisqu'il s'agit de se réserver, de capturer le bien commun pour son bénéfice propre. Comment aménager le régime de ceux que Francine Batailler a appelé les « beati possidentes » du droit administratif<sup>263</sup> ?

Dans la réalité, tous les espaces publics passants sont devenus des espaces commerciaux alors même que le principe rappelé par le code, à l'article L. 2122-1, est un principe d'interdiction :

« Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous. »

Cette occupation privative modifie profondément l'espace public et la qualité des relations que les citoyens entretiennent entre eux. La vocation commerciale gêne l'utilisation politique de cet espace, ainsi que son utilisation récréative. C'est en outre un facteur d'accroissement des inégalités puisqu'il induit deux classes : l'une qui peut profiter des aménités de l'occupation privative et ceux qui ne le peuvent pas

---

<sup>260</sup> CE, 18 mai 2018, Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT, n° 414583.

<sup>261</sup> Th. PERROUD, « Peut-on sortir par le haut de l'arrêt Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT ? Pour un référé pré-décisionnel », *Recueil Dalloz*, n° 41, 2019, p. 2241.

<sup>262</sup> Il s'agirait d'une généralisation de l'obligation faite à l'administration d'expliquer la manière dont elle a effectivement tenu compte des avis formulés lors de toute procédure de consultation ou de participation.

<sup>263</sup> F. BATAILLER, « Les "Beati possidentes" du droit administratif », *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger*, novembre-décembre 1965, pp. 1051-1096.



– et qui représentent, insistons sur ce point, la majorité. Le droit d’occupation privative est un droit du triomphe de la minorité puissante.

C’est ce qu’a montré une analyse sociologique menée sur la plage de Pampelonne, analyse d’autant plus importante qu’elle atteste que la pratique de l’occupation privative aboutit à dévoyer l’esprit de la domanialité. Le cas de Pampelonne, disent les chercheurs, « est révélateur des processus conflictuels qui président plus généralement aux modes d’appropriation du littoral. Il soulève la question du « droit à la plage », par déclinaison ou analogie avec le « droit à la ville » thématique par Henri Lefebvre. Il ne s’agit pas de désigner par là un droit d’accès – et encore moins un « droit de visite » – des classes populaires à un espace tendanciellement ravi par les classes dominantes, mais d’interroger les conditions de possibilité et d’exercice d’un pouvoir d’appropriation collective de l’espace (balnéaire). Autrement dit, ce mot d’ordre ne fait pas que réclamer une place refusée, mais conteste l’accaparement capitaliste de l’espace, en l’espèce par l’industrie des loisirs »<sup>264</sup>. Ce passage est emblématique du dévoilement puisque ce droit existe : le droit d’accès et d’occupation de la plage par tous de façon égale est l’objet même du droit du domaine public naturel. Et, rappelons-le, le principe d’égalité est à la base de la domanialité publique, comme de toute l’action publique.

Il manque donc une disposition générale fixant des règles générales d’utilisation du domaine. Les règles du caractère temporaire, précaires et révocables arrivent plus tard aux articles L. 2122-2 et 3.

Mais plus généralement, c’est une politique sur la hiérarchisation des utilités du domaine qui manque. Cette hiérarchisation est pourtant présente dans le code entre l’utilisation conforme et l’utilisation compatible : la première est libre, la seconde doit recueillir l’autorisation de l’administration propriétaire, pour utiliser le vocabulaire du code. Autant le code règle la procédure d’attribution des titres, c’est-à-dire la compétition pour l’occupation privative, autant il ne règle en rien la politique de l’utilisation privative. Il renvoie implicitement aux procédures internes de chaque « propriétaire » (État, collectivités territoriales et leurs groupement, établissements publics) le soin de déterminer la façon d’utiliser le domaine.

Il faudrait donc rajouter un article créant, pour chaque domaine, **un Comité des parties prenantes du domaine, représentant l’ensemble des usagers**, et en charge de fixer, dans le respect de la durabilité de l’utilisation, la politique d’utilisation du domaine public. Dans ce comité, la personne publique ne serait qu’un acteur parmi d’autres et ce comité devrait prendre ses décisions en fonction des études scientifiques attestant de la compatibilité des décisions avec la conservation écologique du domaine.

Ce comité deviendrait l’institution centrale de gestion du domaine, présidé par un exécutif collégial, selon le fameux modèle directorial suisse, afin de diminuer encore davantage l’accaparement du domaine. Le modèle suisse permet de diluer le pouvoir que nous avons trop tendance en France à concentrer. Ce comité serait en charge de la politique d’utilisation du domaine, dans le respect de sa conservation et de l’exercice des droits fondamentaux<sup>265</sup>.

L’utilisation du domaine devrait aussi privilégier les formes d’entreprises vertueuses. Nous proposons que toute privatisation, qui emporte nécessairement la privatisation de biens publics, soit précédée d’un audit de la structure pour vérifier le respect des droits des employés et leur égalité de traitement.

De façon générale, pour l’élaboration de l’ensemble des actes portant sur la gestion du domaine ou même des propriétés publiques, le principe de publicité pourrait être diffusé à l’ensemble de ces processus. Nous proposons donc une participation à l’élaboration de ces actes, en amont, et une

---

<sup>264</sup> I. BRUNO et G. SALLE, « État ne touche pas à mon matelas ! ». Conflits d’usage et luttes d’appropriation sur la plage de Pampelonne, *Actes de la recherche en sciences sociales* 2017/3 (N° 218), p. 26-45.

<sup>265</sup> V. Annexe 1, 9. Propositions de réforme relatives aux espaces publics.

obligation de publier l'ensemble des autorisations et contrats portant occupation du domaine public. Les concessions, les contrats de PPP portant occupation du domaine doivent être publiés une fois le prestataire défini. Ce sont déjà des documents administratifs, mais les personnes publiques sont extrêmement réticentes à les publier, alors même qu'ils comprennent des éléments politiques décisifs.

#### 4. L'utilisation de la doctrine de l'effet horizontal des droits fondamentaux pour le règlement des conflits relatifs aux espaces publics privés

Considérant que le critère distinctif des espaces publics est l'ouverture au public, et non la titularité de la propriété, nous nous intéressons aussi aux espaces publics qui relèvent de propriétés privées, en vertu de l'intérêt commun dont ils sont porteurs. Cette possibilité qui paraissait exceptionnelle au début des années 1900 est aujourd'hui courante, surtout dans les pays de Common Law, du fait des phénomènes de suburbanisation et de privatisation qui déplacent le rôle des rues et des places.

L'arrêt allemand *Fraport* signale la tension possible entre la propriété privée et les libertés du public dans les espaces publics privés. La société Fraport est une société privée d'aéroport, détenue en majorité par l'État allemand. Un individu avait souhaité organiser une manifestation pour protester contre l'expulsion d'étrangers, mais se vit refuser l'accès à cet espace pour propager son discours politique à cause du droit de propriété<sup>266</sup>. Or, quel meilleur endroit pour manifester effectivement contre les expulsions administratives que l'aéroport ? De même aux États-Unis, où distribuer des tracts quand les piétons sont majoritairement dans des centres commerciaux privés (*Robins vs Pruneyard*<sup>267</sup>) ?

Aux États-Unis notamment, il y a de plus en plus d'« espaces publics » sous propriété privée, et de propriétés publiques traitées comme des propriétés privées<sup>268</sup>. La question est alors de déterminer les conséquences de cette « appropriation » de l'espace<sup>269</sup> sur les relations entre les propriétaires et le « public » : le fait que les « espaces publics » soient privés induit-il des relations différentes entre les propriétaires de l'espace et le « public » ?

Brièvement, nous pourrions considérer deux réponses. La première est de faire primer le droit de propriété, c'est-à-dire le droit d'exclusion et une maîtrise absolue du propriétaire sur ces espaces. Il n'est alors plus question des prérogatives des usagers, qui bénéficient seulement de la décision d'ouverture du propriétaire. En revanche, une autre partie de la doctrine considère qu'il y aurait des limites à la dichotomie public/privé, et que les privatisations de ces espaces devraient conduire à reconnaître des « *quasi public spaces* »<sup>270</sup>. *A minima*, elles devraient conduire à réviser le critère de la titularité de la propriété et à rejeter le fait qu'il soit le seul déterminant pour admettre la protection des **libertés fondamentales** dans ces espaces. Il faudrait dans tous les cas en garantir l'exercice, en particulier lorsqu'il est question de l'accès ou de la liberté d'expression dans ces espaces publics.

Pour répondre à cette question, nous nous sommes intéressés au droit comparé, en particulier aux États-Unis, à l'Angleterre et à l'Allemagne<sup>271</sup> (en annexe), afin de trouver des pistes pour le droit français, dans le cas de conflits d'usage d'espaces publics privés. Étant donné que la propriété privée est un droit fondamental, il est nécessaire de trouver un mode d'interprétation respectueux des droits fondamentaux « du public » sans méconnaître le droit de propriété quand les espaces relèvent de la propriété privée.

<sup>266</sup> V. L'analyse de Th. HOCHMANN, « De la bière et des nazis : la liberté de manifestation en Allemagne », *Jus Politicum*, n° 17 [<http://juspoliticum.com/article/De-la-biere-et-des-nazis-la-liberte-de-manifestation-en-Allemagne-1139.html>].

<sup>267</sup> Michael Robins, a Minor, et al v. Pruneyard Shopping center, et al. a 23 Cal. 3 d 899 (1979) at 902.

<sup>268</sup> Los Angeles City council v. Taxpayers for Vincent, 466 U.S. 789 (1984).

<sup>269</sup> A. BRENNETOT, « Espace (approche géographique) » in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des communs*, PUF, 2017, p. 518.

<sup>270</sup> K. GRAY, S.-F. GRAY, « Private property and public property ».

<sup>271</sup> Cf. Annexe 2, Leçon de droit comparé n° 2 : Les limitations aux privatisations des espaces publics dans les pays anglo-américains et en Allemagne.

Pour ce faire, et en se fondant surtout sur l'exemple allemand, nous proposons que les juridictions prennent en compte les différents droits en présence en cas de conflits d'usage, et appliquent la doctrine de l'effet horizontal des droits fondamentaux.

Pour une meilleure garantie des droits et libertés dans les espaces publics qui ne sont plus propriétés publiques, une première proposition est ainsi de reconnaître que, concernant les biens des sociétés dont l'État est actionnaire majoritaire, la garantie de la liberté de manifestation ne peut pas être limitée tout simplement par des motifs esthétiques<sup>272</sup>. L'articulation entre les différents usages sera aux mains de la jurisprudence administrative, mais il est important de ne pas exclure d'office les usages sus-mentionnés d'une telle protection.

Une deuxième proposition concerne, elle, les espaces privés ouverts au public : à l'égard de ces derniers, l'accès ne devrait être nié à personne sur le fondement de raisons discriminatoires liées à l'âge, la nationalité, la race, la religion, le genre, ou toute autre raison contraire au principe d'égalité. S'il existe des procédures obligatoires de contrôle à l'entrée et à la sortie, elles devront répondre aux critères de rationalité et toujours être temporaires, liées aux circonstances par exemple, à l'état d'excitation des personnes, ou encore à des risques pour la sécurité.

On peut cependant relever qu'en droit français, il existe déjà un délit de discrimination aggravé en cas d'interdiction d'accès à un endroit ouvert au public, régi par les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal<sup>273</sup>. Il ne serait donc pas nécessaire d'ajouter une norme nouvelle pour éviter un traitement discriminatoire dans l'accès aux lieux ouverts au public<sup>274</sup> et il « suffirait » d'y appliquer également les termes de l'infraction :

« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée. [...] »

Article 225-2, c. pénal : « La discrimination définie aux [articles 225-1 et 225-1-1](#), commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende

---

<sup>272</sup> J. MASING, « Droits fondamentaux et privatisations - une perspective allemande », *Jus Politicum*, n° 9. Disponible à l'adresse suivante : <http://juspoliticum.com/article/Droits-fondamentaux-et-privatisations-une-perspective-allemande-648.html>. Dernier accès le 6 octobre 2018.

<sup>273</sup> Article 225-1, c. pén., modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 ; Article 225-2, c. pénal, modifié par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012. La discrimination définie aux [articles 225-1 et 225-1-1](#), commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;

3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;

4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à [l'article 225-1-1](#) ;

5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ;

6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article [L. 412-8](#) du code de la sécurité sociale.

Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende.

<sup>274</sup> Une autre question est l'effectivité de la norme au regard de pratiques sociales qui peuvent également être exclues socialement.

lorsqu'elle consiste : 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; [...] **Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende.** » (Souligné hors du texte original)

Ainsi, il faut considérer que, en matière d'accès, le propriétaire d'un espace ouvert au public n'est plus le maître absolu de l'accès quand ses raisons sont « ouvertement » discriminatoires. Cela démontre que le législateur prend déjà en compte, une fois que le propriétaire a pris la décision d'ouverture, les droits « diffus » du public.

Pour autant, la question devient plus complexe quand le « public » procède à un usage « inattendu » des lieux, usage qui peut prendre la forme de la liberté d'expression et de la liberté de manifestation. En témoignent les exemples de manifestations ayant pu être menées dans des espaces publics, propriétés privées. Ainsi, l'Union des syndicats de Monaco avait organisé une manifestation dans un centre commercial, un dimanche, afin « d'alerter un maximum de personnes »<sup>275</sup> et de les sensibiliser à ses arguments contre l'ouverture dominicale. De même, à Angers, le magasin de Grand Maine a été partiellement bloqué, le 31 mars 2018, par la CGT et la CFDT<sup>276</sup>. Un cas de plus longue durée a, lui, concerné Carrefour en tant que propriétaire de centres commerciaux, opposé à des grévistes, en novembre 2017 en Corse. Les manifestations que ces derniers avaient organisées dans un centre commercial ont duré une semaine et ont affecté d'autres boutiques. Celles-ci ont demandé une réduction de leur loyer commercial ou ont mené des actions en justice pour indemnisation des pertes causées par ce conflit de travail dont elles n'étaient pas parties<sup>277</sup>.

Ces cas concernent surtout, on le voit, le droit du travail. En la matière, la Cour de cassation a livré ses arbitrages, estimant d'une part que ne constitue pas un trouble manifestement illicite une occupation purement symbolique des locaux, sans entraver la liberté du travail<sup>278</sup>, mais énonçant, d'autre part, que « le droit de grève n'emporte pas celui de disposer arbitrairement des locaux de l'entreprise »<sup>279</sup>. Il est donc possible de manifester dans les locaux de l'employeur pour la défense des droits de travailleurs, ce qui peut inclure des espaces privés ouverts au public.

Hors du cadre d'un conflit de travail, toutefois, les réponses sont beaucoup moins claires : quels seraient les droits de personnes voulant manifester dans un espace privé *ouvert au public* ? Pourrions-nous imaginer des cas où les libertés du public soient prises en compte face au droit de propriété ? À première vue, la question ne semble pas pertinente, car les rues, les places et les ronds-points sont des espaces publics privilégiés de rencontre et de manifestation citoyenne en France. Mais, comme le reconnaît la Cour EDH, cela pourrait changer si le contrôle d'un espace public était dans les mains d'un propriétaire privé.

---

<sup>275</sup> « Les revendications seront donc également salariales. En ce premier jour du week-end pascal, traditionnellement très fréquenté au centre commercial, cette démarche vise évidemment à alerter un maximum de personnes. » « Grève à Carrefour. À Angers, le magasin de Grand Maine complètement bloqué », *Ouest France*, 2018. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.ouest-france.fr/pays-de-la-loire/angers-49000/greve-carrefour-angers-le-magasin-de-grand-maine-completement-bloque-5658126>. Dernier accès le 6 octobre 2018.

<sup>276</sup> « De leur côté, la CGT et la CFDT, à l'extérieur, ont bloqué le rond-point menant au centre commercial. « □ Un agent de sécurité est chargé de diriger les gens vers une autre entrée, pour permettre l'accès à la galerie marchande qui, elle, est ouverte. » dans « Grève à Carrefour. À Angers, le magasin de Grand Maine complètement bloqué », *Ouest France*, 2018. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.ouest-france.fr/pays-de-la-loire/angers-49000/greve-carrefour-angers-le-magasin-de-grand-maine-completement-bloque-5658126>. Dernier accès le 6 octobre 2018.

<sup>277</sup> J.-F. COLONNA, « Après la grève chez Carrefour les commerces à l'heure du bilan », *Corse Matin*, 2017, disponible sur : <https://www.corsematin.com/article/article/apres-la-greve-chez-carrefour-les-commerces-a-lheure-du-bilan>. Dernier accès le 6 octobre 2018.

<sup>278</sup> « Mais attendu que les juges du fond ont constaté que l'occupation n'avait eu qu'un caractère symbolique et qu'aucune entrave n'avait été apportée par les grévistes à la liberté du travail ; qu'ils ont, dès lors, écarté à bon droit la faute lourde invoquée ; que le moyen n'est pas fondé ; » Cass. soc., 26 février 1992, n° 90-40.760.

<sup>279</sup> Cass. soc., 21 juin 1984, n° 82-16596.

Par exemple, est-il possible de manifester contre des pratiques d'expulsions dans un aéroport, propriété privée ?

La réponse est épineuse. Il ne s'agit pas, en effet, d'étendre les obligations étatiques à la charge de particuliers : les personnes privées agissent dans une sphère de liberté. Ainsi, toute protection des droits fondamentaux entre des personnes privées s'inscrit dans un cadre structurellement différent de celui qui les opposerait à l'État. Néanmoins, comme le disait Jean Rivero : « celui qui n'échapperait à l'arbitraire de l'État que pour tomber sous la domination des puissances privées ne ferait que changer de servitude »<sup>280</sup>. Il est vrai que, normalement, cette protection est mise en œuvre à travers les diverses législations posant des limites aux actions des particuliers : en témoignent le Code pénal et le délit de discrimination évoqué. Mais le juge peut également être amené, sans une loi précise, à trancher des conflits entre particuliers relatifs à la protection des droits fondamentaux. Dans ce type de cas, la référence à la doctrine de l'« effet horizontal des droits fondamentaux » se justifie : le caractère même de ces droits, en tant que normes objectives qui doivent recevoir application entre les citoyens, l'impose<sup>281</sup>. Ainsi, l'invocation des libertés fondamentales ne se limite pas à l'action étatique, mais elle imprègne d'une certaine manière les rapports entre personnes privées.

D'ailleurs, bien que la doctrine française ne développe pas substantiellement cette thématique et cette direction, la jurisprudence de la Cour de cassation démontre la pertinence de l'approche quand les circonstances le requièrent. Par exemple, la Cour de cassation a pu estimer que les clauses d'un bail d'habitation ne pouvaient, « en vertu de l'article 8-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches »<sup>282</sup>. Ce faisant, elle admettait de limiter la liberté contractuelle dans les relations entre deux particuliers pour garantir des droits fondamentaux de la partie faible du contrat. On remarquera que le fait que la Cour de cassation n'utilise pas directement l'argumentation relative aux libertés fondamentales ne veut pas dire qu'elle ne les protège pas dans les relations entre particuliers, que ce soit par référence aux principes généraux ou en interprétant les normes pour assurer cette garantie<sup>283</sup>.

Enfin, un dernier argument milite pour la reconnaissance de l'effet horizontal des droits fondamentaux dans les espaces publics dont la propriété est privée. Il relève de la fonction de ces endroits, en particulier s'ils deviennent des espaces privilégiés de rencontre. L'opinion dissidente du juge Marshall dans la décision précitée *Hudgens* est sur ce point éclairante :

« Le fait que le propriétaire des centres commerciaux modernes consacre sa propriété à un usage public en tant que quartier des affaires éloigne dans une certaine mesure "l'État" du contrôle de forums historiques du premier amendement et lui permet d'acquérir un monopole virtuel des lieux propices à une communication efficace. Les voies de circulation, les parkings et les allées du centre commercial moderne peuvent être aussi essentiels pour un discours efficace que les rues et les trottoirs de la ville »<sup>284</sup>.

---

<sup>280</sup> J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées » cité par O. BEAUD, « Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande » *Jus Politicum*, n° 10. disponible à l'adresse suivante : <http://juspoliticum.com/article/Les-obligations-imposees-aux-personnes-privees-par-les-droits-fondamentaux-Un-regard-francais-sur-la-conception-allemande-737.html>.

<sup>281</sup> T. HOCHMANN, J. REINHARDT, « L'effet horizontal, la théorie de l'État et la dogmatique des droits fondamentaux » in T. HOCHMANN, J. REINHARDT, J. MASING, M. ALBERS, (eds.), *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Éditions A. Pedone, 2018, p. 12.

<sup>282</sup> Cour de cassation. Chambre civile 3. Audience publique du mercredi 6 mars 1996. N° de pourvoi : 93-11113

<sup>283</sup> Dans une affaire *Clavaud*, un employé avait été licencié après avoir exprimé des propos critiques contre l'entreprise dans un quotidien. La Cour a déclaré ce licenciement nul en se fondant sur le droit d'expression dans l'entreprise. Voir O. BEAUD, « Les obligations imposées aux personnes privées par les droits fondamentaux. Un regard français sur la conception allemande » *Jus Politicum*, n° 10. Disponible à l'adresse suivante : <http://juspoliticum.com/article/Les-obligations-imposees-aux-personnes-privees-par-les-droits-fondamentaux-Un-regard-francais-sur-la-conception-allemande-737.html>.

<sup>284</sup> Cour suprême des États Unis, *Hudgens v NLRB*, 424 U.S. 507 (1976).

En définitive, la doctrine de l'effet horizontal de droits fondamentaux dans les espaces publics, propriétés privées, invite le juge à peser les différents droits en présence et à analyser la situation concrète. À l'instar de la liberté contractuelle qui peut être limitée par le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit de propriété sur un espace ouvert au public peut se voir temporairement limité si une décision du propriétaire ne permet plus l'exercice d'une liberté fondamentale qui ne pourrait être garantie autrement.

Une autre approche complémentaire, cette fois ascendante, consiste à faire reposer sur la volonté des propriétaires de biens immobiliers les garanties de l'accessibilité.

Dans ce cas, une extension du mécanisme de l'obligation réelle environnementale à la protection d'autres intérêts que l'environnement, par l'intermédiaire de l'ORIC<sup>285</sup> (obligation réelle d'intérêt commun), permettrait aux propriétaires de réserver leur bien à des usages collectifs. Le critère qui a été retenu ici pour l'identification des espaces publics est fonctionnel plutôt qu'organique. C'est donc en premier lieu à l'affectation collective des biens qu'il s'agit d'apporter certaines garanties.

L'ORIC a pour fonction de permettre au propriétaire d'un bien immobilier de conclure des obligations réelles en vue de protéger un intérêt commun environnemental, culturel, social ou scientifique. Cette protection pourrait prendre la forme d'une obligation réelle d'accessibilité, garantissant ainsi l'affectation collective du bien immobilier à un intérêt commun.

L'intérêt de l'obligation réelle d'accessibilité réside également dans sa capacité à relier des espaces aujourd'hui striés par une diversité de titres de propriétés, en assurant leur continuité. Cette obligation réelle d'accessibilité apporterait une sécurité juridique à l'affectation collective des espaces concernés, au-delà du changement des propriétaires fonciers dans le temps. Son arraisonnement à un intérêt commun empêcherait en outre l'utilisation privative des espaces ainsi mis à disposition du public. L'établissement d'une obligation d'intérêt commun constitue donc une garantie à l'accessibilité des espaces concernés, en évitant le détournement de cette ouverture au public pour d'autres fins que celle à laquelle le bien est destiné par son propriétaire.

L'obligation réelle d'accessibilité favoriserait enfin une logique partenariale, entre une diversité d'acteurs publics et privés sur le territoire, au bénéfice du public.

---

<sup>285</sup> V. Annexe 1, 10. Propositions de réformes relatives aux techniques d'affectation volontaire.

## Section 4. Les techniques d'affectation volontaire<sup>286</sup>

Jusqu'à présent, la communalité naîtrait d'une qualification imposée par le droit objectif : le patrimoine commun, la chose commune ou le bien public sont des statuts juridiques indiquant la nécessité de prendre en considération l'intérêt commun dont est porteur l'objet saisi. Pour autant, la communalité peut aussi naître de la volonté : un propriétaire peut décider d'affecter un objet à un intérêt commun, en ouvrant par exemple son accès ou son usage, ou en organisant la préservation. L'affectation volontaire est ainsi la dernière qualification envisageable pour appréhender la communalité en droit positif.

Néanmoins, si le droit français admet de multiples techniques d'affectation, la plupart d'entre elles n'ont pas été pensées initialement pour une affectation à un intérêt commun, mais pour un intérêt particulier. Ainsi, les propositions qui sont faites dans les développements qui suivent visent essentiellement à améliorer les outils contractuels et institutionnels disponibles afin de permettre une affectation volontaire à un intérêt commun, qui soit à la fois efficace et pérenne<sup>287</sup>.

### §1. Présentation générale des techniques d'affectation volontaire

#### 1. L'affectation volontaire en général

##### 1.1. Définition de l'affectation volontaire

La notion d'affectation ne dispose pas d'une définition établie, qu'elle soit légale ou prétorienne. Souvent étudiées en comparaison avec la destination, les notions sont présentées comme étant complémentaires, opposées ou similaires<sup>288</sup>. Par exemple, la destination peut être considérée comme la reconnaissance d'un but déterminé alors que l'affectation renverrait aux moyens juridiques mis en place afin d'en assurer la réalisation. Cependant, la notion d'affectation peut tout autant être étudiée de manière autonome. Comme son étymologie le suggère, la notion d'affectation est intrinsèquement liée à l'idée de « finalité », de « but ». Déjà, en droit romain, le terme *affectus* était défini par Gaius comme « l'acte de volonté par lequel on se fixe un but »<sup>289</sup>, mais il pourrait tout autant se traduire par « la destination à un usage déterminé »<sup>290</sup>. Dès lors, lorsqu'elle est appliquée à un bien, l'affectation correspond au fait de donner une finalité particulière à ce dernier. Cependant, la seule détermination d'une finalité ne saurait rendre compte pleinement de la notion, l'affectation se caractérisant également par la mise en place de moyens juridiques variés permettant la réalisation de la finalité déterminée. L'affectation peut se définir comme une norme comportementale dictée par un but à propos d'un bien et qui prend pratiquement la forme de normes d'usage.

En ce qu'elle est tout autant la détermination d'une finalité assignée à un bien que la mise en place de normes d'usage spécifiques, l'affectation résulte d'un acte de volonté du propriétaire du bien affecté. De

---

<sup>286</sup> Rédacteurs : Florent MASSON, Victor POUX.

<sup>287</sup> Pour les propositions détaillées, v. Annexe 1, 10. Propositions de réformes relatives aux techniques d'affectation volontaire.

<sup>288</sup> *Supra* Partie 1 et, pour une étude des différentes positions doctrinales concernant les notions d'affectation et de destination, V. POUX, *Usage et propriété – Essai sur l'usage partagé d'un bien*, Thèse Lyon 3, 2019, n° 309 à 320.

<sup>289</sup> *Dictionnaire Latin-Français*, V° « Affectus », ([www.dicolatin.com](http://www.dicolatin.com)).

<sup>290</sup> B. MALLET-BRICOUT, « Propriété, affectation, destination – Réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité », *RJTUM*, n° 48, p. 537 et s., spéc. p. 539.



manière plus précise, l'affectation d'un bien est la traduction du pouvoir de disposition du propriétaire<sup>291</sup>. Il convient ici de préciser le terme de disposition et de distinguer entre la disposition matérielle du bien (en modifier la substance par exemple) et la disposition juridique du bien, c'est-à-dire « *le pouvoir de (...) mettre dans une situation juridique nouvelle le bien dont on est propriétaire* »<sup>292</sup>. En ce sens, l'affectation d'un bien traduit les pouvoirs qui sont inhérents au propriétaire, au titre des attributs de la propriété. Dès lors, on peut aisément percevoir le caractère volontaire de l'affectation en droit privé, celle d'être une émanation de la volonté du propriétaire. En cela, l'affectation volontaire se distingue d'une affectation qui serait subie, c'est-à-dire imposée au propriétaire par les lois, les règlements ou l'administration<sup>293</sup>.

## 1.2. Manifestations de l'affectation volontaire

Bien que la notion ait connu un regain d'attrait avec l'apparition de la fiducie en droit français – mais aussi avec l'apparition des différents patrimoines d'affectation – le champ d'application de la notion est en réalité extrêmement vaste. Cette difficulté à rendre compte du champ d'application de l'affectation réside dans le fait qu'il ne s'agit pas d'une technique juridique autonome, mais bien plutôt d'une notion qui nécessite de s'appuyer sur des techniques juridiques particulières. Dès lors, si l'on évince les affectations qui sont imposées au propriétaire par les lois et les règlements, les techniques du droit privé qui permettent l'affectation d'un bien sont nombreuses. C'est ainsi, par exemple, qu'une servitude conventionnelle peut être perçue comme une technique d'affectation<sup>294</sup>, de même qu'un droit réel de jouissance spéciale<sup>295</sup> ou une immobilisation pour destination. De manière plus générale, les droits réels sont des techniques d'affectation volontaire<sup>296</sup>, tout comme peut l'être également un contrat de bail ou une licence d'exploitation. De manière plus large encore, c'est par la technique contractuelle que l'affectation choisie par le propriétaire pourra s'exprimer. Comme le souligne Romain Boffa, l'affectation – comme la destination – nécessite d'abord d'extérioriser la volonté du propriétaire afin de lui faire produire des effets juridiques<sup>297</sup>. L'affectation prendra alors forme tant au niveau de la formation du contrat que de son exécution. C'est ainsi que le propriétaire peut déterminer la finalité de l'affectation, laquelle pourra faire l'objet d'une stipulation écrite, d'une information du cocontractant, *etc.* De même, le propriétaire peut établir des normes d'usage, qui prendront la forme d'obligations actives ou passives, afin de réaliser la finalité déterminée. À travers ces différents exemples, il est possible de percevoir la dimension diffuse de l'affectation volontaire. Cette dernière peut exister dans des institutions diverses, par différents moyens, et prendre des formes distinctes. L'affectation volontaire est donc un donné de notre droit qui irrigue le droit privé. Cependant, l'affectation volontaire, dans sa conception classique, s'inscrit exclusivement dans l'intérêt du propriétaire et/ou de son cocontractant. Elle est alors un simple outil permettant d'administrer les usages d'un bien par son propriétaire. Mais au-delà de cette conception traditionnelle, l'affectation peut également être mise en œuvre au service d'un intérêt commun.

## 2. L'affectation volontaire au service d'un intérêt commun

---

<sup>291</sup> F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, 2<sup>ème</sup> éd., PUF, 2008, n° 236, p. 383 : « affecter un bien, c'est en disposer » ; de même, pour Serge Guinchard, affecter revient à exercer « son pouvoir de libre disposition que lui reconnaît l'article 537 du Code civil » : S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé*, LGDJ, 1976, n° 39, p. 34.

<sup>292</sup> F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *op.cit.*, n° 210, p. 335.

<sup>293</sup> V. par exemple au sujet des sources, l'article 642 al. 2 et al. 3 du Code civil, qui oblige le propriétaire à maintenir l'affectation aux voisins ou aux communautés d'habitants bénéficiant de la source.

<sup>294</sup> Sur cette analyse : S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé*, LGDJ, 1976, n° 67.

<sup>295</sup> « Ce droit réel de jouissance spéciale confère ensuite à son titulaire une jouissance affectée » : N. LAURENT-BONNE, « Le droit réel de jouissance spéciale dans un contexte familial », *AJ Famille*, 2019, p. 144.

<sup>296</sup> Évoquant les techniques d'affectation d'un bien, un auteur précisera : « Le droit réel est l'une de ces techniques. Créé par le propriétaire, il résulte de la volonté de celui-ci de donner une destination particulière à son bien, en mettant l'une ou plusieurs de ses utilités au service d'un tiers » : P. BERLIOZ, *Droit des biens*, Ellipses, 2014, n° 350.

<sup>297</sup> R. BOFFA, *La destination de la chose*, Defrénois, 2008, p. 65 et s.



Si l'affectation volontaire trouve sa principale forme d'expression quand le propriétaire affecte son bien dans son propre intérêt, l'affectation volontaire peut également prendre une teinte plus collective. Dans ce cas, la propriété serait la caisse de résonance d'un intérêt commun, intérêt qui pourra être matérialisé dans l'acte juridique créateur d'affectation. Il s'agit alors, pour le propriétaire, de dépasser son intérêt individuel afin d'affecter son bien à une destination collective<sup>298</sup>. Ici encore, le propriétaire ne fait que jouir de son pouvoir de disposition, seul l'intérêt guidant l'affectation différant.

En droit positif français, plusieurs techniques relèvent du modèle de l'affectation volontaire d'intérêt commun, tel qu'il a été défini. Deux techniques visent spécifiquement cette fin : **l'obligation réelle environnementale** (ORE dans les lignes qui suivent, article L. 132-3, c. envir., issu de la loi du 8 août 2016) et les **licences libres** (notamment les licences dites *copyleft*). Outre ces deux instruments spéciaux, la **fiducie** pourrait permettre une telle affectation volontaire (articles 2011 et s., c. civ.). Il s'agirait d'une forme particulière de fiducie-gestion, dans laquelle la gestion par un tiers permettrait de garantir un accès ou un usage du bien à une communauté, plus ou moins définie<sup>299</sup>. La **libéralité avec charge** peut également servir à affecter un bien lorsque la charge est d'intérêt commun<sup>300</sup>. De même, les **droits réels de jouissance spéciale**, c'est-à-dire des droits réels *sui generis* qui peuvent octroyer la jouissance d'une utilité précise d'un bien, pourraient permettre de donner une destination collective à ce bien<sup>301</sup>. Ils pourraient être utilisés *per se*, dans le seul but d'opérer un partage des usages du bien entre plusieurs titulaires de droits différents, mais également être utilisés en complément d'autres techniques, comme par exemple la fiducie (voir *infra* le rapport spécial sur la fiducie).

Bien évidemment, les droits étrangers connaissent également des techniques d'affectation volontaire : tel est le cas, notamment, des *conservation easements* de la *Common law*<sup>302</sup>. Le droit civil québécois connaît aussi des formes d'affectation volontaire pouvant donner une destination collective à un bien. On retrouve ainsi, dans le Code civil Québécois, la fiducie dite d'intérêt social, mais aussi l'indivision avec affectation à but durable<sup>303</sup>.

### 3. La portée théorique des techniques d'affectation volontaire à un intérêt commun

Les techniques d'affectation volontaire doivent être placées dans leur rapport avec la propriété et avec la réflexion sur les biens communs.

#### 3.1. Affectation volontaire et théorie de la propriété

Lorsqu'elle s'inscrit comme la transcription d'un intérêt commun, l'affectation volontaire – du fait du propriétaire – opère un détournement des fins originelles de la propriété. Conçue à travers le pouvoir d'exclure autrui de son rapport d'appropriation et de jouir de la façon la plus absolue de son bien (jusqu'à en mésuser, voire le détruire), la propriété n'est, *a priori*, qu'un outil au service des seuls intérêts

<sup>298</sup> A. CHAIGNEAU, « Des droits individuels sur des biens d'intérêts collectifs, à la recherche du commun », *RIDE*, n° 28, 2014, p. 335 et s., spé. p. 350 : « La proposition de dépasser l'intérêt individuel porté par le droit de propriété revient à réévaluer la dimension de ce droit par le "domaine" ou le *dominium* qui peut lui être attaché, en mettant en avant la projection d'un intérêt social porté par le titulaire ».

<sup>299</sup> L'autre usage de la fiducie est la fiducie-sûreté, qui fait l'objet de dispositions spécifiques aux articles 2372-1 et s. et 2488-1 et s. du Code civil.

<sup>300</sup> Sur la notion, v. J. BOISSON, *Les libéralités à caractère collectif*, Thèse Paris II, 2015, p. 208.

<sup>301</sup> V. POUX, *Usage et propriété – Essai sur l'usage partagé d'un bien*, Thèse Lyon 3, 2019, n° 472.

<sup>302</sup> V. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 4 - Propositions de réformes relatives aux techniques d'affectation volontaire – Leçon de droit comparé : Les *conservation easements* dans les pays de *common law* (États-Unis, Australie, Nouvelle-Zélande, Écosse et Angleterre).

<sup>303</sup> Sur la dimension sociale et collective que peut prendre la figure de l'indivision avec affectation à but durable, voir : G. GIDROL-MISTRAL, « L'affectation à but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs ? Réflexions autour de l'article 1030 du Code civil du Québec », *Revue générale de droit*, éd. Wilson et Lafleur, vol. 46, 2016, p. 95 et s.

égoïstes du propriétaire. Pourtant, avec l'affectation volontaire à un intérêt commun, il semble qu'une utilisation détournée de la propriété – ou du moins contraire à sa vocation individuelle – se réalise.

L'exemple des licences libres, nommées aussi licences *Copyleft*, est ici particulièrement parlant. En effet, malgré sa dénomination, le *Copyleft* n'est pas un anti-*Copyright* ou un anti-droit d'auteur, mais un des usages possibles de celui-ci. C'est parce que l'auteur a le droit d'exclure autrui de son rapport d'appropriation qu'il peut également l'inclure dans ce rapport<sup>304</sup>. En diffusant l'œuvre sous licence libre, l'auteur exerce son droit de propriété intellectuelle pour accorder de larges libertés d'utilisation à quiconque souhaite utiliser l'œuvre, affectant ainsi sa création à un usage commun<sup>305</sup>.

En cela, les conséquences sur la théorie de la propriété sont multiples. Tout d'abord, l'affectation volontaire inscrit le rapport d'appropriation – et donc la propriété – dans une forme de fonctionnalisation car, en déterminant un but précis, on donne une fonction à sa propriété. Lorsqu'un propriétaire affecte son bien grâce à la technique de l'obligation réelle environnementale, il donne une « *fonction environnementale* »<sup>306</sup> à sa propriété. Ensuite, le fait d'affecter un bien, de déterminer une finalité particulière, va nécessairement limiter les pouvoirs des titulaires de droits sur le bien avec, en première ligne, le propriétaire. Effectivement, choisir une finalité à atteindre, un but, c'est discriminer l'ensemble des usages qui peuvent être faits sur un bien au profit des seuls usages qui entrent en adéquation avec la finalité déterminée. Dans le cadre d'une affectation ayant pour objectif la conservation d'un bien culturel, on comprendra aisément que l'affectation commande de ne pas détruire ce bien. L'affectation volontaire va donc nécessairement moduler les caractères de la propriété : dans son absolutisme d'abord, en guidant les actions, et dans son exclusivisme ensuite, en incluant autrui dans le rapport d'appropriation<sup>307</sup>.

### 3.2 Affectation volontaire et théorie des communs

**L'affectation volontaire est ensuite un vecteur de « communs volontaires ».** Le *copyleft* est l'exemple type, à nouveau, d'une affectation volontaire reposant uniquement sur la technique contractuelle ; il est une forme d'affectation volontaire « pure », créateur d'un « commun contractuel ». L'intérêt de ce type d'affectation volontaire réside évidemment dans la souplesse qu'il représente pour les parties, car, s'il existe des modèles de licences dites « libres » (avec ou sans clause de *copyleft*), rien n'empêche un auteur de s'en départir et d'affecter son œuvre en recourant à une licence non standardisée. Le propriétaire peut donc adapter les règles qui vont régir l'affectation en fonction des caractéristiques du bien ou de la finalité déterminée. Il semble que la situation soit presque similaire avec la technique des droits réels de jouissance spéciale. Ces droits étant *sui generis*, c'est-à-dire non rattachés aux droits réels prévus par le Code civil, ils sont placés sous le signe de la conventionalité, tant dans la détermination de leur assiette que de leur régime. Il est aisé de percevoir les avantages de ces formes d'affectation volontaire, ceux d'une flexibilité permettant l'adaptation des droits à l'intérêt commun<sup>308</sup>. Pour autant,

---

<sup>304</sup> « Il n'est donc pas possible d'envisager le copyleft simplement comme une alternative politique à la propriété intellectuelle, ou comme son "dépassement", puisqu'il tire sa force normative d'un droit de propriété (sauf le nom), entendu comme privilège exclusif reconnu aux créateurs sur leurs créations (...) Le copyleft utilise l'arme de la propriété comprise comme exclusivité pour exclure l'exclusion. On se prend à songer à une "subversion", puisqu'il s'agit de faire produire au Copyright les effets opposés à ceux qu'on entend ordinairement » : M. XIFARAS, « Le copyleft et la théorie de la propriété », *Multitudes*, 2010, p. 55 et s., spé. p. 58.

<sup>305</sup> Sur tous ces éléments, v. le rapport de S. DUSOLIER, « Les œuvres sous licences libres », *infra*.

<sup>306</sup> Plus précisément encore, la propriété affectée serait une « fonction environnementale active » de la propriété : B. GRIMONPREZ, « La fonction environnementale de la propriété », *RTD civ.*, 2015, p. 539 et s.

<sup>307</sup> Sur le lien entre affectation et modulation de la propriété, voir : V. POUX, *Usage et propriété - Essai sur l'usage partagé d'un bien*, Thèse Lyon 3, 2019, n° 285 à 294.

<sup>308</sup> Certains auteurs reconnaissent la potentialité que pourrait avoir les droits réels de jouissance spéciale dans un objectif de préservation d'un bien environnemental. En ce sens : M. MEKKI, « Les virtualités du droit réel de jouissance spéciale », *RDC*, n° 1, 2014, p. 105 et s. ; L. d'AVOUT, B. MALLET-BRICOUT, « De l'autonomie, de la durée et des causes d'extinction des droits réels de jouissance spéciale », *D.*, 2017, p. 134 ; E. MEILLER, « Le droit réel, vecteur de services environnementaux », in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, GRIMONPREZ, B. (dir.), Dalloz, 2018, p. 71 et s.

l'institutionnalisation de certaines techniques d'affectation volontaire peut également être gage d'une meilleure efficacité et garantie de l'intérêt commun.

## 4. Les outils de l'affectation volontaire à un intérêt commun

### 4.1 Droits réels et droits personnels

L'affectation volontaire supposant une opposabilité *erga omnes*, la technique du **droit réel** paraît être l'outil privilégié pour la réaliser. C'est d'ailleurs la technique utilisée dans la plupart des mécanismes d'affectation volontaire (ORE, fiducie, droits réels de jouissance spéciale, etc.)<sup>309</sup>. On peut tout juste remarquer que l'affectation peut porter soit sur la *propriété tout entière* (c'est le cas de la fiducie et de certaines libéralités à caractère collectif), soit sur une *utilité spécifique* de la chose (c'est le cas de l'ORE et des droits réels *sui generis*). Pour autant, le recours aux droits réels n'est pas toujours nécessaire.

Le cas du *Copyleft* est, sur ce point encore, d'école. Le « *copyleft* » repose sur l'outil contractuel qu'est la licence libre, c'est-à-dire un contrat de louage, qui ne crée que des **droits personnels**, en principe.

Toutefois, un enjeu important pour l'efficacité de cette technique est de rendre les droits et obligations de la licence opposables *erga omnes* sans recourir explicitement au droit réel. Le résultat est atteint par la conjonction de deux éléments : l'introduction d'une clause de viralité (*copyleft*) et d'une conception particulièrement souple du consentement<sup>310</sup>.

D'un côté, en effet, la viralité est obtenue par une clause de « partage à l'identique » contenue dans la licence initiale et prévoyant que toute exploitation ultérieure doit respecter les caractères de la licence initiale, y compris la clause de partage à l'identique. Toutes les licences nouvelles accrochées à l'œuvre, ainsi qu'aux œuvres qui en sont dérivées, sont donc nécessairement libres et transmettent le caractère libre aux licences et aux œuvres subséquentes.

Le second élément, d'un autre côté, tient à l'appréciation souple du consentement, permettant de rendre opposable la licence libre : toute utilisation de l'œuvre vaut acceptation du contrat de licence libre. Le contrat tend à se « réifier » et devient inséparable de l'œuvre elle-même, même s'il ne s'agit pas d'une obligation réelle.

Pour autant, le système n'est pas parfait : un vice du consentement ou une incapacité peut toujours remettre en cause la « chaîne » des licences. Il est loisible de constater que si le contrat confère l'avantage de la flexibilité, il trouve sa principale limite dans sa capacité à garantir la pérennité de l'affectation.

### 4.2. Loi et contrat

L'affectation « volontaire » ne peut résulter, par définition, que d'un acte juridique. La question est plutôt de savoir si la loi doit offrir des « modèles » permettant de réaliser cette affectation ou si des contrats innommés suffisent.

Outre le caractère incitatif des modèles, l'institutionnalisation de certaines techniques d'affectation volontaire peut être vecteur d'une plus grande sécurisation de l'affectation, notamment en garantissant l'opposabilité de l'affectation vis-à-vis des tiers. Il serait par exemple tout à fait impossible de garantir la séparation du patrimoine affecté avec le patrimoine personnel du fiduciaire sans intervention de la loi (article 2011, c. civ.). On notera cependant que l'opposabilité est plus efficacement assurée dans l'ORE que dans la fiducie, dont le régime admet plus facilement des remises en cause de l'affectation initiale<sup>311</sup>.

---

<sup>309</sup> La qualification de droit réel au sujet de l'obligation réelle environnementale est parfois contestée en doctrine. V. par exemple N. REBOUL-MAUPIN et B. GRIMONPREZ, « Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée », *D.* 2016. 2074, qui l'analysent comme un « droit personnel *propter rem* » (p. 2077).

<sup>310</sup> Sur tous ces éléments, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Section 4 - Propositions de réformes relatives aux techniques d'affectation volontaire - Les œuvres sous licences copyleft.

<sup>311</sup> Le décès du constituant met fin à la fiducie (art. 2029) ; le fiduciaire est réputé avoir les pouvoirs les plus étendus dans ses relations avec les tiers (art. 2023), ce qui rend nécessaire la publication d'une clause d'inaliénabilité au fichier immobilier. Sur

De manière plus générale, il ressort des différents rapports spéciaux qui suivront que, si les licences libres n'appellent pas d'intervention législative particulière, le régime actuel de l'ORE et de la fiducie limitent les possibilités et l'efficacité de l'affectation à un intérêt commun.

La raison de cette disparité vient sans doute de ce que les licences libres portent sur des biens non rivaux, permettant donc « naturellement » un large accès. À l'inverse, l'ORE et la fiducie portent généralement sur des biens rivaux (les immeubles), ce qui suppose de concilier l'affectation avec les autres intérêts concurrents (la protection de l'environnement et les droits des chasseurs, par exemple). La liberté d'affecter est donc plus réduite, alors même que la technique du droit réel assure, en théorie, une meilleure pérennité à l'affectation. En conséquence, nos propositions de réforme ne porteront que sur la fiducie et l'ORE.

Les problèmes étant souvent les mêmes dans les deux institutions, il est possible de faire des propositions *communes* à ces deux techniques. Les propositions *spécifiques* à chacune des institutions se trouvent, quant à elle, dans les rapports spéciaux.

## §2. Propositions de réformes communes aux techniques d'affectation volontaire

Au vu de ce qui précède, les propositions de réformes peuvent se déployer dans trois directions : garantir la pérennité de l'affectation volontaire (1) ; améliorer son effectivité (2) ; supprimer les obstacles liés au caractère onéreux de cette affectation (3).

### 1. Garantir la pérennité de l'affectation volontaire<sup>312</sup>

Dans le cadre de certains intérêts communs (intérêt environnemental ou culturel notamment), la question de la temporalité de l'affectation va de pair avec la finalité du but déterminé. La protection d'un bien environnemental, par exemple, ne peut souffrir d'une limitation temporelle trop stricte ; elle s'inscrit nécessairement dans une forme de durabilité. Pour ces cas spécifiques, il apparaît logique que la technique d'affectation dure autant que le besoin existe, même si cela conduit à dépasser les limites temporelles classiques.

Quelles sont, dès lors, les solutions qui pourraient se dessiner ? Tout d'abord, il convient d'examiner la possibilité d'une affectation perpétuelle. Cette dernière pourrait sans doute s'envisager dès lors que l'affectation ne prendrait que la forme d'une restriction des usages possibles du bien, sans qu'aucune obligation positive ne soit mise à la charge de quiconque. Néanmoins, les incertitudes actuelles quant aux contours de l'ordre public des biens nous ont incité à écarter toute mention explicite d'affectation perpétuelle.

Pour autant, il semble possible de s'affranchir d'une limite purement symbolique qui contraint les droits à ne pouvoir être établis pour une durée supérieure à 99 ans<sup>313</sup>. En ce sens, notre proposition est donc de supprimer cette limite temporelle, ce qui permettra aux parties d'affecter plus durablement leur bien en fonction de ce que commande l'intérêt commun<sup>314</sup>. Dès lors, puisque l'affectation volontaire réside sur la

---

tous ces points, et pour de plus amples développements, v. le rapport de W. DROSS, « Les potentialités de la fiducie comme technique de construction et d'organisation des communs », *infra*.

<sup>312</sup> V. Annexe 1, 10. Propositions de réformes relatives aux techniques d'affectation volontaire.

<sup>313</sup> Qualifié de « *réflexe pavlovien* » par un auteur, la barrière psychologique des 99 ans est souvent perçue comme la frontière de la perpétuité : W. DROSS, « Que reste-t-il de l'arrêt "maison de poésie" ? », *RTD civ.*, 2015, p. 413 et s. Le débat n'est pas pour autant fermé et la question interroge en doctrine. Par exemple : « *On ne peut affirmer que la précarité des droits réels relève de l'ordre public des biens et donner plein effet à des stipulations contractuelles prévoyant un terme si lointain qu'il confine à la perpétuité : dira-t-on, par exemple, qu'un droit réel de jouissance spéciale consenti pour une durée de 350 ans n'est pas perpétuel ? Le débat n'est donc sans doute pas encore clos* » : J.- B. SEUBE, *Dr. et Patrim.*, novembre 2016, 93.

<sup>314</sup> Évoquant la question des obligations réelles établies pour la protection de l'environnement, un auteur soulignera la nécessité de rendre possible des affectations volontaires prévues pour des longues durées : « *Prenons l'exemple d'un droit réel imposant la replantation d'une forêt de hêtres. Cet arbre atteint sa maturité autour du siècle. Mais, surtout, pendant la première décennie de sa vie, celui-ci a besoin de croître à l'ombre des autres arbres. Aussi, l'obligation de replanter du hêtre suppose plusieurs étapes successives, sur plusieurs*

volonté du propriétaire du bien, celui-ci devrait également pouvoir librement déterminer la durée de cette affectation, quand bien même celle-ci pourrait être centenaire<sup>315</sup>.

À partir de là, une seconde proposition vient en complément de la première. Inspirée des législations étrangères (et spécifiquement Québécoise), nous proposons de calquer la durée de l'affectation sur la réalisation du but déterminé. Le droit québécois connaît une figure originale de l'affectation à travers affectation à but durable ; dans ce cas, le droit au partage de chaque indivisaire est paralysé jusqu'à ce que le but de l'affectation soit réalisé. Pour ce faire, encore faut-il qu'un but durable soit déterminé, c'est-à-dire que la réalisation du but déterminé nécessite une temporalité longue, comme cela peut être le cas pour la préservation des biens environnementaux ou culturels<sup>316</sup>. Il s'agit donc de mettre le bien, et l'intérêt commun qui s'y niche, au centre du mécanisme d'extinction de l'affectation. Sans tendre à l'importation du modèle québécois, la potentialité de fixer l'extinction de l'affectation non pas sur une temporalité précise, mais sur la réalisation du but poursuivi serait gage de souplesse et de garantie de l'affectation. De même, ce mécanisme d'extinction de l'affectation peut tout autant être appliqué au cas de la fiducie ou de l'obligation réelle environnementale.

En définitive, à défaut d'une durée précisée par les parties, seule la réalisation complète du but ou la disparition définitive de l'objet entraînerait l'extinction du contrat.

Il est également proposé de revenir sur l'extinction de la fiducie par le décès du constituant personne physique (art. 2029). Cette règle a en effet été instituée pour des raisons peu convaincantes : il fallait éviter que la fiducie ne vienne concurrencer les dispositifs introduits par la loi du 23 juin 2006 (mandat à effet posthume, libéralités graduelles et résiduelles). On peut légitimement s'interroger sur l'ampleur de ce risque et donc sur la légitimité de cette règle<sup>317</sup>, alors même que l'extinction par décès du constituant personne physique limite considérablement les possibilités d'affectation de longue durée.

L'allongement de la durée possible de l'affectation rend nécessaire un mécanisme supplétif d'adaptation de l'affectation afin de protéger les intérêts des débiteurs. C'est l'objet de la seconde proposition.

## 2. Améliorer l'effectivité de l'affectation volontaire<sup>318</sup>

Aucune des techniques d'affectation volontaire étudiées ne prévoit de règle supplétive en cas de changement de circonstances empêchant ou rendant très onéreuse l'affectation voulue par le propriétaire initialement.

Le contrat peut évidemment donner pouvoir à un organe (le propriétaire, le gestionnaire) d'opérer les modifications nécessaires afin de faire respecter l'affectation. Toutefois, en l'absence de clause ou en cas de clause mal rédigée, un conflit pourrait survenir entre la force obligatoire du contrat, d'une part, et le respect de son esprit (l'affectation), d'autre part.

Cette nécessité d'introduire un mécanisme d'imprévision est d'autant plus accrue que la proposition 1 vise à permettre la constitution d'affectations supérieures à 99 ans, limitées seulement par la réalisation du but poursuivi.

---

*décennies (...) Seuls des droits à très longs termes peuvent donc servir de cadre à l'obligation de replantation* » : E. MEILLER, « Le droit réel : vecteur de services environnementaux », in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, B. GRIMONPREZ (dir.), Dalloz, 2018, p. 75.

<sup>315</sup> Les licences libres sont à part, puisqu'elles sont soumises à la durée du droit d'auteur.

<sup>316</sup> En ce sens : « Dans l'indivision à but durable, ce n'est pas la durabilité de l'indivision qui est visée par l'intérêt personnel des indivisaires, mais en regard de et pour le bien lui-même (...) Des indivisaires pourront affecter un bien à un but durable, et en conséquence en rendre impossible le partage, lorsqu'il s'agira d'assurer la conservation de sa valeur patrimoniale, culturelle, écologique, etc. » : B. ROY, « L'affectation des biens en droit civil québécois », *Revue du Notariat*, vol. 103, n° 3, 2001, p. 383 et s., spé. p. 411.

<sup>317</sup> V. notamment R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois*, 2007, p. 1194, n° 30.

<sup>318</sup> V. *infra*. Annexe 1, 10. Propositions de réformes relatives aux techniques d'affectation volontaire.

Le mécanisme proposé d'imprévision diffère cependant de celui reconnu à l'article 1195 du Code civil. En effet, l'imprévision du droit commun des contrats vise avant tout à protéger l'équilibre contractuel entre deux parties lorsqu'une des prestations devient très onéreuse. Or notre problématique est plutôt le conflit entre le respect de la volonté du propriétaire (l'affectation) et la lettre du contrat (identification de l'objet grevé, modalités de gestion, obligations et droits corrélatifs). Pour cette raison, le modèle est plutôt la révision des servitudes et surtout la révision des charges dans les libéralités (art. 900-2., c. civ.)<sup>319</sup>. À cet égard, l'imprévision est ouverte en cas de changement « non prévu » au contrat, et non en cas de changement « imprévisible », comme c'est le cas dans l'article 1195.

La faculté de saisir le juge est d'ordre public. Cette limitation de la liberté contractuelle s'explique par la volonté de protéger la pérennité de l'affectation. Le plafond de 99 ans n'étant plus impératif, la durée de ces contrats peut être sans commune mesure avec la durée des contrats que visent la règle supplétive de l'article 1195 du Code civil.

Le seul moyen pour les parties d'éviter le recours au juge est de confier le pouvoir d'adaptation pour imprévision à un comité *ad hoc*. Ce comité aurait vocation à représenter les différentes parties prenantes. Au vu de la diversité des affectations, il est nécessaire que le contrat précise la composition, les pouvoirs et l'organisation de ce comité. Toutes les options sont possibles : membres avec voix consultative et avec voix décisionnelle, composition paritaire par « collègues » sur le modèle des organismes de droit public, etc. Un point essentiel sera de définir l'articulation des pouvoirs de ce comité avec celui des parties au contrat.

### **3. Supprimer les obstacles liés au caractère onéreux de l'affectation volontaire<sup>320</sup>**

Que cela soit dans le cadre de l'obligation réelle environnementale ou de la fiducie, la législation actuelle impose le caractère onéreux de ces techniques d'affectation volontaire. Afin de favoriser ces types d'affectation volontaire, nous proposons de supprimer cette dimension pécuniaire, afin que ces outils puissent être utilisés de manière plus altruiste.

Par exemple, dans le cadre de l'obligation réelle environnementale, le caractère onéreux de l'affectation provient de l'obligation de déterminer les « engagements réciproques » dans le contrat, obligation dont nous proposons la suppression. En effet, il s'agit d'un frein majeur à l'utilisation des obligations réelles environnementales, au risque de cantonner l'utilisation de l'obligation réelle environnementale aux seules fins de compensation. En supprimant la mention des engagements réciproques – sans que ceux-ci ne soient pour autant prohibés – l'obligation réelle environnementale trouvera un champ d'application plus grand, et devenir une véritable technique d'affectation volontaire fondée sur un intérêt commun environnemental.

Le cas de la fiducie diffère quelque peu. En droit français, la fiducie ne peut être utilisée que dans le cadre de la gestion du bien fiduciaire (fiducie gestion) ou en tant que garantie d'une dette (fiducie sûreté). En revanche, la fiducie libéralité, consistant à la transmission à titre gratuit d'un bien, est prohibée en droit français. La raison principale de cette interdiction vient de la crainte de l'administration fiscale du risque de fraude. L'argument n'a jamais véritablement convaincu du fait de la publicité obligatoire de la fiducie<sup>321</sup>, et cette prohibition empêche de déployer toutes les potentialités de la fiducie<sup>322</sup>.

---

<sup>319</sup> Article 900-2, c. civ. : « Tout gratifié peut demander que soient révisées en justice les conditions et charges grevant les donations ou legs qu'il a reçus, lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable ».

<sup>320</sup> Cf. Annexe 1, 10. Propositions de réformes relatives aux techniques d'affectation volontaire.

<sup>321</sup> V. F. TRIPET, « La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ? », *Gaz. Pal.* 21 oct. 2006, n° 294 ; W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012, n° 110-2.

En particulier, le caractère onéreux de la fiducie ne peut être qu'un frein à la mise en place d'affectations volontaires en vue d'un intérêt commun, comme par exemple en vue d'un objectif environnemental ou culturel<sup>323</sup>. Cette règle, déjà contestée, devrait donc être abrogée.

Généraliser l'obligation réelle environnementale et admettre une « obligation réelle d'intérêt commun »<sup>324</sup>

Pourquoi ne pas utiliser la technique de l'obligation réelle environnementale pour d'autres finalités que l'environnement ?

En soi, le mécanisme de l'ORIC est similaire à celui de l'ORE, du moins en prenant en compte les modifications suggérées (imprévision, durée non limitée à 99 ans et fixée sur la réalisation de la finalité déterminée, possibilité de créer des ORIC sans caractère onéreux)<sup>325</sup>. Il s'agit donc, ici, de pouvoir déterminer des obligations réelles qui seront les normes d'usage participantes à la réalisation de l'affectation.

L'attrait principal de l'ORIC ne tient pas tant dans son mécanisme que dans le champ d'application qu'il pourrait couvrir. Pour ce faire, nous avons pris exemple sur l'article 1270 du Code civil du Québec, qui dispose qu'il est possible de créer des fiducies d'utilité sociale, c'est-à-dire « constituée dans un but d'intérêt général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou scientifique ». Évidemment, il ne s'agit pas ici d'importer la technique de la fiducie québécoise, mais plutôt d'élargir la possibilité de créer des obligations réelles en dehors du seul cas de l'environnement. Ce faisant, c'est de nombreux intérêts communs qui pourraient être concernés, et ainsi profiter d'une affectation volontaire légale. À ce titre, nous avons choisi de ne pas reprendre la lettre de l'article du Code civil du Québec :

- Le terme « intérêt général » renvoie en effet en droit français à l'intérêt protégé par la puissance publique. Nous avons donc préféré le terme d'« intérêt commun », en concordance avec les choix terminologiques faits par ailleurs dans ce rapport<sup>326</sup>.
- De même, nous avons supprimé la dimension « religieuse » des intérêts concernés, afin de ne pas créer d'interférence avec la réglementation particulière des associations culturelles.
- Afin d'être un peu plus large et de mieux coller au contexte français, les termes « éducatif » et « philanthropique » ont été remplacés par le terme de « social ».
- Enfin, nous avons supprimé le « notamment », afin d'établir une liste limitative des intérêts communs pouvant être protégés. Ce choix peut se discuter. Toutefois, si nous avons opté pour cette solution, c'est afin d'éviter que l'ORIC ne soit utilisée pour des finalités n'ayant que peu à voir avec la défense des biens communs. Cette défense semble suffisamment assurée par le nombre et l'ampleur des intérêts possibles.

L'ORIC aurait donc une portée générale, englobant à la fois l'obligation réelle environnementale tout en s'adaptant à des intérêts communs autres. En raison de cette généralité, nous avons fait le choix de ne pas inclure cette proposition dans un – ou plusieurs – code(s) spécifique(s), mais de l'intégrer dans le Code civil, dans un titre spécifique qui suivrait celui dévolu à la fiducie.

---

<sup>322</sup> Pour des exemples, v. J. ROCHFELD, « Commentaire de la Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie », *RTD Civ.* 2007. 412.

<sup>323</sup> Au Québec, cette dimension collective de la fiducie est déjà présente : « La protection de l'environnement, entendu au sens de la conservation de la nature ou du patrimoine, est depuis un certain temps un objectif recherché par les initiateurs de certaines fiducies. Elles peuvent avoir pour but la constitution d'une réserve naturelle ou la sauvegarde de domaines à vocation historique ou récréatives » : S. NORMAND, « Fiducie », in *Dictionnaire des biens communs*, M. CORNU et J. ROCHFELD (dir.), PUF, 2017, p. 556.

<sup>324</sup> Cf. Annexe 1, 12. Propositions de réformes relatives à l'obligation réelle environnementale.

<sup>325</sup> Il convient sur ce point, de se référer aux justifications des propositions précédentes.

<sup>326</sup> V. *infra* Titre 2 : Proposition de réformes relatives aux intérêts et actions à reconnaître.

Le droit français serait ainsi doté de deux techniques d'affectation volontaire de vocation générale :

- La fiducie, lorsque l'affectation porte sur la propriété tout entière ;
- L'ORIC, lorsque l'affectation ne porte que sur une utilité définie du bien.



## Section 4.1. La fiducie<sup>327</sup>

Les développements et les propositions de réforme relatifs à l'affectation volontaire en général ouvrent trois pistes d'évolution souhaitable de la fiducie : supprimer sa limite temporelle actuellement fixée à 99 ans ; mettre fin au décès du constituant personne physique comme échéance nécessaire du contrat de fiducie ; reconnaître pleinement la validité de la fiducie libéralité.

Ces propositions, élaborées à partir d'une réflexion générale sur la technique de l'affectation, devaient être passées au crible d'une réflexion menée au jour d'une double approche, à fois technique et théorique, de la fiducie. En effet, le modèle – propriété *versus* contrat – qui l'éclaire le mieux est largement disputé par les auteurs et retentit nécessairement sur l'analyse de l'institution et ses potentialités. Le but était de réfléchir aux moyens de faire de la fiducie un instrument servant au mieux les ambitions de la communalité en termes à la fois de finalité – ou l'on retrouve ici la question de l'affectation – mais aussi de gouvernance.

Le présent rapport spécial rejoint pleinement les propositions du rapport général. Il y ajoute celle consistant à ouvrir plus largement la qualité de fiduciaire à d'autres organismes, sans plus la cantonner aux seuls avocats et établissements financiers et d'assurance.

### §1. Présentation « classique » de la fiducie

La fiducie a été introduite en droit français par une loi du 19 février 2007 qui la définit à l'article 2011 du Code civil comme :

« l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

Le but de cette consécration était d'offrir en France une technique susceptible de fournir un équivalent au *Trust* anglo-saxon.

Elle se présente comme une technique générale d'affectation d'un bien à l'occasion de son transfert. Celui qui reçoit le bien – le fiduciaire – devra l'affecter au but que lui assigne le constituant. En théorie, ce but connaît trois principaux domaines d'application :

- La transmission à titre gratuit du bien. Cette finalité de la fiducie est largement employée dans les pays anglo-saxons, notamment afin d'assurer une gestion du patrimoine par le *Trustee* dans l'intérêt des héritiers (bénéficiaires) jusqu'à ce que ces derniers soient à même de les gérer eux-mêmes (cas des héritiers mineurs). Le droit français ne permet pas d'utiliser la fiducie à cette fin : « le contrat de fiducie est nul s'il porte une intention libérale au profit du bénéficiaire » (article 2013 du Code civil).
- La gestion du bien à des fins spécialement déterminées par le constituant. L'avantage de l'instrument est de pérenniser cette finalité : si un propriétaire peut librement affecter son bien au but qu'il souhaite, il peut changer d'avis à tout moment. L'institution d'une fiducie assoit dans la durée une gestion finalisée de la chose.
- La garantie d'une dette. La fiducie sûreté est spécifiquement organisée par les articles 2372-1 et suivants du Code civil pour les meubles, et 2488-1 pour les immeubles. Dans cette hypothèse, le fiduciaire a également la qualité de bénéficiaire de la fiducie. En cas de non-paiement de la dette

---

<sup>327</sup> Rédacteur : William DROSS

garantie à échéance, il pourra se faire attribuer en propriété le bien qu'il ne détenait jusqu'alors qu'en qualité de fiduciaire.

## §2. Les potentialités de la fiducie à servir un intérêt commun

### 1. Les utilisations de la fiducie dans un intérêt commun

En pratique, la fiducie n'a que peu d'applications concrètes dans le domaine des communs, du moins en France, mais l'intérêt suscité par ce nouvel outil a naturellement conduit les praticiens intervenant en matière d'environnement à se demander comment ils pourraient s'en servir. C'est donc via le droit de l'environnement que le lien entre la technique fiduciaire et les communs s'est noué, et cela au regard des utilisations du *trust* dans les pays anglo-saxons.

Pour l'Amérique du Nord, et plus précisément la province canadienne du Québec, on<sup>328</sup> a relevé que la fiducie pouvait être utilisée à des fins diverses, en lien avec n'importe quel but d'intérêt général. Elle peut par exemple être un outil favorisant l'accès à la propriété de fermiers engagés dans un processus de production écologique ou encore être plus directement constituée dans un but de sanctuarisation de certaines terres à des fins de protection de l'environnement.

En France, on connaît quelques applications de la fiducie environnementale<sup>329</sup>, celle-ci offrant un outil au débiteur d'une obligation de dépollution<sup>330</sup> ou de compensation environnementale<sup>331</sup>.

Dans le premier cas, il s'agit pour le propriétaire d'un site pollué d'apporter l'immeuble ainsi que les sommes nécessaires à sa dépollution à un fiduciaire qui prendra alors en charge l'ensemble des opérations. L'attractivité du montage résulte de plusieurs considérations. D'une part, ce transfert de propriété ne s'accompagnera pas nécessairement d'une dépossession. D'autre part, le constituant peut se concentrer sur son cœur d'activité, sans avoir à gérer une opération qui pourra se révéler, au regard des réquisitions de la puissance publique, extrêmement complexe : il s'agit donc d'externaliser juridiquement et comptablement l'opération de dépollution en garantissant à l'opérateur, via la propriété, la liberté d'action nécessaire à la réalisation optimale du résultat poursuivi. Enfin, les créanciers du constituant ne pourront pas saisir les actifs transmis au fiduciaire pour financer la dépollution, ce qui garantit mieux sa bonne fin.

Dans le second cas, il s'agira pour l'entreprise tenue de compenser l'impact environnemental de ses activités de transmettre à un fiduciaire des terrains en le chargeant de mettre en œuvre cette obligation de compensation. La Caisse des dépôts et des consignations a ainsi créé une structure dédiée.

Si l'on essaye de dépasser les rares utilisations pratiques de la fiducie en matière environnementale pour s'intéresser plus largement au rôle qu'elle pourrait jouer dans la problématique des communs, la difficulté principale devient celle de la définition de la communauté autour de laquelle elle pourrait s'organiser.

L'article 2011, qui définit le contrat de fiducie, prévoit qu'il est conclu « au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». À s'en tenir à cette disposition, on pourrait estimer que le constituant peut élargir comme il le souhaite le champ des bénéficiaires et indirectement constituer la communauté profitant de l'affectation des biens « fiduciaires » en la dotant d'une enveloppe variable. Il convient néanmoins de tenir

---

<sup>328</sup> S. NORMAND, « Fiducie », in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, 2<sup>e</sup> édition, PUF, 2021.

<sup>329</sup> V. Th. SOLEILHAC, « La fiducie environnementale », *Rev. Énergie, Environnement, Infrastructure*, juin 2017 n°13 et « Les perspectives environnementales d'une baleine blanche : la fiducie », *Mél. Untermaier*, 2018 Mare et Martin, p. 603 s., spéc. p. 611 et s. pour la dépollution et p. 617 s. pour la mise en œuvre de la compensation écologique.

<sup>330</sup> L'art. L. 512-21 du Code de l'environnement permet l'institution d'un tiers intéressé chargé de l'exécution de ces obligations de dépollution pour le compte du responsable, ce qui renvoie parfaitement à la figure du fiduciaire.

<sup>331</sup> L'art. L. 163-1 II et III du Code de l'environnement met en place un opérateur de compensation, que le fiduciaire peut incarner avantagusement.

compte de l'article 2018, 4<sup>e</sup> qui impose que le contrat de fiducie (qui est un contrat solennel) précise à peine de nullité « **l'identité du ou des bénéficiaires, ou à défaut les règles permettant leur désignation** ». L'utilisation de la fiducie dans une perspective communautaire impose donc au constituant de dégager un critère précis permettant de décider qui peut prétendre à la qualité de bénéficiaire. On pourrait par exemple songer à constituer une fiducie au profit des habitants de telle commune, un tel critère paraissant suffisamment précis. En revanche, une fiducie constituée au profit « des admirateurs de Pablo Picasso » ne le serait sans doute pas au sens de ce texte. Il semble en effet qu'un tel critère procède d'une confusion entre deux conditions distinctes de la mise en œuvre d'une fiducie, la détermination d'une part de ses bénéficiaires, d'autre part du but poursuivi. Ici, c'est davantage le but (promouvoir l'admiration de Picasso) qu'un cercle de bénéficiaires qui est en cause.

Pourrait-on cependant valablement élargir indéfiniment le cercle de la communauté, pour y inclure par exemple l'ensemble des personnes habitant en France ou en Europe, voire tous les hommes habitant sur terre ? On pourrait craindre que, comme précédemment, l'exigence de détermination des bénéficiaires se fonde dans la question du but poursuivi. Dans ce cas, la technique juridique idoine est la fondation, affectation d'un ensemble de biens à un intérêt général, qui devrait être employée : la requalification pourrait alors être encourue, avec des conséquences juridiques qu'il s'agirait de mesurer.

Au-delà de ce problème au stade de sa constitution, c'est surtout à l'échéance de la fiducie – laquelle ne peut être créée que pour 99 ans au maximum à quoi il convient d'ajouter que l'article 2029 prévoit que « *le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique* » – que la difficulté liée à une définition trop large des bénéficiaires se posera. Il faudra en effet à l'échéance procéder à la transmission du patrimoine fiduciaire aux différents bénéficiaires. Si ceux-ci forment un cercle très large, cette transmission sera en pratique ingérable.

Pour contourner la difficulté, il faudrait soit :

- permettre la constitution d'une fiducie pour une durée indéfinie, mais cela nécessiterait une réforme législative. Or l'affectation perpétuelle peut actuellement être réalisée dans le cadre d'une fondation.
- insérer une stipulation dans le contrat de fiducie prévoyant une hiérarchie entre ses bénéficiaires<sup>332</sup>. L'idée serait de prévoir à son échéance l'attribution du patrimoine fiduciaire à l'un des bénéficiaires, éventuellement à charge pour lui de les apporter à son tour à une nouvelle fiducie. Autrement dit, il s'agirait de calquer le mécanisme des substitutions fidéicommissaires<sup>333</sup> en dehors d'un contexte successoral. Techniquement, l'idée de transmission d'un patrimoine à une échéance donnée (soit indéterminée dans le cadre d'une succession, soit déterminée dans le cadre d'une fiducie) autorise le rapprochement. De surcroît, on pourrait soutenir que les restrictions apportées par le Code civil n'ont pas lieu de s'appliquer ici puisqu'elles sont principalement le legs des ordonnances de d'Aguesseau, nées dans un contexte politique et sociologique qui n'a aucune pertinence dans le cadre d'une fiducie. Il n'en demeure pas moins qu'une telle opération conduirait à distinguer deux catégories de bénéficiaires, le bénéficiaire final de la fiducie, dont le droit se cristallise à l'échéance de la fiducie et les autres bénéficiaires dont le droit s'exerce au contraire au cours de la fiducie, ce qu'il conviendrait d'aménager de manière précise. En l'état, les textes ne paraissent pas interdire d'opérer une telle distinction.

À tout le moins, des propositions de réformes s'inscrivent dans ces directions qui consisteraient à supprimer la durée maximale de 99 ans de la fiducie, à permettre son utilisation dans le cadre d'une

---

<sup>332</sup> Sur l'idée qu'une telle hiérarchie, dans le silence de la loi, est parfaitement possible : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 2008 n° 260.

<sup>333</sup> Rebaptisées libéralités graduelles et sur lesquelles, cf. C. civ., art. 1048 s.

libéralité et à ouvrir plus largement la qualité de fiduciaire à des organismes autres que les seuls avocats et établissements financiers et d'assurance<sup>334</sup>

## 2. Les potentialités de la fiducie à fonder un commun

Est-ce à dire que, ainsi réformée, la fiducie pourrait véritablement fonder un commun ? Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'envisager les diverses acceptions du terme.

**Approche essentialiste/naturaliste.** La réponse est négative si l'on se fonde sur l'approche essentialiste des communs : la fiducie n'y participe en aucune manière. N'importe quel bien peut faire l'objet d'une fiducie : bien corporel, incorporel, informationnel...

La seule véritable interrogation à ce titre est celle de savoir si un bien qui, selon une approche naturaliste, est un bien commun (l'air, l'eau), pourrait faire l'objet d'une fiducie. L'idée serait alors que la fiducie offrirait une technique de gestion de la ressource commune mieux organisée que celle qui se cantonne souvent à une sanction plus ou moins sévère et plus ou moins efficacement mise en œuvre par la puissance publique des atteintes qui lui sont portées.

Cette piste doit toutefois sans doute être abandonnée, car la technique fiduciaire repose sur une appropriation privée originaire : le constituant est le propriétaire de la chose apportée en fiducie. Certes, les droits sont concernés, mais on ne conçoit guère qu'un simple droit d'usage ou d'accès à la ressource commune, qui n'est pas clairement patrimonial faute de saisissabilité, puisse être apporté en fiducie. Même lorsque la communauté dont dépend la chose commune est suffisamment fermée pour qu'il soit concevable que chacun de ses membres apporte son droit à la fiducie, l'apport suppose la libre disposition du droit d'usage : or un tel prérequis n'est pas constitué à propos de l'usage d'une chose commune.

**Approche politique/critique.** La fiducie présente des liens apparemment plus forts avec la deuxième approche, politique et critique, du moins si l'on s'en tient à une première dimension qui insiste sur le mécanisme de mise en commun (« *commoning* ») d'un bien qui aurait pourtant vocation à tomber sous l'empire d'une appropriation exclusive. La fiducie peut tout à fait servir une telle cause.

Néanmoins, la fiducie demeure très éloignée de l'idée, également développée par les partisans de cette approche, selon laquelle la construction d'une gestion collective du bien s'opérerait de manière spontanée, comme le fruit d'une expérience collective et comme système alternatif à la manière dont l'État et la puissance publique en général incarnent aujourd'hui l'intérêt collectif à travers leurs institutions. Le projet est ici la reconstruction d'une démocratie de proximité avec, en soubassement, une méfiance vis-à-vis des pouvoirs institués.

En tant que technique participant de la superstructure juridique propre à un État, la fiducie ne se place par définition pas hors du système juridique/étatique pour le réinventer. Elle y participe au contraire à titre de technique offerte par celui-ci. En ce sens, elle ne saurait participer de cette approche politique/critique des communs.

Au-delà, la finalité commune assignée aux biens objets de la fiducie est entièrement déterminée par le constituant – qui est originellement un propriétaire exclusif –, lequel est également libre de fixer les modalités d'accès au bien et les pouvoirs de gestion du fiduciaire. Il n'y a donc pas grand-chose de collectif dans l'institution d'une communauté et de ses droits sur la chose fiduciée : on y trouve au contraire la décision unilatérale souveraine du constituant, prise en vertu même de l'exclusivisme attaché à la propriété.

**Approche organisationnelle / institutionnelle.** La fiducie ne s'intègre pas plus à une approche organisationnelle des communs. À grands traits, l'idée serait que la chose deviendrait commune lorsque le mode de gestion auquel elle est soumise fait une place à la décision collective. Certes, la fiducie peut

---

<sup>334</sup> Pour une formalisation de ces propositions, cf. Annexe 1, 11. Propositions de réformes relatives à la fiducie.

servir de cadre à la mise en place d'un système de décisions collectives et donc permettre par ce biais l'accès des biens fiduciaires à la qualification de biens communs. Néanmoins, il n'est pas sûr qu'elle puisse être organisée de telle sorte qu'elle permette de générer un *corpus* normatif évolutif présidant aux questions fondamentales d'accès, d'usage, de gestion et de conservation de la chose fiduciaire. La question sera développée *infra*, à propos de la place de la fiducie dans l'échelle de communalité.

**Approche téléologique / fonctionnelle.** En définitive, la fiducie peut davantage se réclamer de la quatrième approche des communs, fonctionnelle. La fiducie gestion peut en effet être utilisée afin d'ouvrir l'accès d'une chose, originellement soumise au statut de la propriété privée, à une collectivité constituée par la détermination des bénéficiaires de la fiducie. Elle pourrait fixer des modalités de gestion dans ce cadre, même si, pour l'heure, la mise en place d'un système de gestion participative n'est pas habituelle. Elle pourrait également permettre une protection de la chose fiduciaire via les actions reconnues à ses bénéficiaires (*infra*).

C'est donc à cette approche fonctionnelle des communs que la fiducie correspond sans aucun doute le mieux.

### **§3. Description synthétique du régime juridique actuel attaché à la fiducie et argumentaire au soutien des propositions de réformes**

Ce cadre étant fixé, il convient de se demander comment le recours à la technique fiduciaire pourrait permettre de définir les modalités d'accès et d'usage de la chose fiduciaire à une communauté de bénéficiaires, dans un intérêt commun, mais aussi de fixer tant les principes qui gouverneront sa gestion (gouvernance) que les obligations qui pèseront tant sur ses gestionnaires que sur ses utilisateurs<sup>335</sup>. Pour y répondre, il convient néanmoins de poser la question liminaire de la place que conserve le droit de propriété de l'article 544 du Code civil dans le jeu de cette institution.

#### **1. La place de la propriété**

Cette question est la plus facile à résoudre, car c'est la mieux balisée en doctrine même si, au plan théorique, deux conceptions s'affrontent dans la compréhension de l'institution.

Pour quelques rares auteurs<sup>336</sup>, l'opération fiduciaire ne provoquerait aucun transfert de propriété, le constituant restant propriétaire des biens fiduciaires, le fiduciaire n'ayant qu'un pouvoir de gestion dont le modèle est la représentation. S'il est vrai qu'un certain nombre de règles issues du régime de la fiducie accèdent cette manière de voir, l'opération y perdrait néanmoins toute originalité, ce qui explique que la doctrine, dans sa presque totalité, voit dans la fiducie un transfert de propriété. Mais hors de ce point d'accord, les lectures de l'institution sont divergentes.

Pour une majorité d'auteurs<sup>337</sup>, la fiducie serait l'archétype de la propriété affectée, laquelle s'inscrirait en marge de l'article 544 qui permet au contraire au propriétaire, à travers l'*abusus*, de disposer de la chose comme il l'entend et donc de la détruire si bon lui semble. L'affectation des biens fiduciaires à une finalité particulière impliquera tout au contraire leur conservation, du moins dans une très forte majorité des cas (on pourrait en effet imaginer que, dans certaines hypothèses, la réalisation de l'affectation passe par la consommation des biens fiduciaires, ainsi d'un capital).

---

<sup>335</sup> V. *Infra*, Annexe 1, n°11, Propositions de réformes relatives à la fiducie.

<sup>336</sup> Principalement R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois* 2007, p. 1094 s. et « Une fiducie française inutile et incertaine » in *Mél. Ph. Malaurie*, *Deffrénois* 2005 p. 303 s.

<sup>337</sup> Par ex., F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, op. cit. n°255 s. – C. BERGER-TARARE, Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations, *LGDJ* 2015 n°189 s. – R. IBARRA GARZA, La protection du patrimoine fiduciaire-Trust fund (étude comparée : droit français-droit anglais), *LGDJ* 2014 n°412 s.

Nombreux sont les auteurs<sup>338</sup> à se référer, pour rendre compte de la spécificité de la propriété affectée, au modèle qui a servi à la bâtir, c'est-à-dire au *trust*. La propriété du fiduciaire renverrait à celle d'un *trustee* (*legal ownership* ou propriété selon le *common law*) tandis que le bénéficiaire aurait celle du *beneficiary* (ou du *cestuy que trust*), autrement dit l'*equitable ownership*. Puisque cette distinction des appropriations ne peut néanmoins s'expliquer qu'à travers le particularisme de l'histoire juridictionnelle anglaise, sa transplantation en droit français suppose de mobiliser d'autres distinctions, soit la technique du démembrement pour certains auteurs, soit, pour d'autres, le renvoi à la division féodale entre le domaine éminent (équivalent du *legal ownership*) et domaine utile (équivalent de l'*equitable ownership*).

La nature particulière de la propriété affectée, comme modèle alternatif à la propriété du Code civil, se révélerait également par son caractère temporaire – la fiducie ne peut durer plus de 99 ans (C. civ., art. 2018 2°) alors que la perpétuité (qui induit au plan technique l'absence de prescription extinctive du droit : art. 2227) est de l'essence de la propriété classique.

On peut néanmoins concevoir autrement l'institution et en proposer une explication complète et cohérente à travers deux instruments, le contrat et le patrimoine<sup>339</sup>. Dans cette optique, le fiduciaire est titulaire d'un droit de propriété sur la chose (à condition évidemment que ce soit un tel droit qui lui ait été transmis par le constituant, étant rappelé qu'il peut s'agir de n'importe quel autre droit, de nature réelle ou personnelle, la loi ne distinguant pas) qui ne présente aucune différence vis-à-vis de celui organisé par le Code civil à l'article 544. La limitation de son droit provient du contrat de fiducie qui crée à sa charge des obligations restreignant ses pouvoirs sur la chose et dont le créancier est soit le constituant, soit le bénéficiaire désigné, le contrat de fiducie s'analysant alors sur le modèle de la stipulation pour autrui, mécanisme par lequel le tiers bénéficiaire acquiert dès cet instant un droit de créance à l'encontre du promettant, ici le fiduciaire<sup>340</sup>.

Pour le reste, c'est l'idée de patrimoine fiduciaire qui donne la clé des mécanismes fiduciaires. La propriété fiduciaire n'est pas une propriété temporaire, ce dont témoigne le fait que le fiduciaire peut, sauf à ce que le contrat de fiducie le lui interdise, céder les biens fiduciaires à un tiers, celui-ci acquérant alors une propriété qui est exactement celle du Code civil : ni finalisée, ni temporaire. Si la propriété du fiduciaire était une propriété spécifique, la règle *nemo plus juris* s'opposerait à un tel résultat. En réalité, la propriété fiduciaire est perpétuelle : elle ne prend pas fin à l'arrivée du terme de la fiducie, lequel provoque simplement la transmission du patrimoine fiduciaire qui se fond alors avec celui du bénéficiaire. De la même manière qu'en cas de décès le patrimoine est transmis aux ayants cause du défunt, la fin de la fiducie opère transmission universelle du patrimoine fiduciaire aux bénéficiaires.

Le choix de l'une ou l'autre de ces modélisations possibles de la fiducie conditionne largement les réponses aux difficultés suivantes, à savoir la question de l'usage et de l'accès qu'il faut reconnaître aux bénéficiaires sur les biens fiduciaires, et celui de leur participation à leur gestion.

## 2. L'usage et l'accès d'un cercle de bénéficiaires

Une fois ce préalable fixé, la question qu'il convient de résoudre ici est triple. Il s'agit de déterminer :

- à quel titre des tiers bénéficiaires pourraient prétendre à l'accès ou à l'usage des biens fiduciaires<sup>341</sup>,
- s'ils pourraient librement disposer de leur qualité de bénéficiaire de la fiducie, car une telle liberté rend largement incontrôlables le cercle des bénéficiaires de l'accès à la chose,
- la manière dont ils pourraient agir afin de préserver les biens fiduciaires et, au-delà, contrôler le respect par le fiduciaire des obligations mises à sa charge.

<sup>338</sup> Par ex. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexion sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991 p. 897 s. et p. 961 et s.

<sup>339</sup> En faveur de cette analyse notamment, W. DROSS, *Les choses*, LGDJ, 2012 n° 110 s.

<sup>340</sup> Cf. C. civ., art. 1205 s.

<sup>341</sup> On rappellera que cette distinction entre usage et accès trouve un écho particulier en matière de biens intellectuel, l'accès au bien (écouter une œuvre musicale) ne se confondant pas avec son usage, ici alors conçu dans une perspective davantage mercantile que personnelle.

On tiendra en revanche pour réglée la question préalable de la détermination des personnes pouvant avoir accès à la chose, en dépit des difficultés qu'elle peut susciter (*supra*) : ce sont toutes celles désignées comme bénéficiaires de la fiducie, par un acte préalable de propriétaire.

La réponse à ces trois questions dépend de la modélisation théorique de l'institution, selon qu'on y voit un partage de prérogatives réelles entre fiduciaires ou bénéficiaire ou au contraire un fiduciaire plein propriétaire tenu par les termes d'un contrat.

## 2.1. Un partage de prérogatives réelles entre fiduciaires ou bénéficiaire

Sans même parler de la distinction entre *equitable* et *legal ownership*, on peut écarter la division des propriétés utile et éminente. S'agissant de proposer un régime et non pas seulement un modèle historico-théorique, la condamnation en 1789 du régime des biens de l'ancien droit et l'adoption avec le Code civil du modèle de la propriété romaine ont éliminé cette figure du droit positif, si bien que l'on serait en peine d'y découvrir son régime.

Il semble plus fructueux de recourir à la technique du démembrement. Il est difficile de faire rentrer l'institution dans les démembrements connus (on a souligné qu'il était difficile de reconnaître au fiduciaire un droit d'usufruit sur les biens fiduciaires, ce qui serait une sorte d'équivalent continental à la propriété économique de l'*equitable ownership*, dans la mesure où le fiduciaire, s'il a droit à la rémunération de sa gestion, ne peut en principe prétendre conserver les fruits de la chose qui tombent dans le patrimoine fiduciaire<sup>342</sup>). Mais la difficulté a changé de visage depuis que la Cour de cassation a très clairement consacré la possibilité pour les parties de créer librement (sous la seule réserve de l'ordre public des biens cependant) des droits réels de jouissance spéciale<sup>343</sup>. On pourrait donc analyser les droits des bénéficiaires sur ce patron : ceux-ci seraient titulaires, sur les biens fiduciaires, d'un droit réel d'usage spécial, et c'est au titre de ce droit qu'ils pourraient y avoir accès.

Si l'on pousse le modèle un peu plus loin, dès l'instant qu'une utilisation de la fiducie dans une logique de « communs » suppose une pluralité plus ou moins considérable de bénéficiaires, il faudrait conclure à l'institution d'une pluralité de droits réels. Cette figure ne paraît cependant possible qu'à condition que ces droits réels de jouissance spéciale soient de nature différente. Lorsqu'ils sont de même nature, le modèle adéquat est celui de l'indivision du droit réel démembré lui-même. En d'autres termes, dans cette optique, la fiducie instaurerait un démembrement de propriété, le droit réel de jouissance spécial étant ici en indivision entre une pluralité de titulaires déterminés, les bénéficiaires de la fiducie.

On répond ainsi aux trois questions posées : c'est comme titulaires de ce droit réel qu'ils peuvent prétendre jouir – dans les limites prévues par le titre constitutif – des biens fiduciaires. Au-delà, ils sont libres de disposer de leur droit et, lorsque le fiduciaire n'en respecte pas la nature, d'agir à ce titre contre lui, au besoin au titre d'une action confessoire si ce dernier leur dénie la qualité de bénéficiaire de la fiducie. Ils peuvent encore, au nom de l'opposabilité *erga omnes* de leur droit réel, en imposer le respect à tous.

L'analyse soulève néanmoins quelques difficultés quant à la disposition du droit par le bénéficiaire.

Dans les textes consacrés à la fiducie, aucune disposition ne régit la question. Rien ne devrait donc interdire ce droit de disposition, ce qui rejoint d'ailleurs le principe voulant que l'on puisse disposer librement d'un droit futur, ici affecté du terme suspensif constitué par l'échéance de la fiducie. La reconnaissance de prérogatives actuelles d'usage sur le bien fiduciaire conforte ce pouvoir. En cas de décès, ce droit devrait se transmettre également aux héritiers, ce qui présente sans doute un inconvénient. En

<sup>342</sup> P. PUIG, « La fiducie et les contrats nommés », *Dr. et patr.*, juin 2008, p. 68 s.

<sup>343</sup> Arrêt Maison de Poésie, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 31 oct. 2012 : n°11-16304 ; Bull.

effet, la communauté autour de laquelle peut s'agréger un intérêt commun s'opère généralement en raison de qualités *intuitu personae* dont il est tout à fait possible que le défunt les ait remplies, mais non ses héritiers.

Au-delà, il n'est pas sûr que cette façon de voir les choses soit réellement en phase avec l'essence même de la communauté qui, précisément, privilégie l'accès et la préservation de la ressource à sa patrimonialisation. Pour y rester fidèle, il faudrait parvenir à supprimer tout droit de disposition. Est-ce techniquement envisageable ?

Entre-vif, il faudrait imposer une clause d'inaliénabilité, car le droit de l'indivision n'interdit pas à l'indivisaire de disposer de sa quote-part dans les biens indivis, sous réserve il est vrai du droit de préemption reconnu à ses coindivisaires. De telles clauses ne sont néanmoins valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt légitime<sup>344</sup>. Ces deux conditions pourraient être remplies assez aisément, la durée de l'inaliénabilité étant de toute façon calquée sur celle de la fiducie et l'intérêt légitime s'évinçant de la volonté d'instituer un commun afin de protéger un intérêt identifié. Il faut également qu'elles soient opposables au bénéficiaire. Cela supposerait qu'il l'accepte, au moins tacitement.

À cause de mort, il conviendrait de prévoir que le droit ne fait pas partie de la succession. Cela ne devrait pas présenter de difficulté particulière, car il suffit de se référer au modèle de l'usufruit, droit réel viager qui s'éteint à la mort de l'usufruitier. Le modèle est trop connu pour que sa transposition ici puisse poser difficulté. On peut donc assez facilement, semble-t-il, amputer ce droit réel de jouissance spéciale de la circulation et de la transmissibilité accompagnant ordinairement les droits réels.

Quant à la manière d'employer ce droit pour préserver les biens fiduciaires et s'assurer du maintien de l'affectation, le problème se dénoue de lui-même. L'affectation des biens fiduciaires ne se contente plus dans un tel schéma d'être une simple finalité imposée au fiduciaire dont il faudrait s'assurer qu'il la respecte, elle s'incarne de manière précise dans la définition des prérogatives attachées au droit réel de jouissance spécial. Dès lors, il suffira d'invoquer la titularité de ce droit, soit à l'encontre du fiduciaire, soit même à l'encontre de n'importe quel tiers pour en obtenir la protection, celle-ci n'étant pas conçue différemment dans un cas comme dans l'autre. Dans tous les cas ou des droits réels concurrents s'exercent sur un même bien, aucun de ses titulaires ne peut rien faire qui compromette le droit de l'autre.

La difficulté pratique non négligeable de cette approche tient là encore à l'état d'indivision dans laquelle se trouve ce droit. Cela implique que le bénéficiaire ne pourrait agir seul pour la défense du droit qu'à condition que son action en justice puisse être comptée au rang des actes juridiques conservatoires. À défaut, il lui faudrait l'accord des autres bénéficiaires, ce qui pourrait constituer une entrave importante à la protection des intérêts communs.

On observera encore qu'en principe, dans cette approche, lorsque la violation du contrat de fiducie repose sur la cession du bien fiduciaire à un tiers, l'opposabilité du droit réel reconnu aux bénéficiaires du contrat leur permet de continuer à s'en prévaloir envers le cessionnaire. S'il est vrai qu'une telle opposabilité n'est effective en matière immobilière qu'à condition qu'il ait été publié au Service de la publicité foncière, on notera que l'article 2019 prévoit – pour des raisons d'enregistrement indépendantes de cette problématique – que le contrat de fiducie fait obligatoirement l'objet d'une telle publicité à peine non d'inopposabilité, mais de nullité.

## 2.2. Un fiduciaire plein propriétaire tenu par les termes d'un contrat

L'analyse conduit à des résultats peu différents si on n'envisage pas la fiducie sur le modèle du démembrement, ni comme une propriété affectée, mais plus exactement comme un contrat imposant au propriétaire fiduciaire des obligations personnelles tendant à la conservation, la gestion finalisée du bien et l'ouverture de son accès à tel ou tel groupe de personne. C'est sur le mécanisme de la stipulation pour

---

<sup>344</sup> Arg. C. civ., art. 900-1.



autrui que la technique fiduciaire repose alors. On rappellera que l'article 1205, alinéa 2, du Code civil dispose que « l'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire » et que le texte suivant porte que « le bénéficiaire est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation ». On observera que la faculté de révocation du bénéfice de la stipulation, prévue à l'alinéa suivant, se retrouve en matière de fiducie à l'article 2028.

On peut dès lors considérer que les bénéficiaires peuvent céder leur droit, la cession des droits futurs étant par principe autorisée. Mais rien n'interdit de préciser dans le contrat de fiducie que la désignation des bénéficiaires s'opère *intuitu personnae* si bien que le droit qu'il tire du contrat est incessible. Un tel résultat peut être atteint de manière beaucoup plus sûre que si l'on raisonne sur le modèle d'un droit réel de jouissance spéciale.

L'intérêt des bénéficiaires est garanti par la possibilité d'agir qu'ils tirent de leur qualité de créancier. Au-delà, il faut souligner que le constituant a également un rôle actif à jouer. Comme dans n'importe quelle stipulation pour autrui, sa qualité de créancier lui permet d'exiger du fiduciaire le respect du contrat, à peine de déchéance précise l'article 2027 du Code civil, qui ouvre cette faculté de remplacement aux bénéficiaires :

« En l'absence de stipulations contractuelles prévoyant les conditions de son remplacement, si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire originaire et transfert du patrimoine fiduciaire en faveur de son remplaçant. »

Le constituant peut également garantir le respect des finalités assignées au fiduciaire en désignant un tiers chargé de contrôler son action, ainsi que le précise l'article 2017 :

« Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant.  
Lorsque le constituant est une personne physique, il ne peut renoncer à cette faculté. »

### **3. La gouvernance par une communauté de bénéficiaires**

La question est de savoir si et comment la fiducie pourrait être aménagée de telle manière qu'elle mette en place des mécanismes de gestion impliquant la communauté de ceux à qui l'usage de la chose fiduciaire est offert.

Les textes organisant le régime de la fiducie n'envisagent pas la question, l'idée étant que le fiduciaire est seul maître de gérer les biens – puisque précisément il tire ce pouvoir de sa qualité de propriétaire qui l'investit des prérogatives découlant de l'article 544 du Code civil – mais qu'il demeure contractuellement responsable du parfait respect du contrat de fiducie. Il s'agit donc d'un modèle pensé sur une gouvernance exclusive, mais dont la souplesse permet de passer à une gouvernance ouverte, puisqu'il suffit de prévoir dans le contrat de fiducie des modalités de gestion communautaires du bien indivis. Le principe de liberté contractuelle l'autorise en effet pleinement.

On pourrait ainsi envisager d'associer l'ensemble des bénéficiaires à la prise de décision, selon des modalités qu'il conviendrait de préciser. La fiducie se rapprocherait sans doute alors dangereusement des

personnes morales. N'est-ce pas d'ailleurs le passage d'une prise de décision fondée sur l'unanimité à un principe de majorité qualifiée qui a incliné certains auteurs à soutenir la thèse de la personnification de l'indivision en droit français ?<sup>345</sup>. La requalification sous forme de fondation serait alors un risque à envisager.

En définitive, il semble que la lecture de l'institution technique qu'est la fiducie au prisme d'une logique communautaire ne se fasse pas sans difficulté, dont la principale est la détermination précise et la maîtrise du cercle de ses bénéficiaires. Si la définition du périmètre de la communauté ne peut être déterminée avec suffisamment de précision, c'est la personnalité morale qui paraît alors davantage propre à accueillir l'affectation d'un ensemble de biens à un but d'intérêt général, l'avantage de cette technique étant de surcroît de permettre, au travers des organes de la personne morale, une gestion collective des biens affectés.

#### 4. Les obligations des gestionnaires et bénéficiaires

Les obligations découlant du contrat de fiducie s'inscrivent naturellement dans les propos précédents. Si on estime qu'il existe une distribution de prérogatives réelles entre le fiduciaire et les bénéficiaires par recours à la technique du démembrement, les charges assortissant l'usage de la chose (usage ici constitué en droit réel) devraient peser sur le bénéficiaire, à l'exclusion du fiduciaire. Néanmoins, la question n'est qu'assez mal résolue par le Code civil. Elle ne l'est guère que dans le cadre de l'usufruit et encore, selon une distinction (grosses réparations / réparations d'entretien) qui a toujours posé des problèmes d'interprétation. C'est donc à la convention institutrice de la fiducie qu'il conviendrait de résoudre la difficulté liée aux coûts d'entretien et de gestion du bien<sup>346</sup>. On remarquera à ce propos que la jurisprudence admet que la stipulation pour autrui n'est pas exclusive de la mise à la charge du bénéficiaire d'une obligation assortissant le droit créé à son profit, puisqu'il demeure libre de ne pas accepter le bénéfice de la stipulation.

Si l'on s'en tient à une analyse de la fiducie dans laquelle le fiduciaire est seul propriétaire du bien, la limitation de ses pouvoirs de gestion ne découlant que du contrat conclu avec le constituant, il paraît difficile, au regard de l'effet relatif des contrats (C. civ., art. 1199), de considérer que les bénéficiaires de la fiducie puissent être contraints, d'une manière ou d'une autre, d'assumer les charges liées à son entretien, sauf accord particulier entre le fiduciaire et l'usager.

---

<sup>345</sup> F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-elle ? », *Mél. Goubeaux*, Dalloz-Litec 2009 p. 589 s. spéc. p. 595.

<sup>346</sup> V. en matière de servitude cet appel à la convention pour régler la question des coûts d'entretien : C. civ., art. 698.

## Section 4.2. L'utilisation de la fiducie pour la protection de l'environnement : une illustration de l'utilisation de la fiducie dans un intérêt commun ?<sup>347</sup>

La fiducie est un instrument contractuel souple (en dépit d'un niveau de formalisme élevé) qui peut permettre de gérer les biens fiduciaires dans un intérêt commun<sup>348</sup>. Pour autant, il demeure relativement délaissé, cela en raison non seulement d'un manque de connaissance du dispositif, mais encore de considérations d'ordre sociologique, un certain attachement à la propriété dissuadant les propriétaires de se défaire de leurs biens entre les mains d'un fiduciaire sauf impérieuse nécessité. La possibilité pour le constituant ou ses enfants d'être bénéficiaire final de la fiducie peut néanmoins prévenir cette réticence. À ces raisons s'ajoute le fait que la constitution d'une fiducie est coûteuse et que l'opération s'inscrit dans le temps long, rendant la technique inenvisageable pour des projets de faible envergure. Il reste que l'utilisation de la fiducie pour la protection de l'environnement mérite d'être étudiée (1), notamment en ce qu'elle éclaire le lien entre fiducie environnementale et communs (2). L'utilisation de la fiducie pour la mise en œuvre de mesures compensatoires fait cependant naître des difficultés spécifiques.

### §1. La fiducie et l'environnement

Au-delà de cas exotiques, la fiducie environnementale renvoie à deux types d'opérations : dépollution et compensation environnementale.

#### 1. La dépollution

Les anciens exploitants d'installations classées ont une obligation légale de remise en état indépendante de toute question de propriété. En cas de pluralité d'exploitants, c'est le dernier d'entre eux qui supporte le poids de cette obligation. La dépollution est très coûteuse et il est fréquent que l'entreprise n'ait plus la santé financière pour assumer le coût d'une obligation qui n'est ni transmissible ni déléguable (tout au plus peut-on transférer la charge financière de l'obligation, mais non la responsabilité de sa mise en œuvre).

La Loi ALUR de 2014 a heureusement permis qu'un tiers intéressé prenne contractuellement à sa charge la dépollution pesant sur l'ancien exploitant avec l'autorisation de la Préfecture.

Cette législation permet à certains cabinets d'avocats d'être investis de la propriété fiduciaire de terrains pollués afin de prendre en charge l'obligation légale de dépollution. Le terrain pollué est certes un passif, mais il est possible de transférer un passif dans un cadre fiduciaire, dès lors que l'on transfère dans le même temps un actif affecté au service de la dette (ce que les Anglo-saxons appellent *defeasance*).

L'avocat a pour mission de purger la responsabilité juridique du constituant, de négocier éventuellement avec la préfecture et de missionner les personnes chargées de mettre matériellement en œuvre la dépollution. L'intervention du fiduciaire a vocation à être temporaire, l'objectif étant pour lui de transmettre le terrain à un bénéficiaire, en pratique un aménageur – public ou privé –, qui obtiendra une propriété purgée de tout risque juridique et financier.

En pratique, cette opération demeure rare (le cabinet Soleilhac a 3 projets de ce type en cours avec des délais de réalisation d'environ de 5 ans) en raison des risques élevés qu'elle engendre, notamment pour le fiduciaire qui est personnellement responsable de la bonne fin de l'opération.

Cette utilisation de la fiducie est *a priori* un peu loin de la logique des « communs », encore qu'il soit possible de comprendre les conséquences négatives de l'activité humaine comme des communs. On pourrait en ce sens faire tomber les actifs pollués dans la catégorie de communs conçus comme des « biens négatifs ». En outre, la dépollution contribue à restaurer l'actif et ce résultat, même s'il profite à certains intérêts particuliers, profite aussi à la communauté. Certes, ce n'est pas la communauté qui gère

<sup>347</sup> Rédacteur : Thibault SOLEILHAC ((intervenant invité)

<sup>348</sup> Cf. Section 4.1 ci-dessus.

la dépollution, mais le fiduciaire ; cependant, la communauté des bénéficiaires pourrait imposer au fiduciaire de respecter les objectifs visés au contrat de fiducie, sous peine de révocation.

## 2. La compensation environnementale

La fiducie environnementale s'utilise de plus en plus fréquemment pour la compensation environnementale depuis la Loi « Biodiversité » de 2016. Selon cette loi, tout aménageur doit faire réaliser une étude d'impact et est soumis à une obligation de compensation selon le type de milieu altéré et l'importance de l'altération. Les entreprises délèguent contractuellement la mise en œuvre de cette obligation de compensation qu'elles ne savent pas mener à bien à un opérateur de compensation.

La compensation implique des mesures de restauration de la biodiversité pendant une durée qui n'est pas fixée légalement. Selon la pratique administrative, les mesures de compensation s'étalent sur environ 20 ou 30 ans, même si on rencontre parfois des durées plus longues (60 ans). Si ces durées sont jugées trop courtes par certains scientifiques et environnementalistes, on peut constater qu'en quelques décennies, il n'y a souvent plus de traces de la plupart des dommages environnementaux causés par les opérations d'aménagement. Par suite, l'échéance de la fiducie à 99 ans n'est pas un obstacle majeur pour ce cas.

Le fiduciaire obtient des propriétés foncières et une enveloppe de compensation (argent) qui sert à financer le programme de compensation. Ce mécanisme présente un avantage important pour l'administration qui a la garantie que le porteur de projet n'achète pas les terrains dans un autre but que la compensation (par ex. construction de parkings, beaucoup plus rentables que des prés à vaches).

La mission de fiduciaire est de dépenser l'enveloppe de compensation procurée par le porteur de projet sur les 20 ou 30 ans de l'opération et de s'assurer que les zones bénéficient du programme de restauration environnementale sur le long terme.

La loi qui a systématisé cette obligation de compensation est récente. Si l'on ajoute que pour obtenir une autorisation administrative, il faut environ une année et demie, les demandes demeurent pour l'heure peu nombreuses, mais sont en croissance. L'une des difficultés que l'on observe d'ores et déjà concerne la taille du projet : il faut parfois de très grandes surfaces de compensation, or on ne trouve pas facilement 60 hectares de terrain pour les mener à bien.

## §2. Les liens de la fiducie environnementale et de la communalité

### 1. Le rapport entre propriété initiale et communauté

Dans le modèle de la fiducie, la propriété initiale est transférée au fiduciaire au profit de bénéficiaires finaux, mais on peut dire que dans le contexte de la fiducie environnementale, le fiduciaire crée des biens qui ont une utilité environnementale et donc une utilité commune.

Il peut en effet créer des **services écosystémiques** : les travaux de restauration environnementale permettent la création de services écosystémiques dont on peut donner deux exemples :

- Il est possible de réserver des terrains pour éviter l'aggravation des inondations. La lutte contre l'inondation par la restauration des terrains qui sont naturellement des terrains d'expansion de crues produit un service écosystémique : la lutte contre les dégâts environnementaux causés par les crues.
- On peut également réimplanter des pollinisateurs : il faut savoir qu'aujourd'hui, les arboriculteurs louent des ruches et que cela constitue la principale ressource des apiculteurs, devant la production de miel.

Dans ces exemples, le bien « service écosystémique » est créé par le fiduciaire. Ce bien écologique bénéficie à une communauté qui n'est pas nécessairement identifiée : il peut par exemple présenter une

utilité pour la communauté des habitants d'un quartier, si les terrains restaurés accroissent la valeur et l'aménité dudit quartier.

Le fiduciaire peut également créer des **unités de compensation** : un aménageur peut s'acquitter de son obligation de compensation par l'acquisition d'unités de compensation, procédé qui est souvent jugé plus simple à la mise en œuvre d'une compensation environnementale, supposant des travaux de longue durée.

Les unités de compensation sont une déclinaison des quotas d'émission de gaz à effet serre au plan de la biodiversité. Ces unités sont allouées par l'État aux propriétaires de terrains qui établissent que, pendant une durée suffisamment longue, ils ont mené un programme de restauration de la biodiversité. Ces unités peuvent être vendues à qui, en portant un projet, a besoin d'éteindre une obligation de compensation. Le fiduciaire crée ainsi des unités de compensation *ab initio*.

La mission du fiduciaire peut, dans ces deux exemples, générer un bien ayant une utilité commune.

## 2. L'accès au bien par une communauté

Quant à l'ouverture d'un accès aux biens fiduciaires, tout dépend du contrat fiduciaire, mais il n'y a aucun obstacle à ce que le contrat prévoit un large accès d'une communauté à la ressource gérée par le fiduciaire. Dans certains contrats fiduciaires de compensation, l'accès d'une communauté est d'ailleurs prévu, ce qui s'inscrit dans la logique de la finalité poursuivie : quand on recrée des espaces naturels, le but n'est pas de les mettre « sous cloche ».

En revanche, on peut déplorer l'absence de maîtrise, par la communauté, de son accès aux biens : le fiduciaire est souverain pour restreindre ou supprimer cet accès.

## 3. La durée

En général, la mise en œuvre d'une fiducie environnementale implique l'empilement de deux contrats de fiducie :

- Le contrat de fiducie destiné à obtenir la ressource foncière : conclu avec le propriétaire d'un espace naturel, il prévoit la mise en œuvre de mesures de compensation qui lui permettront, au moment de la restitution, d'obtenir un bien en meilleur état écologique.
- Le contrat de fiducie signé avec le porteur de projet, qui va financer la compensation.

Or on peut fort bien imaginer qu'un terrain donné puisse servir à mettre en œuvre les mesures de compensation requises au titre de différents projets. Ainsi, on peut mener sur le même terrain une première mesure de compensation, liée par exemple à la prévention des inondations ; puis une seconde visant à recréer un service de pollinisation, cela en compensation d'un deuxième projet. Le propriétaire du foncier a tout intérêt à ce que ses biens restent affectés à la compensation puisque la rémunération équivaut à 4 ou 5 fois un fermage. De plus, ces terrains-là ayant toujours une utilité pour des programmes de compensation à venir, ils ont vocation à demeurer dans le patrimoine fiduciaire. Le but n'est pas que la fiducie soit un outil temporaire, 30 ans par exemple, mais bien que ces espaces deviennent des « réserves à compensation », avec les services écosystémiques qui les accompagnent.

### §3. Les difficultés spécifiques relatives à la compensation

#### 1. La durée de la mesure de compensation

L'article L. 163-1 du Code de l'environnement dispose que les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité doivent « être effectives pendant toute la durée des atteintes ». Néanmoins la pratique

administrative<sup>349</sup> fixe leur durée à 30 ans pour des motifs économiques : un programme de compensation est un surcoût de 8 à 12% pour un projet si l'on s'en tient à une durée de 30 ans. La durée la plus longue observée est de 60 ans, dans un cas « exceptionnel » (LGV du sud-ouest).

## 2. L'activité de compensation dans la pratique

Dans le cas de LGV du sud-ouest par exemple, l'activité de restauration prévoit de ré-naturer ou restaurer des terrains, pour s'assurer qu'ils serviront d'habitat privilégié à des espèces dont la population a été endommagée. Dans la pratique, la difficulté majeure tient à l'acclimatation des animaux, dont la réimplantation nécessite plusieurs tentatives et se révèle donc onéreuse. En pratique, on observe une grande variété de mesures de compensation, qui doivent néanmoins répondre à un double critère, celui de l'« équivalence écologique » et de la proximité géographique.

La notion d'« équivalence écologique » est interprétée strictement. Ainsi, l'altération d'une zone humide exige, selon l'« équivalence écologique », de re-protéger une zone humide : l'Administration préfère qu'une ancienne zone humide soit remise en fonctionnement, de manière à créer le même type de milieux que celui qui a été détruit. Il n'y a donc pas de gain de biodiversité.

## 3. Le régime juridique du sol après la mesure de compensation

Normalement le terrain utilisé pour la compensation est un terrain privé et il n'est pas prévu de régime spécifique après la mise en œuvre de la mesure de compensation. Si effectivement la pression urbaine se poursuit, il est probable que les terrains utilisés pour la compensation soient ensuite réaffectés à d'autres finalités. Néanmoins il existe une limite nécessaire : si une autre autoroute vient par exemple à être construite sur des terrains antérieurement affectés à une opération de compensation, il faudra nécessairement la compenser à son tour. Il y a donc un certain intérêt à conserver ces terrains comme espaces naturels, afin de conserver le fruit des mesures déjà accomplies. Tous ceux qui travaillent sur la compensation<sup>350</sup> estiment que, compte tenu des espaces naturels existant en France et du nombre de projets à compenser chaque année, le système va vite trouver sa limite. En pratique, soit les projets ne pourront plus être autorisés, soit les terrains destinés à la compensation gagneront une telle valeur que le propriétaire aura intérêt à les maintenir en zone naturelle. Ainsi, en considération du fait que la philosophie du système de compensation est de pur marché, le jour où la compensation vaudra plus que le lotissement, la tendance s'inversera : il sera plus rentable de laisser la parcelle en zone naturelle plutôt que de la bétonner.

## 4. La fiducie et le domaine public

Le constituant peut parfaitement être une autorité ou une personne publique (par exemple une commune). Une question demeure en revanche, celle de savoir si des parcelles du domaine public peuvent être transférées à un fiduciaire en vue d'opérations de compensation. Si l'on estime que la fiducie n'implique pas de transfert de propriété, *a priori* il n'y a pas de raison de refuser une fiducie sur le domaine public. Mais au-delà, on peut remarquer que l'inaliénabilité du domaine public est prévue pour le protéger, or c'est ce à quoi contribue son affectation dans le cadre d'une fiducie environnementale ; sauf à observer que si la mission du fiduciaire est conçue de manière large en impliquant des

---

<sup>349</sup> V. le rapport de la commission d'enquête sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures, intégrant les mesures d'anticipation, les études préalables, les conditions de réalisation et leur suivi : [http://www.senat.fr/commission/enquete/atteintes\\_a\\_la\\_biodiversite.html](http://www.senat.fr/commission/enquete/atteintes_a_la_biodiversite.html) (Dernier accès : 23 juin 2018).

<sup>350</sup> Cf. en dernier lieu le webinaire INRAE du 15 décembre 2020 « Sites naturels de compensation : quels freins et perspectives, <https://www6.lyon-grenoble.inrae.fr/lessem/VIE-SCIENTIFIQUE/Faits-marquants/Webinaire-SNC-quels-freins-et-perspectives>

transformations altérant la substance du domaine public (ex : bétonnage), l'opération devient sujette à caution.

À cela s'ajoutent d'autres difficultés, tenant par exemple au choix du fiduciaire : faut-il procéder à une mise en concurrence obligatoire comme le requiert la législation sur les marchés publics ? *A priori*, la fiducie n'est qu'un mode d'organisation du patrimoine de la personne publique. Il n'y a pas besoin *a priori* d'une mise en concurrence particulière. En revanche, si on considère la question dans la perspective de la prestation du fiduciaire – le service fourni par le fiduciaire – alors cette mise en concurrence semble devoir s'imposer. En pratique, il n'y a pas aujourd'hui de marché de la compensation fiduciaire et donc pas de concurrence.

## 5. Communauté, fiducie et *Community Land Trust*

Est-il possible d'intégrer la communauté dans les organes de gestion du foncier objet de la fiducie ? Dans le contexte anglo-saxon, le *Community Land Trust* a été réinterprété comme instrument de protection de la communauté, par exemple pour la création de logements abordables. Ici on peut avoir un *trust* du foncier, avec un *board of trustees*, qui permet à la fois à la personne publique qui a donné le terrain et aux habitants ou aux riverains de prétendre participer à la gestion de ce foncier. Il y a ici une représentation de la communauté. Si ces finalités sont en cours de transposition en France *via* le mécanisme des « Organismes de foncier solidaire » (OFS), aucune participation de la communauté à la gestion des OFS ne semble prévue pour l'heure.

Si l'on veut introduire une gestion collective dans le cadre d'une fiducie environnementale, il faudrait intégrer la communauté dans la gouvernance du cabinet d'avocats (ou plus largement de l'organisme) qui a la qualité de fiduciaire. On pourrait ainsi imaginer une catégorie d'associés du cabinet d'avocat qui représenteraient la communauté, avec par exemple un pouvoir d'avis consultatif.

## 6. Contrat de fiducie et obligation légale de compensation

Le respect de l'obligation légale de compensation/dépollution par le fiduciaire est assuré par un contrôle administratif qui pèse sur le porteur du projet. C'est lui qui reste responsable *in fine*, tant sur le plan administratif que pénal, en cas d'inexécution. Cela n'empêche que celui à qui la mise en œuvre de cette obligation est confiée (*ie* le fiduciaire) pourra voir sa responsabilité civile engagée.

### Section 4.3. L'obligation réelle environnementale<sup>351</sup>

En permettant à un propriétaire de renoncer à certaines de ses prérogatives au bénéfice de personnes publiques ou privées porteuses d'enjeux environnementaux, l'obligation réelle environnementale (ORE) apparaît bien comme une deuxième technique d'affectation volontaire<sup>352</sup>. Pour autant, tout comme cela a été relevé pour la fiducie, le régime actuel de l'ORE limite les possibilités et l'efficacité de l'affectation à un intérêt commun. On n'en sera pas étonné : portant sur des propriétés foncières, c'est-à-dire des biens rivaux, l'ORE doit concilier l'affectation avec les intérêts concurrents du propriétaire, mais aussi du fermier s'il s'agit d'une exploitation agricole, voire des chasseurs lorsqu'ils disposent de droits sur ce territoire. La liberté d'affecter est donc plus réduite, alors même que la technique du droit réel assure, en théorie, une meilleure pérennité à l'affectation. Les développements qui suivent ont pour objet de présenter l'obligation réelle environnementale (§1), d'évaluer les liens pouvant exister entre elle et les communs (§2), avant d'analyser son régime juridique (§3) pour proposer les évolutions qui seraient de nature à faciliter sa « montée en communalité » (§4).

#### §1. Présentation « classique » de l'obligation réelle environnementale

La création de l'obligation réelle environnementale est récente. L'ORE est très largement inspirée des *Conservation easements* très présents dans les pays de Common Law.<sup>353</sup> La nature juridique de cette technique qui semble emprunter à la fois aux droits réels et aux obligations personnelles a fait l'objet de vives discussions.

##### 1. Une consécration récente

Si la proposition de créer une obligation réelle environnementale (ORE) est déjà ancienne, la consécration légale de cette technique est très récente. Le principe en a été évoqué dès 1994<sup>354</sup>. La proposition s'est concrétisée dans un premier rapport rendu au gouvernement en 1997<sup>355</sup>. Un deuxième rapport développe et précise ce que pourrait être le régime juridique de cet outil en 2004<sup>356</sup>. Un troisième rapport daté de 2008<sup>357</sup> propose plusieurs rédactions alternatives et suggère soit de faire évoluer les textes du Code civil sur les servitudes (articles 637 et 686), soit d'insérer un nouveau texte dans le Code de l'environnement. Il fallut attendre encore huit ans pour que l'obligation réelle environnementale soit

---

<sup>351</sup> Rédacteurs : Aude-Solveig EPSTEIN et Gilles MARTIN

<sup>352</sup> Cf. *supra*, Section 4.

<sup>353</sup> Cf. Annexe 2, Leçon de droit comparé n° 3 : Les *conservation easements* dans les pays de *common law*.

<sup>354</sup> Débats du Congrès des Notaires, *De la contrainte au contrat*, Nantes, 1994. À la même période, le ministère de l'environnement apporte son soutien au projet de recommandation n° 71 débattu par le Comité permanent de la Convention relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel en Europe. Ce texte recommande aux parties d'examiner la possibilité de prendre des mesures pouvant consister à « déroger, lorsque cela est nécessaire, à la législation relative aux servitudes pour éliminer les exigences de contiguïté et de nécessité d'un fonds dominant ; prévoir explicitement que des servitudes peuvent être cédées à des organismes de conservation agréés ; et soutenir cette réforme par des dispositions fiscales encourageant les personnes privées à établir des servitudes de conservation de la nature ».

<sup>355</sup> C. GIRAUDEL (dir.), *La Protection conventionnelle des espaces naturels – étude de droit comparé de l'environnement*, préf. M. Prieur, éd. PULIM, Limoges, 2000.

<sup>356</sup> Ce rapport n'a pas été publié mais il est mentionné par C. BARTHOD et T. LAVOUX (« La question des servitudes contractuelles environnementales en France », IX<sup>ème</sup> Conférence internationale Droit de propriété, économie et environnement, Aix-en-Provence, 21-23 juin 2012). Les auteurs écrivent que face à « la réticence des acteurs agricoles et forestiers devant une nouvelle forme de servitudes permanentes, ... (et au) blocage psychologique et social devant la terminologie des servitudes », le Ministère et le Gouvernement renoncèrent et choisirent plutôt de réfléchir à une évolution du bail rural par l'introduction de possibles « clauses environnementales ».

<sup>357</sup> G. J. MARTIN, « Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation *propter rem* de protection de l'environnement », *RJE* 2008, n° spécial, p. 123 et s.



enfin consacrée par l'article 72 de la loi du 8 août 2016 sur la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

Le texte, aujourd'hui codifié à l'article L. 132-3 du Code de l'environnement, dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> que :

« [L]es propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques ».

Il s'agit de permettre à un propriétaire, qui en exprime la volonté, de mettre à sa charge, comme à celle de tous les propriétaires successifs du bien pendant la durée de la convention, des obligations de faire ou de ne pas faire, pourvu que ces obligations, consenties au bénéfice de personnes publiques ou privées agissant pour la protection de l'environnement, aient pour objet le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de biodiversité ou de fonctions écologiques.

## 2. Une nature juridique débattue

Même si l'obligation réelle environnementale (ORE) est inspirée des « servitudes de conservation » existant dans certains droits étrangers (notamment aux États-Unis<sup>358</sup>), et même si elle est souvent présentée comme une « servitude environnementale », il n'est pas possible, en l'état du droit, de la qualifier techniquement de servitude.

**Le rejet de la qualification de servitude.** En renonçant à réformer le Code civil et à accepter, d'une part, que des servitudes conventionnelles à finalités environnementales puissent être constituées, non au profit d'un fonds dominant, mais au profit de certaines personnes et, d'autre part, que ces mêmes servitudes puissent comporter, à titre principal, des obligations *in faciendo* (de faire), le législateur a clairement fait le choix de ne pas soumettre le nouvel instrument au droit des servitudes.

Même si l'affirmation peut être discutée ou nuancée<sup>359</sup>, la doctrine largement majoritaire, s'appuyant sur les textes et sur une jurisprudence abondante, rappelle, en effet, que le Code civil ne conçoit la servitude « du fait de l'homme » « que comme une charge réelle grevant la propriété d'un bien, et non comme assujettissant une personne »<sup>360</sup>.

Pareillement, et même si la discussion est sur ce point plus ouverte encore, il est généralement considéré comme acquis que « les servitudes ne peuvent créer que des obligations de ne pas faire, sauf lorsque les obligations de faire sont vues comme accessoires des obligations d'abstention »<sup>361</sup>. Or le service

---

<sup>358</sup> C'est aux États-Unis d'Amérique que les premiers exemples de *conservation easements* (servitudes de conservation) ont été relevés au début des années 1960. On s'accorde pour considérer que la toute première est apparue en 1961 dans le cadre d'un accord signé entre une ONG de protection de la nature (*The Nature Conservancy*), une agence publique à vocation de conservation de la nature (*The Bureau of Land Management*) et un propriétaire forestier, pour aider à la protection et organiser la cogestion d'une importante forêt ancienne considérée comme patrimoniale en Californie. Pour donner un cadre à ces initiatives, qui se sont assez rapidement multipliées, une loi fédérale vint proposer un modèle, the Uniform Conservation Easement Act (UCEA) qui fut définitivement approuvé en 1981 par la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Les conservation easements sont aujourd'hui prévus et régis par la législation de quasiment tous les États fédérés et sont présents sur tout le territoire des États-Unis : 140.000 contrats au moins, couvrant 10 millions d'hectares, ont été conclus.

<sup>359</sup> Cf. par exemple E. MEILLER, « Les charges réelles, du service foncier au service écologique », in B. GRIMONPREZ (dir.), *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2018, p. 101 et s.

<sup>360</sup> N. REBOUL-MAUPIN et B. GRIMONPREZ, « L'obligation réelle environnementale : chronique d'une naissance annoncée », *D.* 2016, chron. p. 2076.

<sup>361</sup> W. DROSS, *Droit des biens*, LGDJ, Domat, 2<sup>ème</sup> édit. 2014, n° 387.

écologique que promet le propriétaire constituant une obligation réelle environnementale peut consister en des obligations de ne pas faire, mais aussi en des obligations actives de faire. L'incompatibilité apparaît donc « totale avec la qualification même de servitude »<sup>362</sup>.

Si ce rejet de la notion de servitude ne fait guère de doute d'un point de vue strictement technique, il n'empêche que les premiers commentateurs considèrent que « d'un point de vue fonctionnel », l'obligation réelle environnementale « transfigure la notion de servitude »<sup>363</sup>.

Qu'on l'espère ou qu'on le déplore, il faut donc admettre que, si l'obligation réelle environnementale n'est pas une servitude, elle enfonce néanmoins un coin dans le droit des servitudes. Cela est d'autant plus vrai que dans les hypothèses qui ont déjà donné lieu à des signatures de contrats – et il y a tout lieu de penser qu'il en ira ainsi dans la majorité des cas –, il est possible de relever que le propriétaire constituant confie l'exécution concrète de ses obligations de faire, soit à l'organisme au profit duquel il a accepté cette obligation réelle environnementale, soit à un tiers qui agira pour le compte de ce dernier.

En conséquence, l'obligation réelle environnementale fonctionnera en accordant à son bénéficiaire un droit d'accès et d'intervention sur le « fonds servant ». C'est dire, en d'autres termes, que les parties utilisent le mécanisme comme si la personne morale bénéficiant de l'obligation réelle environnementale était bien « un fonds dominant ». Il reste que les considérations techniques évoquées plus haut interdisent bien d'y voir une servitude.

Il est de même impossible de voir dans l'obligation réelle environnementale un droit réel de jouissance spéciale.

**Le rejet du droit réel de jouissance spéciale.** Un auteur, commentant l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 31 octobre 2012 dans l'affaire dite de « la Maison de la poésie »<sup>364</sup>, avait mis en évidence les « virtualités environnementales du droit réel de jouissance spéciale »<sup>365</sup>. Dans l'attente d'une consécration de l'obligation réelle environnementale, qui paraissait freinée par des résistances de toutes sortes, l'auteur écrivait « n'aurait-on pas ici l'opportunité, face à un législateur frileux, d'intégrer en droit français un 'droit réel environnemental', une 'obligation réelle' qui suivrait le bien immobilier et s'imposerait à tous les acquéreurs du bien ? ».

Cette proposition faisait écho à l'une des propositions de l'avant-projet de réforme du droit des biens de l'Association Henri Capitant visant à autoriser la constitution d'un droit réel de jouissance spéciale<sup>366</sup>. Au terme de son analyse, Mustapha Mekki concluait que la « création de droits réels perpétuels, du moins en matière environnementale, peut reposer sur l'équation suivante : un droit réel de jouissance spéciale exprimé de manière claire, précise et univoque, comportant des obligations de faire et de ne pas faire, prescriptible en cas de non-usage trentenaire, justifié par un but d'intérêt général environnemental dont la motivation doit figurer dans l'acte, portant une atteinte strictement proportionnée au droit de propriété, et attribué à certaines catégories de personnes morales sélectionnées par l'État en fonction de leur intérêt pour la question environnementale ».

En laissant de côté la question de la durée, force est de constater que la proposition avancée ressemble à s'y méprendre à ce que le législateur a finalement retenu dans la loi sur la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages. Cela veut-il dire que l'obligation réelle environnementale peut être qualifiée de droit réel de jouissance spéciale ? La doctrine majoritaire le conteste en relevant que « le droit réel de

---

<sup>362</sup> N. REBOUL-MAUPIN et B. GRIMONPREZ, *op. et loc. cit.*

<sup>363</sup> N. REBOUL-MAUPIN et B. GRIMONPREZ, *op.cit.*, p. 2077.

<sup>364</sup> Cass. 3<sup>e</sup> Civ., 31 oct. 2012, n° 11-16.304, *D.* 2012. 2596, obs. A. TADROS, 2013. 53, note L. d'AVOUT et B. MALLET-BRICOUT, et 2123, obs. N. REBOUL-MAUPIN ; *AJDI* 2013. 540, obs. F. COHET-CORDEY ; *RDI* 2013. 80, obs. J.-L. BERGEL ; *RTD civ.* 2013. 141, obs. W. DROSS.

<sup>365</sup> M. MEKKI, « Les virtualités environnementales du droit réel de jouissance spéciale », *RDC* 2014.105.

<sup>366</sup> Travaux de l'association H. Capitant pour une réforme du droit des biens, Carré Droit, Litec 2009, spéc. p. 135.

jouissance confère une simple faculté d'usage à un tiers (pêcher, chasser, passer) sur le bien d'autrui ; il n'instaure aucun rapport d'obligation entre son titulaire et le propriétaire du bien concerné, lequel doit seulement souffrir la présence d'un droit concurrent »<sup>367</sup>.

À cet argument s'ajoute que la question ne se pose plus aujourd'hui dans les mêmes termes. Le législateur, qui connaissait ces propositions, n'a pas choisi le modèle du droit réel de jouissance spéciale et a expressément retenu une autre qualification, qui ne peut se confondre avec lui. Il reste que ces propositions ont, sans doute, contribué à accélérer le mouvement législatif et à convaincre ceux qui résistaient qu'un mouvement doctrinal et jurisprudentiel était en cours qui allait, d'une façon ou d'une autre, conduire à autoriser un propriétaire à renoncer à certaines de ses prérogatives et à accepter des obligations envers autrui, dans un but d'intérêt général, en rattachant cette obligation à son bien. La qualification retenue d'obligation réelle semble donc être celle qui correspond le plus exactement à la nature du nouvel instrument.

**La pertinence de la qualification retenue.** L'obligation réelle n'est pas une forme inconnue de notre droit<sup>368</sup>. Elle pèse « sur une personne en sa qualité de propriétaire d'un fonds ou de titulaire d'un droit réel : obligations du propriétaire d'un mur mitoyen (C. civ., art. 655), d'une clôture forcée (C. civ., art. 663) ... »<sup>369</sup>.

L'obligation réelle environnementale est construite comme toutes les obligations réelles. « Elle engage une personne en raison d'une chose dont elle a la maîtrise »<sup>370</sup> et elle l'engage sur son patrimoine. Elle ne grève pas le bien et ne peut à ce titre pas être regardée comme une obligation scriptura in rem, mais pèse sur une personne parce qu'elle est propriétaire du bien. C'est pourquoi il a été considéré qu'elle était « structurellement construite sur le modèle du droit personnel » et qu'elle devait être qualifiée de « droit personnel propter rem »<sup>371</sup>.

Si l'analyse est techniquement convaincante, il nous paraît cependant préférable de s'en tenir à la qualification d'obligation réelle ou *propter rem*, qui, seule, permet de distinguer clairement cette obligation de celles que les propriétaires, mais aussi les simples détenteurs d'un bien, peuvent personnellement prendre à l'égard d'autrui. L'originalité de l'instrument tient au lien qui est établi entre les obligations elles-mêmes et le bien qui leur sert d'assiette et de périmètre de mise en œuvre.

Par l'expression de sa volonté, le propriétaire accepte, pour lui-même et tous ses successeurs pendant la durée de la convention, de partager les utilités de l'immeuble avec des personnes choisies pour leur engagement au service de la protection de l'environnement. Cette caractéristique essentielle devrait éclairer certains aspects du régime de l'obligation réelle environnementale et guider l'interprétation lorsqu'elle s'impose.

## §2. Liens entre l'obligation réelle environnementale et la communalité

À l'instar des *conservation easements* dont elle s'inspire, l'obligation réelle environnementale constitue une technique juridique qui favorise la décentralisation et la prise en charge par des acteurs privés des stratégies de conservation de la biodiversité. Il se dessine donc un lien avec un intérêt commun, en l'occurrence environnementale.

Existe-t-il, en revanche, une vocation à l'inclusivité, voire à une gouvernance par une communauté intéressée ? À notre connaissance, le lien de l'ORE avec les communs n'a pas été étudié jusqu'à ce jour.

---

<sup>367</sup> N. REBOUL-MAUPIN et B. GRIMONPREZ, *op. cit.*, p. 2077.

<sup>368</sup> J. SCAPEL, *L'Obligation réelle*, PUAM, 2002.

<sup>369</sup> N. REBOUL-MAUPIN et B. GRIMONPREZ, *op. cit.*, p. 2076.

<sup>370</sup> *Ibid.*, p. 2077.

<sup>371</sup> *Ibid.*

Cela tient vraisemblablement à la fois au caractère très récent de l'ORE, et au fait que l'ORE n'est pas spécifiquement destinée à favoriser la gestion en commun des éléments de l'environnement. L'objectif premier n'est pas d'instituer des droits au profit d'une communauté, ni de lui déléguer une forme de gouvernement, mais plutôt de garantir l'effectivité et la pérennité de la gestion écologique d'un bien immobilier conformément au souhait de son propriétaire. Il n'est nullement garanti que les bénéficiaires de l'ORE puissent utiliser le bien, ou même simplement y avoir accès. En pratique, les ORE conclues jusqu'ici tendent à reconnaître un droit d'accès et un droit d'usage au profit du créancier. Mais, la loi est silencieuse sur ce point et la tendance de la doctrine est à la disqualification de l'existence d'un authentique droit réel. Il semble donc que la reconnaissance d'un tel droit d'accès et d'usage au profit du créancier ne soit pas indispensable, et qu'elle demeure suspendue à la volonté des parties, et au premier chef à celle du propriétaire. La terminologie « obligation réelle environnementale » témoigne du reste du choix de faire du propriétaire le centre de gravité de l'institution. Par contraste, une législation chilienne récente a permis « à toute personne physique ou morale d'être titulaire [d'un] droit réel de conservation », offrant ainsi « aux particuliers l'occasion de s'engager pour la protection d'un site »<sup>372</sup>. Les premiers exemples de mise en œuvre de ce droit réel de conservation illustrent le tropisme plus manifestement communautaire de cette législation étrangère<sup>373</sup>.

Néanmoins, ne peut-on faire aucune connexion entre ORE et communs ? Il semble que l'on puisse en identifier au moins trois.

En premier lieu, les spécialistes de l'environnement dans le champ des humanités ont pris l'habitude de dissocier assez nettement deux catégories de techniques de protection de la nature : les instruments réglementaires d'un côté et les instruments économiques de l'autre. Cette division en recoupe une autre, celle de l'État et du marché. Quantité d'écrits continuent ainsi de s'interroger sur les avantages et les inconvénients respectifs de ces deux types de politiques environnementales, qui sont appréhendés dans les termes d'une alternative prétendument exclusive. L'ORE fait partie des institutions qui illustrent les limites de cette prétendue *summa divisio*. La propriété privée constitue le socle du mécanisme, mais son ressort n'est ni essentiellement marchand ni fondamentalement étatique : c'est la volonté du propriétaire de renoncer à certaines utilités de son bien au profit de certaines personnes porteuses d'intérêt général. En ce sens, l'institution a pu être qualifiée d'« instrument d'harmonisation » de la propriété individuelle avec les prérogatives de la collectivité, que représente dorénavant la notion de « patrimoine commun de la nation » (C. env., art. L. 110-1)<sup>374</sup>. Certes, l'ORE peut être inscrite dans un schéma marchand, comme en témoigne la référence légale à son utilisation à des fins de compensation. Cependant, l'ORE illustre aussi l'absence de lien nécessaire entre recours à la propriété privée et marchandisation de l'environnement : l'outil peut favoriser le développement du marché des unités de biodiversité ; il peut tout aussi bien concourir à une diminution des espaces disponibles à des usages marchands. L'une des critiques adressées au droit réel de conservation institué par la loi chilienne du 10 juin 2016 a d'ailleurs été de soustraire à tout usage économique et marchand quantité de terrains ainsi sanctuarisés à des fins de conservation de la nature<sup>375</sup>. Certes encore, l'ORE peut être consentie à des entités publiques ; mais

<sup>372</sup> A. DENIZOT, « Obligation réelle environnementale ou droit réel de conservation environnementale ? Brève comparaison franco-chilienne de deux lois estivales », *RTD civ.* 2016, p. 949.

<sup>373</sup> V. les exemples référencés sur le site suivant: <http://www.conservationright.cl/cases/>, notamment celui de l'éco-village La bella Eco-Aldea («*In this case, the purpose was to: (One) create a cooperative relationship between the landowner and a first stakeholder: Fundación Buenas Tierras. (Two) Secure different levels of conservation in different areas of the corresponding land; (Three) Secure conservation through a mechanism that would facilitate later inclusion or involvement of different stakeholders –or interested parties-; (Four) facilitate the development of local sustainable projects, education projects and broad community cooperation.*») et celui de la conservation de l'Hacienda El Durazno («*For this purpose two different conservation rights were drafted. The first conservation right was general and was established in favor of Fundación Llampangui with the purpose of facilitating the reflexive inclusion of all stakeholders for long term social, economic and environmental sustainability. The second one -drafted in cooperation with the legal department of Conaf- was more specific and was established in favor of Conaf for the conservation of specific ecosystems and biological corridors.*»).

<sup>374</sup> N. Reboul Maupin et B. Grimonprez, *op. cit.*

<sup>375</sup> D. R. TECKLIN et C. SEPULVEDA, «The Diverse Properties of Private Land Conservation in Chile: Growth and Barriers to Private Protected Areas in a Market-friendly Context», *Conservation & Society*, 2014, vol. 12, n° 12, pp. 203-217

elle peut également être instituée au profit de personnes morales de droit privé dès lors que ces dernières ont pour objet la protection de l'environnement.

En deuxième lieu, même si l'ORE n'a pas été taillée pour organiser la mise en commun d'un bien environnemental ou sa gestion partagée, elle pourrait être utilisée à cette fin. Contrairement au droit réel de conservation chilien, l'ORE ne peut pas être consentie au bénéfice de toute personne – physique ou morale – déterminée ; cependant, elle peut être instituée au profit d'une « personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement », indépendamment de toute condition d'agrément, de compétence ou d'ancienneté. Des communautés sont alors libres de se constituer en personnes morales agissant à des fins de protection de l'environnement en vue de se voir reconnaître le statut de créanciers de l'ORE et de surveiller le bon accomplissement, par le propriétaire ou le tiers qu'il aura mandaté, de ses obligations environnementales, sous peine d'une action en responsabilité. D'ailleurs, les « *Common Interest Communities* » se dotent fréquemment de la personnalité morale afin de mettre à exécution leurs projets. L'ORE serait alors, à côté de la personne morale, l'un des pivots de l'institutionnalisation de communautés de conservation.

Du côté des propriétaires également, une certaine mise en commun pourrait également voir le jour : ces communautés de propriétaires uniraient leurs efforts et consentiraient, sinon une ORE unique, du moins une série d'ORE similaires, de façon à garantir de bonnes pratiques environnementales sur l'espace formé par l'agrégation de leurs propriétés respectives<sup>376</sup>. Une telle option pourrait par exemple garantir durablement la vocation « biologique » de l'agriculture locale ou encore empêcher durablement l'installation d'exploitations ou de projets immobiliers portant atteinte à l'environnement local.

Enfin, il n'est pas exclu que le propriétaire qui constitue l'ORE soit une personne publique, ne serait-ce que parce que les dépendances du domaine privé d'une personne publique peuvent être librement grevées de servitudes de toutes natures<sup>377</sup>. C'est d'ailleurs assez fréquent aujourd'hui (par exemple l'ORE consentie sur le Marais des Lagneux). Dans ce cas, l'ORE pourrait constituer un garde-fou à la privatisation d'un bien public : le bien, quoique rattaché au domaine privé de la collectivité publique, voire vendu à un tiers, continuerait d'être indisponible à certains usages néfastes du point de vue écologique.

En somme, l'ORE semble mériter d'être rapprochée des communs dans une perspective téléologique/fonctionnelle : cette technique peut être mobilisée en vue d'ouvrir à ses créanciers l'accès à une chose appropriée, le droit de concourir à sa gestion ainsi que des actions en justice pour défendre la vocation environnementale qui lui aura été assignée par le contrat constitutif.

À ce propos, on peut relever que l'ORE peut non seulement fonder l'action en responsabilité contractuelle engagée par ses créanciers, mais aussi une action en responsabilité extracontractuelle initiée par des tiers, à qui l'*inexécution* de l'ORE causerait un préjudice<sup>378</sup>. Sous cet angle, l'un des avantages de l'ORE serait de faciliter l'identification d'une faute de vigilance environnementale du propriétaire, de nature à justifier la réparation des dommages en résultant pour les tiers.

Cependant, l'ORE ne garantit pas par définition l'équivalent de l'« *Allemansritt* » suédois, à savoir le droit pour toute personne de circuler et de camper, mais aussi de cueillir les fleurs sauvages ou les

---

<sup>376</sup> Une telle communauté des propriétaires est expressément possible aux termes de la loi chilienne du 10 juin 2016.

<sup>377</sup> Sur la possibilité de prévoir une servitude sur une propriété publique, v. P. YOLKA, « Fasc. 55 : Servitudes sur les propriétés publiques », *J.-Cl. Propriétés publiques*, 2017. Cependant, à suivre cet auteur, il semblerait que l'ORE ne puisse *de lege lata* être consentie que sur les biens composant le domaine privé de la personne publique (P. YOLKA, « Les droits réels sur le domaine public (survol d'une décennie) », *AJDA* 2016, p. 1797).

<sup>378</sup> Après que des doutes se sont fait jour sur le maintien de la jurisprudence scellant l'unité des fautes contractuelle et extracontractuelle, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a récemment réaffirmé cette solution, ajoutant qu'elle était destinée à « faciliter l'indemnisation du tiers à un contrat qui, justifiant avoir été lésé en raison de l'inexécution d'obligations purement contractuelles, ne pouvait caractériser la méconnaissance d'une obligation générale de prudence et diligence, ni du devoir général de ne pas nuire à autrui » (Cass., Ass. plén., 13 janv. 2020, n° 17-19.963, (P+B+R+I)).

champignons sur les espaces naturels détenus par autrui. D'ailleurs, il a été observé que les *conservation easements* anglo-saxons n'instituaient que rarement au bénéfice du public un droit d'accès physique à la chose pour des usages récréatifs : "Conservation easements typically do not grant public access to the burdened property. Rather, the public benefit of conservation easements is habitat protection and "visual access," rather than physical access, over open space. Only in rare cases is the public granted access for recreational use."<sup>379</sup> Un parallèle s'impose à cet égard avec la fiducie, dont William Dross, dans sa contribution au présent rapport de recherche, écrit que : « Au-delà, la finalité commune assignée aux biens objets de la fiducie est entièrement déterminée par le constituant – qui est originellement un propriétaire exclusif –, lequel est également libre de fixer les modalités d'accès au bien et les pouvoirs de gestion du fiduciaire. Il n'y a donc pas grand-chose de collectif dans l'institution d'une communauté et de ses droits sur la chose fiduciaire : on y trouve au contraire la décision unilatérale souveraine du constituant, prise en vertu même de l'exclusivisme attaché à la propriété. »<sup>380</sup>

Non seulement la nature de l'ORE n'est pas d'assurer l'accès des tiers, mais cette technique pourrait être utilisée au contraire pour renforcer ou du moins conforter l'exclusion des tiers. D'où les réserves que certains ont pu émettre à l'endroit de l'admission d'entités strictement privées parmi les bénéficiaires de ce type de technique juridique. À supposer que l'ORE soit instituée entre des parties privées, elle pourrait en effet servir à créer des zones – potentiellement très vastes – de préservation de l'environnement régies selon la seule volonté des parties privées parties au contrat constitutif, dans une relative indifférence aux priorités locales et aux aspirations des communautés environnantes<sup>381</sup>. À supposer que cette situation survienne, l'autorité publique ne serait toutefois pas impuissante. Afin de regagner le contrôle de l'usage des biens grevés par l'ORE, il lui serait possible de déclencher une opération d'expropriation. Une question intéressante serait alors de savoir dans quelle mesure l'ORE pourrait être prise en compte par le juge chargé d'apprécier l'utilité publique de l'expropriation.

### §3. Description synthétique du régime juridique de l'obligation réelle environnementale

Parce que le véhicule portant l'obligation réelle environnementale est un contrat, il convient, pour en étudier le régime, de s'interroger dans un premier temps sur les parties au contrat, avant d'en étudier le contenu, puis d'en analyser les effets à l'égard des tiers ; la présentation du régime fiscal, pour l'heure très sommaire, permettra de conclure.

#### 1. Le contrat, support de l'obligation réelle environnementale

L'idée première à l'origine de l'obligation réelle environnementale (ORE) est de permettre à un propriétaire, qui le souhaite ou l'accepte, de mettre à sa charge, et à la charge de tous les propriétaires successifs du bien pendant la durée de la convention, des obligations d'un certain type ayant une finalité

---

<sup>379</sup> G. KORNGOLD, "Globalizing Conservation Easements: Private Law Approaches for International Environmental Protection, 28 Wis. Int'l L.J. 585 (2010).

<sup>380</sup> W. DROSS, « La Fiducie », *supra*.

<sup>381</sup> G. KORNGOLD, "Globalizing Conservation Easements...", op. cit. (« (...) If a governmental entity owned a conservation easement, the decision to modify the easement would be made in the public arena by the voters or their elected representatives. With private conservation easements in gross, however, a non-elected, non-representative nonprofit, perhaps located in a different city, would be making this decision. There is no opportunity for public input to the nonprofit's (...). (...) the "gentry" would be the donors of conservation easements and would have an interest in natural areas in the countryside rather than open space for parks and playgrounds that middle-income citizens would prefer. Thus, there is a danger that nonprofit organizations seeking conservation easements may represent and adopt the "gentrified" viewpoint, a position that does not encompass the broader population. Yet, under a regime of private conservation easements, the nonprofit board is invested with significant power over communal land decisions affecting the entire citizenry. In contrast, if government owned such conservation easements, all voters could express their views through a democratic process on choices relating to conservation easement acquisition and administration".)

écologique. L'acte constitutif de l'obligation réelle environnementale est donc, avant toute chose, un acte volontaire et la libre volonté du propriétaire constituant devrait inspirer tout son régime.

Les promoteurs de cette technique juridique en avaient tiré la conclusion qu'elle pouvait être créée soit par un contrat, soit au moyen d'un acte unilatéral de volonté, comme un testament<sup>382</sup>. Telle n'a pourtant pas été la solution retenue par le législateur. L'article L. 132-3 du Code de l'environnement exprime clairement que l'obligation réelle environnementale ne peut être créée que par un contrat. Il faut le regretter, car rien ne justifie une telle limitation, mais la solution ne souffre aucune discussion, le texte disposant que : « Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat...en vue de faire naître...les obligations réelles que bon leur semble... ».

Ce contrat doit être passé sous la forme authentique. On s'accorde pour considérer que l'authenticité est requise aux seules fins de publicité foncière. L'article 28 du décret du 4 janvier 1955 a d'ailleurs été modifié en ce sens (D. n° 55-22, 4 janv. 1955, art. 28).

Le contrat conclu entre un propriétaire et une personne morale de droit privé est un contrat de droit privé. Qu'en est-il lorsque le propriétaire contracte avec une collectivité publique ou un établissement public ? Si la convention comporte au bénéfice de la personne publique des clauses exorbitantes du droit commun, elle sera certainement qualifiée de contrat administratif. Dans le cas contraire, la question pourra se poser. La même qualification s'impose, cependant, si l'on s'attache aux finalités du contrat. Le maintien, la conservation de la biodiversité et des fonctions écologiques relèvent, sans doute, d'une mission de service public et justifient à ce titre, avec la nature publique de l'une des parties au contrat, la qualification de contrat administratif.

## 2. Les parties au contrat

Le texte énonce que les parties au contrat sont, d'une part, le propriétaire d'un bien immobilier, et d'autre part, « une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement ».

Il n'est pas exclu que d'autres personnes puissent être parties au contrat. Par exemple, le propriétaire et le bénéficiaire de l'ORE pourraient s'entendre en vue de confier à une entreprise d'ingénierie écologique la réalisation et le suivi des mesures prévues au contrat. À cette fin, une convention de gestion ou de prestation de services écologiques pourrait être intégrée dans le contrat constitutif de l'ORE.

Pour autant, cette faculté d'ajouter des parties au contrat constitutif de l'ORE n'appelle aucun développement particulier. L'analyse des parties à l'ORE se limitera donc au propriétaire du bien immobilier, à la collectivité ou à l'établissement public et à la personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement.

**Le propriétaire d'un bien immobilier.** L'ORE ne peut être consentie que sur un bien immobilier. Cependant, rien n'oblige le propriétaire à soumettre l'ensemble de son bien aux obligations environnementales consenties. Si cela est possible et sera fréquent, il se peut aussi que l'obligation ne concerne qu'une partie du bien, comme une ou plusieurs haies, un ou plusieurs arbres, un plan d'eau, par exemple. Il est également parfaitement envisageable qu'une obligation réelle environnementale soit constituée en milieu urbain, non seulement sur un jardin ou un parc, mais aussi sur la terrasse végétalisée d'un immeuble, par exemple. Notons, enfin, que le propriétaire peut aussi bien être une personne privée qu'une personne publique.

Si seul le propriétaire a la qualité pour accepter des engagements qui conduisent à partager les utilités de son fonds avec autrui, qu'en est-il dans l'hypothèse où la propriété est démembreée entre un nu-propriétaire et un usufruitier ou lorsque la propriété est collective ou indivise ? S'agissant de cette

---

<sup>382</sup> G. J. MARTIN, « Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation *propter rem* de protection de l'environnement », *op. cit.*, p.126.

dernière hypothèse, elle ne fait naître aucune difficulté, mais obligera le rédacteur de l'acte et le créancier de l'obligation à vérifier que le signataire de l'acte est bien porteur des pouvoirs nécessaires. Quant à l'hypothèse du démembrement, elle implique que le nu-propriétaire et l'usufruitier consentent à l'acte, l'un « ne pouvant, sans nuire à l'intérêt de l'autre, souscrire des charges aussi lourdes »<sup>383</sup>.

**Une collectivité publique, un établissement public agissant pour la protection de l'établissement.** Le texte de l'article L. 132-3 du Code de l'environnement précise que les cocontractants du propriétaire doivent agir « pour la protection de l'environnement », après avoir énuméré sans césure, ni virgule les trois personnes morales susceptibles de bénéficier d'une telle obligation (collectivité publique, établissement public, personne morale de droit privé). Il faut donc considérer que cette référence à la protection de l'environnement concerne toutes ces personnes et non pas seulement les personnes morales de droit privé.

À vrai dire, cette précision n'a aucune portée pour les collectivités publiques dont les compétences couvrent nécessairement, à un titre ou un autre, la protection de l'environnement. Il n'en va pas de même, en revanche, pour les établissements publics. Si la question ne se discute pas pour les établissements publics dont la vocation première est la protection de l'environnement (parcs nationaux, parcs naturels régionaux, Conservatoire du littoral et des rivages lacustres, conservatoires régionaux ou départementaux d'espaces naturels, Office français de la biodiversité, Office de l'environnement de la Corse, etc.), il paraît difficile d'admettre, en revanche, qu'un établissement public hospitalier ou universitaire puisse bénéficier d'une obligation réelle environnementale.

On peut s'interroger pour d'autres établissements publics comme les chambres d'agriculture. Le doute n'est, en réalité, pas permis. Le Code rural (article L. 510-1, al. 5), tel qu'amendé par la loi d'avenir de l'agriculture du 13 octobre 2014, dispose que « les établissements qui composent le réseau des chambres d'agriculture ... contribuent, par les services qu'ils mettent en place, au développement durable des territoires ruraux et des entreprises agricoles, ainsi qu'à la préservation et à la valorisation des ressources naturelles et à la lutte contre le changement climatique ». Si la question venait à se poser pour d'autres établissements, c'est la consultation de leur statut qui doit emporter la solution.

Une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement. Il ne fait aucun doute que toutes les associations ayant pour objet la protection de l'environnement, de la biodiversité ou de tels ou tels de leurs éléments peuvent être bénéficiaires d'une obligation réelle environnementale. Le législateur n'a posé aucune limite et n'a pas exigé, par exemple, qu'il s'agisse d'associations agréées.

Même s'ils ne sont pas visés expressément, **les Conservatoires régionaux d'espaces naturels**, qui ont un statut d'association, sont évidemment les tout premiers à pouvoir bénéficier d'une obligation réelle environnementale. Exemple : le Conservatoire d'espaces naturels de Savoie a conclu la première obligation réelle environnementale ayant un pour objet la conservation de la biodiversité. Une commune a décidé de réhabiliter, avec l'aide du Conservatoire, le marais des Lagneux, d'une surface de 40 ha, dont elle est propriétaire. Cette réhabilitation réalisée, elle a consenti à ce même Conservatoire une obligation réelle environnementale, assortie d'une convention de gestion, afin de maintenir, de conserver et de gérer la fonction écologique du marais des Lagneux et les éléments de biodiversité patrimoniale présents sur le site<sup>384</sup>.

Les interrogations portent en réalité surtout sur **les personnes morales de droit privé à but lucratif**. Il faut certainement admettre que les entreprises d'ingénierie écologique sont des personnes morales de droit privé agissant pour la protection de l'environnement, même si l'on a pu émettre quelques réserves

---

<sup>383</sup> N. REBOUL MAUPIN et B. GRIMONPREZ, *op. cit.*, p. 2078.

<sup>384</sup> Communiqué de presse du Conservatoire d'espaces naturels de Savoie, 15 mai 2018.



parfaitement justifiées, en constatant que l'encadrement de ces opérateurs, la vérification de leurs compétences et de la qualité de leurs prestations étaient laissés... au marché !<sup>385</sup>.

La question est beaucoup plus délicate s'agissant **des maîtres d'ouvrages** qui, tenus à compensation, souhaiteraient se faire consentir des obligations réelles environnementales par un propriétaire, afin de mettre en œuvre les mesures compensatoires auxquelles ils sont astreints. Une partie de la doctrine a considéré que la liste énoncée par le texte les excluait<sup>386</sup>. La question se pose d'autant plus lorsque certains aménageurs, comme ceux qui construisent et installent des éoliennes ou des fermes photovoltaïques, ont une activité qui peut se rattacher à la protection de l'environnement. Le texte est muet et il faut donc revenir à son esprit pour l'interpréter. À notre sens, il ne fait aucun doute qu'en visant « une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement », le législateur ne visait pas des entreprises dont ce n'est pas l'objet et qui ne participent à cette protection que très ponctuellement, et parce qu'elles y sont contraintes par leurs obligations de compensation. À cette première observation, on peut ajouter encore **qu'il serait curieux d'accepter que des entreprises (y compris celles qui ont un objet plus « environnemental » en lien avec des énergies renouvelables), dont le projet a contribué à causer des atteintes à la biodiversité, puissent être considérées, au moment où elles compensent ces atteintes, comme « agissant pour la protection de l'environnement » et qu'elles puissent bénéficier à ce titre d'une obligation réelle environnementale. La solution d'exclusion de ces entreprises de la liste dressée par la loi paraît donc s'imposer, mais une confirmation législative serait bienvenue.** Force est de constater, en effet, que plusieurs contrats déjà signés à des fins de compensation l'ont été entre un propriétaire et un aménageur. Le juge éventuellement saisi devra dire si ces contrats entrent dans les prévisions de la loi.

### 3. Le contenu du contrat

L'objet du contrat constitutif d'obligations réelles environnementales est défini par la loi. Le texte prévoit également que la ou les prestations du propriétaire donnent nécessairement lieu à des contreparties et que l'instrument peut être utilisé à des fins de compensation. Enfin, l'article L. 132-3 du Code de l'environnement impose l'insertion de certaines clauses destinées à organiser les relations entre les parties.

**L'objet du contrat.** C'est en évoquant « la finalité » (qui fleure bon la défunte « cause subjective ») des obligations réelles environnementales que le législateur définit l'objet du contrat. L'obligation doit avoir pour « *finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques* ». La référence aux « éléments » et aux « fonctions écologiques » de la biodiversité renvoie aux travaux du Millenium environmental assesment (MEA). Elle est également présente dans l'article 1247 du Code civil, qui définit le préjudice écologique comme étant celui qui porte « une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ». Cette mention des finalités de l'obligation réelle environnementale confirme la volonté d'en faire une « obligation réelle spéciale »<sup>387</sup> et de ne pas ouvrir la possibilité aux propriétaires de consentir n'importe quel type d'obligations attachées à leur fonds. Pour autant, **dans le cadre ainsi défini, les obligations susceptibles d'être acceptées par le propriétaire ne connaissent aucune limite**, le législateur ayant heureusement repoussé les suggestions de certains amendements, qui visaient à limiter la liberté contractuelle des parties en dressant une liste d'obligations jugées « acceptables ». La prestation promise par le propriétaire pourra prendre la forme d'une abstention (par exemple ne pas utiliser certains intrants, ne pas détruire les haies), consister en des précautions (par exemple, désherbage ou curage des rus et ruisseaux par des moyens non mécaniques)

---

<sup>385</sup> I. DOUSSAN, « Compensation écologique : le droit des biens au service de la création de valeurs écologiques et après ? », *in Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, PUAM, 2015, p. 99 et s. ; G. J. MARTIN, « La compensation écologique : de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assumé », *RJE* 2016/4, p. 603 et s.

<sup>386</sup> N. REBOUL MAUPIN et B. GRIMONPREZ, *op. cit.*, p. 2078.

<sup>387</sup> N. REBOUL-MAUPIN et B. GRIMONPREZ, *op. cit.*, p. 2077.

ou impliquer des actions (pratique d'une agriculture biologique, plantation de certaines espèces, restauration des sols, réhabilitation d'une zone humide, entretien des infrastructures, etc.).

Comme il a déjà été mentionné, ces prestations pourront être réalisées par le propriétaire lui-même ou déléguées, soit au cocontractant du propriétaire, soit à un tiers, qui se verront confier l'exécution des obligations. Dans l'hypothèse où l'exécution des obligations est confiée au cocontractant, comme c'est le cas dans le contrat conclu par le Conservatoire d'espaces naturels de Savoie pour le marais des Lagneux, les obligations du propriétaire seront, pour l'essentiel, passives : ne rien faire qui puisse entrer en contradiction avec la finalité de protection, laisser libre accès au cocontractant pour réaliser les prestations et assurer le suivi du site, notamment. Lorsqu'un tiers sera chargé de mettre en œuvre les prestations, il agira sous le contrôle du propriétaire qui restera seul responsable de leur exécution à l'égard du cocontractant. Celui-ci jouera alors le rôle de « tiers garant », en veillant à ce que les obligations soient correctement exécutées<sup>388</sup>.

**L'existence d'une contrepartie obligatoire.** Alors que cela n'était pas l'esprit de l'obligation réelle environnementale, telle que pensée par ses promoteurs<sup>389</sup>, le législateur, reprenant un amendement sénatorial non dénué d'arrière pensées, a prévu que le contrat devait faire mention des « *engagements réciproques* » des parties. **Cette exigence est contraire à l'esprit de l'instrument et restreint inutilement la liberté des parties**, qui auraient dû avoir le choix de prévoir ou d'exclure une contrepartie. Contrairement à ce qui a pu être écrit<sup>390</sup>, cette exigence ne résulte nullement de la nature contractuelle du véhicule. Le contrat unilatéral est, à côté du contrat synallagmatique, une forme de contrat reconnu par notre droit (art. 1106 du Code civil) ! Malgré cette évidence, la nécessité d'engagements réciproques a été inscrite dans la loi et interdit donc au propriétaire de consentir une obligation réelle environnementale dans un but purement altruiste, alors que c'est l'une des motivations qui était apparue dans tous les débats auxquels a pu donner lieu ce nouvel outil et qui est très présente dans les exemples étrangers<sup>391</sup>.

Il en découle que le contrat constitutif de l'obligation réelle environnementale est nécessairement à titre onéreux. La contrepartie prévue par le texte pourra revêtir des formes très diverses. Il pourra s'agir bien entendu d'une contrepartie financière. Ce sera notamment le cas lorsque l'obligation réelle environnementale servira à mettre en œuvre des mesures compensatoires. La contrepartie financière pourra, parfois être de nature fiscale. Une commune pourra, par exemple, demander des prestations environnementales à un propriétaire et lui accorder en contrepartie, comme l'y autorise expressément le texte, une exonération de taxe foncière sur la propriété non bâtie pour une durée qui sera librement négociée entre les parties. D'autres fois, la contrepartie pourra consister en un soutien technique du cocontractant ou en l'apport de main-d'œuvre. Il est même parfaitement concevable qu'elle se limite à une assistance intellectuelle et technique en vue, par exemple, de faire des demandes de subventions.

**Le recours à l'obligation réelle environnementale à des fins de compensation.** La loi dispose expressément que « les obligations réelles environnementales peuvent être utilisées à des fins de compensation » (article L. 132-3, al. 2). L'objet du contrat constitutif et les « finalités » des obligations souscrites peuvent donc servir à mettre en œuvre des mesures compensatoires imposées par l'administration à un maître d'ouvrage (article L. 163-1 et s.), ou par un juge au responsable d'un

---

<sup>388</sup> I. DOUSSAN, *op. cit.*

<sup>389</sup> G. J. MARTIN, « Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation *propter rem* de protection de l'environnement », *op. cit.*, p.126.

<sup>390</sup> G. GIL, « L'obligation réelle environnementale, un objet juridique non identifié ? », *Ann. Loyers* 2017/04, p. 123 et s., spéc. p. 132.

<sup>391</sup> Selon une étude publiée en 2011, le Canada avait enregistré à la fin de l'année 2007 au moins 1 359 *conservation easements*, consentis sur près de 13 000 hectares de terres appartenant à des propriétaires privés ; 45 % avaient été consentis à titre gratuit et 55 % à titre onéreux.

préjudice écologique qui, ne pouvant remettre purement et simplement en état, serait condamné à réparer par compensation en nature<sup>392</sup>.

Quoi qu'il en soit, si l'on accepte l'idée qu'un aménageur ne peut bénéficier lui-même directement d'une obligation environnementale, le schéma imaginé par le législateur est le suivant : un maître d'ouvrage (ou le responsable d'un préjudice écologique), tenu de compenser, demandera à un propriétaire de conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement, en acceptant à leur profit des obligations réelles environnementales correspondant à ses propres obligations de compensation. Le maître d'ouvrage prendra à sa charge la contrepartie due au propriétaire et le cocontractant public ou associatif jouera le rôle de « tiers-garant » de la bonne exécution des obligations.

**Les clauses obligatoires relatives aux relations entre les parties.** Outre la nécessité de mentionner dans le contrat les engagements réciproques acceptés par les parties, l'article L. 132-3 du Code de l'environnement dispose que « La durée des obligations, ... et les possibilités de révision et de résiliation doivent figurer dans le contrat ».

On peut être surpris que le législateur ait cru nécessaire d'apporter de telles précisions dans la loi. Cela ne peut s'expliquer que par les fortes résistances qui se sont manifestées<sup>393</sup>. Il fallait rassurer les lobbies qui souhaitaient limiter autant que possible la portée des engagements. Cela étant, il est très vraisemblable que, même sans la prescription légale, ces clauses auraient figuré dans les contrats conclus, car elles ne sont pas inutiles.

**S'agissant de la durée**, la question n'est pas tranchée et la nature hybride de l'ORE, entre droit réel et droit personnel, ne facilite pas la tâche ! Si l'on admet que l'ORE ne puisse pas être perpétuelle, par référence à ce que la jurisprudence a un temps paru décider en matière de droit réel de jouissance spéciale<sup>394</sup>, sa durée devrait, sous cette réserve, pouvoir être librement fixée par les parties.

Pendant les travaux parlementaires, certains avaient exprimé le vœu d'une durée longue, au motif que la protection de la biodiversité devrait s'inscrire dans la durée ; d'autres, au contraire, avaient souhaité limiter autant que possible la durée du contrat en arguant que de telles charges ne devaient pas peser trop longtemps sur la propriété. La solution dépend de deux paramètres qui doivent être conciliés : la nature juridique de l'obligation réelle d'un côté, la finalité écologique de sa constitution de l'autre. **Compte tenu de la finalité « écologique » de l'obligation réelle environnementale, une durée aussi longue que possible devrait pouvoir être retenue**, notamment lorsque le propriétaire adopte cette formule pour protéger son terrain et la biodiversité qu'il supporte, dans une perspective de « réserve volontaire ». Il se pourra, au contraire, qu'il souhaite tester l'instrument sur une durée plus courte pour éventuellement renouveler son engagement s'il répond à ses besoins.

**Les possibilités de révision** doivent également être prévues au contrat. L'ORE n'a guère de sens si la durée du contrat est très courte ; elle en a davantage pour les contrats dont l'exécution s'écoulera sur plusieurs dizaines d'années. Outre les révisions commandées par un changement de la réglementation

---

<sup>392</sup> Même si les articles 1246 et suivants du Code civil sur la réparation du préjudice écologique ne prévoient pas expressément la réparation par compensation en nature, cette modalité de réparation est implicitement possible. Une doctrine autorisée l'a d'ailleurs jugée plus appropriée dans les cas où le dommage est irréversible que la simple allocation d'une somme d'argent au demandeur (APCEF, *La Réparation du préjudice écologique en pratique*, 2016, p. 25 et s.).

<sup>393</sup> G. J. MARTIN, « La servitude contractuelle environnementale, l'histoire d'une résistance », in C. GUIBET-LAFAYE, S. VANUXEM (dir.), *Repenser la propriété*, PUAM, coll. Droits de l'environnement, 2015, p. 89 et s.

<sup>394</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 janv. 2015, *D.* 2015.599, note B. MALLET-BRICOUT, 988, chron. A.L. MEANO et 1863, obs. N. REBOUL-MAUPIN ; mais voir aussi Cass., 3<sup>e</sup> civ., 8 septembre 2016, *D.* 2017. 134, note L. d'AVOUT et B. MALLET-BRICOUT ; *ibid.* 2016. 2237, chron. A.-L. MEANO, V. GEORGET et A.-L. COLLOMP ; *ibid.* 2017. 375, obs. M. MEKKI ; *ibid.* 1789, obs. L. NEYRET et N. REBOUL-MAUPIN ; *RDI* 2016. 598, obs. J.-L. BERGEL ; *RTD civ.* 2016. 894, obs. W. DROSS ; *Deffrénois* 2016. 1119, note H. PERINET-MARQUET ; *JCP* 2016. 1692, note S. MILLEVILLE ; *ibid.* 2021, no J. LAURENT ; *ibid.* 2054, obs. H. PERINET-MARQUET ; *JCP N* 14 oct. 2016, p. 27, note J. DUBARRY et V. STREIFF ; *LPA* 4 nov. 2016, p. 11, note J.-F. BARBIERI. Voir encore *Civ. 3e*, 7 juin 2018, pourvoi n° 17-17.240.

applicable au site ou aux éléments et fonctions écologiques qui s'y déploient, il sera sage de prévoir des clauses de révision liées au suivi du site et à son évolution. S'agissant, en effet, de gérer le vivant, il est nécessaire de prévoir que les obligations pourront évoluer en fonction des résultats obtenus, soit pour être renforcées si les suivis mis en place démontrent que les actions n'ont pas été suffisantes, soit pour les alléger au contraire si les processus écologiques, une fois réhabilités et restaurés, « prennent le relai » des actions humaines. À cet égard, on insistera aussi sur l'utilité d'établir un « état zéro » du site qui permettra d'en évaluer l'évolution. La révision sera également utilement prévue pour l'hypothèse où un bail à ferme viendrait à être conclu postérieurement à la création de l'obligation réelle environnementale.

Enfin, le contrat doit contenir des clauses relatives à sa **résiliation**. Celle-ci pourra évidemment résulter de la non-exécution des engagements réciproques, mais, s'agissant d'un contrat voulu synallagmatique par le législateur, il n'était pas utile de prévoir qu'une clause spéciale l'énonce. Pour autant, le contrat pourra utilement saisir cette occasion, d'une part, pour définir « les modalités de contrôle du respect des engagements »<sup>395</sup>, d'autre part, pour préciser la procédure à respecter avant la résiliation.

Dans l'hypothèse où ces clauses obligatoires ne figureraient pas au contrat, la loi ne précise pas quelle sanction encourent les parties. On ne voit pas bien quelle autre sanction que la nullité pourrait être prononcée. Toutes les clauses énumérées par le texte ayant trait à l'intérêt privé des parties, c'est une nullité relative qui devrait s'imposer, à moins qu'il faille considérer que l'intérêt général est en cause lorsque le créancier de l'obligation réelle environnementale est une collectivité publique (C. civ., art. 1179).

#### 4. Les effets du contrat à l'égard des tiers

Si l'obligation réelle environnementale naît d'un contrat, elle demeure pour autant une obligation attachée au bien immobilier et se transmet aux différents propriétaires de ce bien pendant toute la durée de la convention. C'est là une de ses caractéristiques principales et l'un « *de ses intérêts majeurs* »<sup>396</sup>. Son opposabilité aux acquéreurs successifs et aux tiers résulte de son inscription au fichier immobilier (D. n° 55-22, 4 janv. 1955, art. 28, 1°). Il va cependant de soi que le vendeur du bien supportant l'obligation doit en informer l'acquéreur (article 1112-1 du Code civil) ; à défaut, « il pourrait engager la garantie que lui impose l'article 1638 du Code civil au titre des charges grevant l'immeuble non révélées lors de la vente »<sup>397</sup>.

C'est précisément cette opposabilité aux tiers qui a suscité beaucoup de débats et qui explique, sans toujours les justifier, les dispositions contenues dans l'alinéa 5 de l'article L. 132-3 du Code de l'environnement. Le texte, très mal rédigé, dispose, en effet, que « Le propriétaire qui a consenti un bail rural sur son fonds ne peut, à peine de nullité absolue, mettre en œuvre une obligation réelle environnementale qu'avec l'accord préalable du preneur et sous réserve des droits des tiers. L'absence de réponse à une demande d'accord dans le délai de deux mois vaut acceptation. Tout refus doit être motivé. La mise en œuvre d'une obligation réelle environnementale ne peut en aucune manière remettre en cause ni les droits liés à l'exercice de la chasse, ni ceux relatifs aux réserves cynégétiques ». Il faut distinguer trois situations : celle des « tiers », celle du preneur à bail rural, dont on peut comprendre qu'elle ait fait l'objet d'un régime spécial, et enfin celle des chasseurs, qui ont ici simplement réussi leur exercice de lobbying.

**La situation des « tiers ».** Comme il vient d'être rappelé, l'obligation réelle environnementale leur est opposable dès lors qu'elle a été inscrite au fichier immobilier. Fallait-il ajouter qu'elle ne peut être mise en œuvre que sous réserve de leurs droits ? Évidemment non. La solution résulte du droit commun. Si en acceptant des engagements, le propriétaire viole des droits antérieurement acquis par des tiers, il

<sup>395</sup> N. REBOUL-MAUPIN et B. GRIMONPREZ, *op. cit.*, p. 2080.

<sup>396</sup> *Ibid.*

<sup>397</sup> *Ibid.*, p. 2079.

engage à leur égard sa responsabilité. Il en irait ainsi, par exemple, si les engagements du propriétaire venaient à contredire une servitude acquise par un voisin ou un droit personnel dont ce voisin serait titulaire. Depuis la disparition des actions possessoires, le voisin victime d'une atteinte à ses droits pourra utiliser l'action en référé (C. proc. civ., art. 808 et 809) pour faire cesser la situation illicite et obtenir, au fond, la réparation de son préjudice.

**La situation du preneur à bail rural.** Le législateur ayant consacré des dispositions spéciales relatives au bail rural, il faut d'abord en déduire que tous les autres titulaires de baux doivent être rangés dans la catégorie résiduelle des tiers dont les droits, acquis antérieurement, doivent être respectés. En revanche, un doute peut naître sur le périmètre des dispositions spéciales relatives au « bail rural ». Ces dispositions visent-elles « toutes les locations à caractère agricole ou seulement celles qui relèvent du statut du fermage (C. rur., art. L. 411-1) ? »<sup>398</sup> La réponse nous paraît aller de soi. En visant le preneur à bail rural, le législateur n'a visé que le fermier. C'est seulement des risques que l'ORE pouvait faire courir au statut du fermage dont il a été question pendant les débats parlementaires, comme au cours des longues discussions qui ont précédé. De surcroît, le caractère spécial de ces dispositions commande une lecture restrictive. Les autres titulaires d'un bail à caractère agricole non soumis au statut du fermage doivent donc être considérés comme de simples « tiers ».

Si le texte consacre des dispositions spéciales à cette catégorie de preneurs, c'est en raison, d'une part, de l'intense pression que les organisations syndicales agricoles ont fait peser sur le législateur et, d'autre part, du fait qu'un grand nombre d'obligations réelles environnementales pourront concerner des terres agricoles exploitées en fermage. Le législateur a donc prévu que celles-ci ne pourraient être mises en œuvre qu'avec l'accord préalable du preneur. Il ne faut pas s'attacher à la maladresse de rédaction qui, en visant la « mise en œuvre », pourrait laisser penser que seule l'exécution de l'obligation réelle environnementale est en cause. En réalité, il s'agit bien là d'une condition de validité du contrat. C'est si vrai que le non-respect de cette disposition est sanctionné par une « nullité absolue ». Remarquons à ce propos que le législateur a ainsi fait peu de cas de la distinction entre les nullités relatives et les nullités absolues posée par l'article 1179 du Code civil. On a du mal à considérer, en effet, que les intérêts du preneur concernent l'intérêt général !

Le texte poursuit en précisant que « l'absence de réponse à une demande d'accord dans le délai de deux mois vaut *acceptation* », ce qui a évidemment pour objet d'éviter de geler la situation si le preneur ne prend pas la peine de répondre.

Enfin, le législateur a prévu que « tout refus » du preneur devait être motivé. On comprend que le législateur n'ait pas voulu laisser au preneur la liberté de s'opposer à la constitution de l'ORE par pur caprice ou seulement par opposition de principe à son propriétaire et à l'obligation elle-même. Il faut alors peut-être considérer que la loi a voulu « envoyer un signal » au juge, qui sera éventuellement saisi d'un refus, pour lui indiquer que son contrôle devrait aller plus loin que le contrôle traditionnel de l'abus de droit et prendre en compte les données objectives de la situation (nature du terrain, intérêt de la biodiversité protégée, limites aux droits du preneur), et pas seulement l'intention maligne ou le caprice du preneur. Dans tous les cas, la demande adressée au preneur devrait ouvrir une phase de négociations avec le propriétaire. Si l'ORE a pour effet de limiter les droits et la liberté d'exploitation du preneur, celui-ci conditionnera très légitimement son accord à une révision à la baisse de son loyer ou à une autre forme de compensation, comme par exemple, l'extension de la surface des terres louées.

Dès lors que l'accord du preneur sera donné expressément ou tacitement, l'obligation réelle environnementale ne deviendra pas pour autant une obligation du preneur. Seul le propriétaire restera tenu. Si, comme il est vraisemblable, les obligations réelles qui pèsent sur le propriétaire ne peuvent être

---

<sup>398</sup> N. REBOUL-MAUPIN et B. GRIMONPREZ, *op.cit.*, p. 2081.

exécutées sans l'action ou l'abstention du preneur, il conviendra soit d'intégrer ces obligations dans le bail au moyen de clauses environnementales, lorsque c'est possible, soit de demander au preneur de souscrire auprès du créancier un contrat de prestation de services environnementaux en contrepartie d'une rémunération. Le plus simple en pratique sera de faire comparaître le fermier au contrat constitutif des obligations réelles environnementales en insérant dans ce contrat, d'une part, l'accord formel du fermier et, d'autre part, une délégation ou une convention de prestation de services obligeant le fermier à exécuter ces obligations. C'est d'ailleurs ce que semble suggérer l'article L. 163-2 du Code de l'environnement lorsqu'il traite de la compensation écologique.

Il reste qu'en évoquant le bail rural, le législateur n'a envisagé que la situation née d'un bail déjà souscrit au moment où l'ORE est constituée. Que faut-il décider lorsque le bail rural est consenti alors que l'ORE est déjà en place ? La première règle qui trouvera à s'appliquer est évidemment celle qui commande au propriétaire d'informer le futur fermier de l'existence et du contenu d'une obligation réelle grevant le terrain loué (article 1112-1 du Code civil). Cela devrait suffire à lui opposer les obligations réelles négatives ou passives<sup>399</sup>.

Quant aux obligations positives, commandant une action, elles ne pourraient être opposables que si l'on admettait que le contrat a fait naître un droit réel. Or, nous avons vu que tel n'était pas le cas en droit strict, même si, en fait, la situation est très comparable. Il conviendra donc, par précaution, soit d'insérer dans le bail rural des clauses environnementales reprenant les obligations du propriétaire, soit de réviser le contrat constitutif de l'obligation réelle, si la clause de révision le prévoit, pour y faire comparaître le nouveau fermier.

**La situation des chasseurs.** Il faut enfin évoquer la situation des chasseurs. Pour contenter le lobby cynégétique, le législateur a cru bon de ne pas ranger les chasseurs parmi les tiers dont les droits devaient être respectés et de lui consacrer une disposition spéciale qui n'ajoute ni ne retranche pourtant rien au droit commun. L'image du Parlement n'a rien à gagner à de telles pratiques. La mise en œuvre d'une ORE ne pourra donc « en aucune manière remettre en cause ni les droits liés à l'exercice de la chasse, ni ceux relatifs aux réserves cynégétiques ». Heureusement, le législateur n'a pas accepté d'aller plus loin et de conditionner la constitution de l'ORE à l'accord des chasseurs. C'eût été signer l'acte de décès du nouvel outil. La violation des droits des chasseurs ne pourra évidemment pas paralyser l'ORE et ne pourra donner lieu qu'à l'engagement de la responsabilité du propriétaire.

## 5. Le régime fiscal de l'obligation réelle environnementale

C'est sur ce point, malheureusement, que le texte est le plus discret, alors que toutes les études menées, notamment aux États-Unis, démontrent que c'est l'incitation fiscale qui a été la clé du succès de ce nouvel instrument. Le législateur a seulement prévu, d'une part, que le contrat constitutif de l'obligation réelle environnementale serait exonéré des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière, d'autre part, que les communes auraient la faculté, à partir du 1er janvier 2017, de dispenser de la taxe sur les propriétés foncières non bâties les propriétaires s'étant engagés dans ce dispositif. C'est à l'évidence très insuffisant pour promouvoir l'outil.

## §4. Propositions de réformes

À la lumière de ce qui précède, il nous semble que l'effectivité de l'ORE gagnerait à ce que les trois réformes suivantes soient entreprises<sup>400</sup> :

---

<sup>399</sup> N. REBOUL-MAUPIN et B. GRIMONPREZ, *op. cit.*, p. 2080.

<sup>400</sup> V. *Infra*, annexe 1, n°12, Propositions de réformes relatives à l'ORE.

- **Admettre la constitution d'une ORE à titre purement gratuit, et donc supprimer, au sein de l'article L. 132-3 du Code de l'environnement, la référence à la nécessité d'« engagements réciproques ».**
- **Permettre que l'ORE soit établie par testament, et donc ajouter, à l'article L. 132-3 du Code de l'environnement, une référence à l'acte juridique unilatéral.**
- **Rendre le régime fiscal plus incitatif**

Diverses propositions ont déjà été formulées en ce sens.

Le Congrès des notaires qui s'est tenu à Cannes en mai 2018 a fait une première proposition : l'absence d'imposition de la contrepartie versée au propriétaire. Cette proposition est intéressante, mais elle ne vise que les ORE donnant lieu à des flux financiers, ce qui ne sera pas toujours le cas.

D'autres idées sont dans le débat. On songe, par exemple, à la généralisation de l'exonération de la taxe sur les propriétés foncières non bâties, telle qu'elle existe pour les parcelles situées en zones humides (CGI, art. 1395 B bis) ou en zone Natura 2000 (CGI, art. 1395 E), sous réserve qu'une compensation soit accordée par l'État aux collectivités locales pour cette perte de revenus.

Une autre piste, plus novatrice, serait de considérer l'activité de maintien, de conservation, de gestion ou de restauration de la biodiversité comme une véritable activité productrice de richesses (et notamment de services écosystémiques, mais aussi de produits économiques « directs », comme les produits bio) et de soumettre les revenus issus de cette activité au prélèvement forfaitaire unique (de 30 %) tel qu'il a été institué à la fin 2017 pour les revenus des valeurs mobilières.

Il a également été proposé d'exonérer de tout ou partie des droits la transmission à titre gratuit ou à titre onéreux du terrain d'assiette d'une ORE. Dans cette hypothèse, il conviendrait cependant de veiller à ce que l'ORE ne soit pas utilisée des fins d'évasion fiscale.

On pourrait en outre songer à utiliser l'outil fiscal pour inciter les propriétaires à accepter des durées de contrat assez longues.

Enfin, la question se pose de conditionner les avantages fiscaux à une exigence de compatibilité entre le projet de conservation mené dans le cadre de l'ORE et les orientations définies par les pouvoirs publics en la matière<sup>401</sup>.

---

<sup>401</sup> En ce sens, v. G. Korngold, *op. cit.* ("Nonprofit ownership of conservation easements means that government does not have to bear direct expenses to acquire and steward conservation easements." In an era of tight governmental budgets and cuts, private resources may be essential (if not the only way) to sustain open space and habitat conservation. There are, however, significant tax subsidies to private conservation easements that, in effect, transfer acquisition costs to the federal, state, and local government. (..) Primarily, I have urged that the federal income tax deduction for conservation easements should only be granted if the easement is approved by local, state, or federal authorities as being consistent with a governmental conservation plan." This will ensure that the public financial investment through the tax subsidy is being well spent, with the easement being a part of a valid conservation goal. Such a process would also provide for community input through the election of local officials who approve the conservation plans. The requirement of approval is consistent with the treatment of historical easements where prior governmental approval of the significance of the building or site is needed for a deduction. Finally, freedom of choice of owners is being maintained because owners may still donate easements-the public simply will not pay for those that do not serve a defined public interest.")

## Section 4.4. Les œuvres sous licences *Copyleft*<sup>402</sup>

Les licences libres ou *copyleft*, qui ont été développées par certains auteurs pour accorder de larges libertés d'utilisation de leurs œuvres et ainsi opter pour un refus d'un droit d'auteur jugé trop exclusif et pour un partage des créations avec le public, constituent un autre cas d'affectation volontaire de biens à un intérêt commun. Le projet de l'œuvre libre offre de la sorte un mode d'exploitation alternatif du droit d'auteur, subvertissant l'exclusivité de la propriété en une inclusivité créatrice d'une communalité. Cette finalité donnée à l'œuvre résulte d'un acte de volonté du propriétaire qui se traduit par l'application au bien immatériel de normes d'usage collectif et partagé. C'est une technique contractuelle particulière qui réalise cette affectation au service d'un intérêt commun, à rebours de l'intérêt propre du titulaire de droit d'auteur que la propriété littéraire et artistique est censée protéger. Mais la création de ce commun contractuel et volontaire, à la faveur de l'outil juridique particulier que constitue l'obligation d'extension de la liberté à toute œuvre dérivée, soit l'obligation de *copyleft* proprement dite, revêt l'affectation d'un effet quasi-réel, transformant l'œuvre elle-même, soit l'objet du droit d'auteur en œuvre libre, et plus uniquement en objet d'un contrat limité aux parties, ce qui en fait un mécanisme juridique fort singulier.

Après avoir rappelé la notion de licence libre, son historique et les divers projets et modèles qui se sont développés autour de cette idée d'une utilisation partagée des œuvres (§1), sera explorée la manière dont ces licences dites *copyleft* créent du commun, par un acte d'affectation volontaire, la constitution d'une communauté et les usages communs non exclusifs ainsi autorisés (§2). Le régime juridique de la communalité ainsi créée par cette technique particulière d'affectation volontaire sera ensuite étudiée (§3), particulièrement dans l'hybridation inédite entre droit de propriété et contrat que les licences *copyleft* opèrent, et l'inclusion de tout utilisateur potentiel de l'œuvre dans les droits accordés par le contrat.

Ce recours au contrat explique par ailleurs que la thématique des licences *copyleft* n'appelle pas de modifications et réformes législatives, les techniques d'affectation auxquelles elles recourent ne suscitant pas les mêmes difficultés que pour les autres techniques d'affectation volontaire ici étudiées. Certains obstacles au libre choix des auteurs d'une diffusion de leurs œuvres dans un modèle libre ont déjà été levés par le législateur, en matière de gestion collective et de cession du droit sur les publications scientifiques à des éditeurs.

À tout le moins le droit français pourrait reconnaître la spécificité de cette catégorie nouvelle de droit, mi-contractuel, mi-réel, figure juridique hybride mêlant exclusivité du droit de propriété, droit personnel contractuel et droit réel résultant de la chose elle-même, telle que reconfigurée par la licence libre.

### §1. *Copyleft*, licences libres et œuvres libres : un nouveau modèle en droit d'auteur

Il n'existe pas de définition consacrée des œuvres libres ou des licences libres ou *copyleft*. Mélanie Clément-Fontaine, auteure d'une thèse sur l'œuvre libre<sup>403</sup>, la définit comme « une œuvre plurale et évolutive, car les auteurs en permettent la copie, la diffusion et surtout la modification sans autres restrictions que celles nécessaires pour garantir ces libertés »<sup>404</sup>. Le logiciel libre, inventeur du mouvement du libre et du *copyleft*, peut être défini comme « un logiciel dont le code source est fourni accompagné d'une licence accordant à tout utilisateur les quatre libertés suivantes : 1° la liberté

---

<sup>402</sup> Rédactrice : Séverine DUSOLLIER

<sup>403</sup> M. CLEMENT-FONTAINE, *L'œuvre Libre*, Larcier, Bruxelles, 2014.

<sup>404</sup> M. CLEMENT-FONTAINE, « Œuvre libre », in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 852.



d'exécuter le logiciel, pour tout usage et sans restrictions particulières, 2° la liberté d'étudier le fonctionnement du programme et de l'adapter à ses propres besoins, ce qui signifie pouvoir en corriger les erreurs, ou supprimer certaines parties du code, ou encore ajouter des extensions ou fusionner avec son propre code (ou le code d'une tierce partie) les modules existants ; 3° la liberté de copier le logiciel et d'en redistribuer les copies ; 4° la liberté de transformer le programme et de publier ces informations, « pour en faire profiter toute la communauté »<sup>405</sup>.

Cette deuxième définition, si elle se concentre sur le logiciel, a le mérite d'insister sur la composante contractuelle qui institue le caractère libre de l'œuvre. C'est en effet la licence dite libre qui crée l'œuvre libre, et notre contribution analysera de concert le mécanisme juridique de cette licence particulière et son objet, l'œuvre libre.

Sur le plan terminologique, la licence libre est également dénommée licence *open source*, principalement s'agissant des programmes d'ordinateur pour insister sur la mise à disposition du code source, ou licence *open access* ou *copyleft*. Cette dernière expression sera particulièrement étudiée, car elle réfère à un mécanisme spécifique qui crée de la communalité.

L'idée des licences libres est née de Richard Stallman, chercheur en informatique au MIT et inventeur des concepts de logiciel libre et d'*open source*. Irrité par l'évolution de la commercialisation des programmes d'ordinateur, devenus des produits verrouillés et soumis à des licences très restrictives qui empêchaient toute manipulation et amélioration du programme, Stallman fonde un nouveau cadre de développement et de création de logiciels basé sur l'échange et la connaissance du fonctionnement des logiciels, principes qui caractérisent, selon lui, le développement et la recherche informatique<sup>406</sup>. Le concept du logiciel libre est lancé à la fois par l'appel aux programmeurs en faveur de développement de logiciels distribués librement et avec divulgation du code source, et par la création de la Free Software Foundation<sup>407</sup> et de la première licence dite libre, la GPL, acronyme de *General Public Licence*. Son principe est d'accorder à l'utilisateur des droits d'utilisation, de reproduction, de distribution et de modification du logiciel à la condition que chaque copie du programme comporte une notice valable de copyright et une exonération de garantie. Le code source doit toujours être fourni ou disponible. Aucune garantie ne s'applique au programme ainsi distribué. La licence s'applique de manière automatique à chaque nouvelle copie du logiciel ainsi qu'à chaque logiciel dérivé ou modifié<sup>408</sup>.

Loin d'être un projet anarchiste ou minoritaire, porté par quelques *geeks* épris de liberté, la licence libre va devenir un modèle d'affaires alternatif très répandu, notamment grâce au succès du système d'exploitation Linux qui y adhère. Des sociétés informatiques commerciales importantes, telles qu'IBM ou Sun, s'y mettent également, misant sur le marché de services que la distribution libre de logiciels ne manque pas d'engendrer.

Le modèle du libre a largement inspiré d'autres projets de *copyleft*, qui, cette fois, concernent toutes sortes d'œuvres. Un collectif d'artistes français a, dès 2000, développé une licence dite Licence Art Libre<sup>409</sup>, inspirée du modèle de la *General Public Licence* s'appliquant aux logiciels. En 2002, Lawrence Lessig, professeur à Stanford, crée le projet *Creative Commons*, qui donne aux créateurs les outils juridiques, licences et autres, pour diffuser leurs œuvres dans un modèle libre<sup>410</sup> : l'auteur d'une œuvre artistique, littéraire, musicale, informationnelle ou autre, qui souhaite adhérer à ce modèle, autorise une large utilisation et distribution de ses œuvres, en déterminant les conditions et limites de cette autorisation : possibilité de modifier l'œuvre ou non, utilisation commerciale autorisée ou non, obligation de verser les

<sup>405</sup> P.-A. MANGOLTE, « Logiciel libre (approche économique) », in *Dictionnaire des biens communs*, op. cit., p.762.

<sup>406</sup> Pour une histoire plus complète de l'open source, voir L. LESSIG, *The Future of Ideas* □ *The Fate of the Commons in a Connected World*, Random House, New York, 2001, spéc. chap. 4 ; M. CLEMENT-FONTAINE, *L'œuvre libre*, op. cit., p. 72 et suiv.

<sup>407</sup> Voir le site de la FSF sur <<http://www.fsf.org>>.

<sup>408</sup> Sur les caractéristiques des contrats de logiciels libres, voir E. MONTERO (ed.), *Les logiciels libres face au droit*, Bruylant, Bruxelles, coll. Cahiers du CRID, 2005.

<sup>409</sup> La Licence Art Libre, initiée par Antoine Moreau et le mouvement Copyleft Attitude, est disponible sur le site <<http://artlibre.org>>. Ce modèle précurseur a été dépassé par le succès planétaire des licences Creative Commons.

<sup>410</sup> Voir <http://creativecommons.org>.

modifications dans le même modèle ou non. Dans ces projets de création littéraire ou artistique, plus question de fournir le code source de l'outil informatique, mais surtout de favoriser la diffusion, le partage et la modification. La contagion du modèle d'*open source* de l'informatique aux autres formes d'art est un succès tant le recours aux licences *Creative Commons* est devenu une alternative significative à un modèle plus classique d'exercice du droit d'auteur et est pratiqué par de nombreux créateurs ainsi que par des projets majeurs de diffusion d'œuvres et d'informations. Par exemple les contenus de Wikipedia sont tous soumis à une licence *Creative Commons* qui en autorise la libre copie, diffusion et modification. Toutes ces initiatives, qui ont même trouvé un terrain d'expansion en droit des brevets<sup>411</sup>, partagent le projet de favoriser un accès partagé et collectif aux ressources intellectuelles, produites et diffusées dans une logique opposée à celle de la propriété exclusive. C'est aussi une contestation du modèle dominant de la propriété intellectuelle, visant à substituer au principe du « *Tous droits réservés* » que représente le droit d'auteur, un message de « *Certains droits réservés* ».

## §2. Liens des licences *copyleft* et de la communalité

Les licences libres et les créations diffusées sous ce modèle sont très largement qualifiées de communs et sont venues nourrir la recherche et la réflexion sur les communs numériques et communs informationnels<sup>412</sup>. Mélanie Clément-Fontaine relève ainsi plusieurs dimensions « communes » dans les œuvres libres : l'existence d'une communauté de personnes à la source de la création, d'une part, et la jouissance commune qu'elle autorise, d'autre part<sup>413</sup>. La communauté de créateurs n'est pas un trait essentiel des œuvres libres, celles-ci pouvant être créées par un auteur unique, mais ensuite mises à la libre disposition de tous, créant de la sorte une communauté d'utilisateurs qui peuvent, pour certain.e.s, devenir créateurs et contributeurs à leur tour. Il n'en reste pas moins que le mouvement du libre est aussi un processus d'éclosion de communautés, rassemblées autour de projets de création d'œuvres communes et évolutives ou de l'amélioration d'une création librement modifiable.

Le commun réside aussi dans la stratégie de résistance des licences libres à l'expansion des droits de propriété intellectuelle et à la « nouvelle enclosure » qu'ils représentent, qui contraste avec l'émergence des libertés de diffusion et de création numérique et des communautés sur Internet. Les licences libres et le modèle de partage et de diffusion qu'elles imaginent constituent le commun qui vient en contrepoint de la propriété exclusive. Dans l'environnement numérique, ces œuvres librement partagées forment une nouvelle famille de communs qui complète les catégories généralement étudiées par Ostrom et d'autres dans le monde tangible<sup>414</sup>. Ce qui les rassemble dans le monde du commun est le refus d'une propriété exclusive et excluante au profit d'un partage de la création. Ce qui les distingue est le caractère non rival de la ressource immatérielle (ce qui suscite des modèles de gouvernance spécifiques<sup>415</sup>), la substitution du besoin de production et d'enrichissement de la création au risque d'épuisement de la ressource qui marquait généralement les communs tangibles, ainsi que l'insistance sur la circulation du bien, favorisée par les réseaux numériques. Juridiquement, la licence *copyleft* est surtout une technique d'affectation volontaire d'un bien immatériel à un usage commun, mais une technique particulière que nous analyserons plus loin.

Seront développés rapidement ces divers points : l'affectation au commun par un acte de volonté (1) ; la constitution d'une communauté (2) ; les usages communs non exclusifs (3).

<sup>411</sup> S. BOETTIGER et D. BURK, "Open Source Patenting", *Journal of International of Biotechnology Law*, 2004, p. 221; J. HOPE, "Open Source Genetics: A Conceptual Framework", in G. VAN OVERWALLE (ed.), *Gene Patents and Collaborative Licensing Models. Patent Pools, Clearinghouses, Open Source Models and Liability Regimes*, Cambridge University Press, 2009, p. 171-193.

<sup>412</sup> M. MADISON, B. FRISCHMANN et K. STRANDBURG, "Constructing commons in the cultural environment", 95 *Cornell L. Rev.* 657 (2010); B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, LLL, 2015 ; B. CORIAT, « Communs informationnels », in *Dictionnaire des communs*, *op. cit.*, p. 275.

<sup>413</sup> M. CLEMENT-FONTAINE, « Œuvre libre », in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p.852.

<sup>414</sup> B. CORIAT, « Communs (approche économique) », in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 268.

<sup>415</sup> M. MADISON, B. FRISCHMANN et K. STRANDBURG, *Governing Knowledge Commons*, Oxford University Press, 2014.

## 1. Un commun consenti et institué

L'œuvre libre devient un commun par un acte d'institution de son propriétaire. Le commun n'est ni naturel ni essentiel, mais résulte d'un processus de mise en commun, d'une affectation volontaire. Dans une approche politique du commun, on préférera lier l'œuvre libre au processus de création en commun, au *commoning*<sup>416</sup> propre à certaines communautés, telles les communautés particulières du logiciel libre<sup>417</sup> ou les ensembles de contributeurs de Wikipedia<sup>418</sup>.

L'œuvre libre s'inscrit aussi dans une approche organisationnelle et institutionnelle du commun. Dans cette perspective c'est la licence libre qui transforme l'œuvre, la création, normalement propriété exclusive de son auteur, en commun. La licence est le système de gouvernance qui organise l'usage et la création en commun ou fait partie de ce système. Lorsqu'une auteure décide de diffuser sa création sous une licence libre, elle s'arrime à un régime contractuel qui fonctionne comme un système de gouvernance déterminant les conditions d'utilisation et de circulation de l'œuvre.

Dans d'autres cas, la gouvernance est plus large et organise un processus de création collective, dont la licence libre n'est qu'un élément. C'est en participant à la création collaborative que l'auteur inscrit son apport dans un régime libre et une communauté où l'institution du commun préexiste au travers d'arrangements institutionnels parfois complexes<sup>419</sup>. La collaboration à l'encyclopédie Wikipedia en est une illustration.

Mais l'approche téléologique ou fonctionnelle n'est pas en reste et peut également expliquer que la mise en commun d'un logiciel, d'une création est adoptée en vue d'étendre l'accès à ces ressources et d'optimiser leur production. Les écrits de Stallman sur le logiciel *open source*<sup>420</sup>, ainsi que ceux de Lawrence Lessig sur les licences *Creative Commons*<sup>421</sup>, sont éclairants à cet égard.

## 2. Les communautés du libre

L'œuvre libre, si elle constitue un bien commun en raison de la mise en commun de la plupart de ses usages, n'institue pas forcément sa propre communauté. La communauté du libre peut lui préexister, lui être concomitante ou se créer autour de sa mise à disposition, en aval. En outre, la communauté peut regrouper indifféremment les créateurs et les utilisateurs de l'œuvre, d'une manière assez fluide.

Une première hypothèse est celle d'une communauté épistémique<sup>422</sup> qui s'est organisée autour d'un projet de création ou d'information. Wikipedia en est un exemple et rassemble autour du projet d'une encyclopédie des savoirs, des milliers de contributeurs. Les communautés très régulées qui existent dans le domaine de la programmation informatique (Communauté Debian ou Python) en sont d'autres.

Ces communautés créent de multiples œuvres, dans un processus de création commune et collaborative, qui seront normalement mises à disposition du public dans un modèle de licence libre (par exemple une licence Creative Commons pour Wikipedia). Ces œuvres émergent donc de la communauté, mais chaque

---

<sup>416</sup> S. HELFRICH et D. BOLLIER, « Commoning », in *Dictionnaire des communs*, *op. cit.*, p. 207. V. *supra* Partie 1, pour les diverses acceptions.

<sup>417</sup> C. LAZARO, *La liberté logicielle : une ethnographie des pratiques d'échange et de coopération au sein de la communauté Debian*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, Anthropologie prospective n° 2, 2008.

<sup>418</sup> N. JULLIEN, « Wikipédia », in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p.1226.

<sup>419</sup> M. MADISON, B. FRISCHMANN et K. STRANDBURG, *Governing Knowledge Commons*, *op. cit.*, p. 3-4.

<sup>420</sup> Voir notamment <http://www.gnu.org/philosophy/free-software-even-more-important.html>.

<sup>421</sup> L. LESSIG, *op.cit.*

<sup>422</sup> Voir la définition qu'en donne M. Clément-Fontaine : « réunion de personnes autour d'un projet qui forment de la sorte un groupe, non doté de la personnalité juridique, mué par une communauté d'intérêts, visant à produire et partager des connaissances encyclopédiques ou techniques (épistémiques) » (Communauté épistémique (numérique) (approche juridique), in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*, p. 237).

œuvre libre n'institue pas à l'inverse sa propre communauté. La taille de la communauté est bien plus grande que l'ensemble des auteurs d'une œuvre particulière qui peut en résulter.

L'organisation de ces communautés de création et de contribution en amont de l'œuvre libre, notamment les communautés de logiciel libre, est généralement strictement encadrée et coordonnée, non sans une certaine hiérarchisation des contributeurs. Certaines personnes assument en effet un rôle d'administrateurs chargés de faire respecter les règles de la création en commun et du processus d'apport et de modification et d'arbitrer les éventuels conflits entre contributeurs.

Des communautés plus réduites peuvent se constituer au fur et à mesure de la création d'une œuvre collaborative et libre. Tel serait le cas de l'écriture en ligne d'une *fan fiction*, évolutive au gré des apports des auteurs. Ce type de communauté dont le projet se concentre sur l'écriture d'une œuvre particulière sera d'une taille plus limitée et probablement régie par des règles de gouvernance plus lâche et une absence de hiérarchie.

Une communauté d'utilisateurs peut enfin être instituée en aval de la création d'une œuvre libre, rassemblant les utilisateurs de celle-ci dès sa diffusion. Cette communauté sera potentiellement très large, mais moins organisée. Elle regroupera simples utilisateurs et utilisateurs plus actifs développant des versions dérivées de l'œuvre et devenant de ce fait auteurs libres à leur tour. Lorsque ces contributions dérivées chercheront à s'organiser pour développer l'œuvre initiale, une communauté plus restreinte et épistémique pourrait se constituer de manière plus institutionnalisée. Par exemple, si le logiciel Linux est l'œuvre d'un auteur, Linus Torvalds, sa diffusion sous GPL a suscité à la fois l'émergence de nombreuses communautés d'utilisateurs, plus ou moins organisées, et la naissance de communautés de développeurs autour de projets particuliers d'applications dérivées.

Les communautés des œuvres libres sont donc poreuses et évolutives : elles mêlent utilisateurs et créateurs d'œuvres, les premiers pouvant se transformer en seconds, et elles se reproduisent au gré des projets de dérivations et de séparations multiples que peut connaître une œuvre libre.

La licence libre n'organise que les règles d'usage en aval de la communauté, mais non les règles de création en commun. La détermination de ces règles d'usage est également centralisée, que ce soit au sein de la *Free Software Foundation* pour la licence GPL ou du *Board of Directors* pour la licence *Creative Commons*. Ces organes sont responsables de la rédaction de versions successives de la licence, parfois soumises à discussion auprès des communautés d'utilisateurs et contributeurs, ce qui réintroduit une relative dose de commun dans la gouvernance.

### 3. Les usages communs non exclusifs

Il existe une grande variété de licences libres qui modulent les usages autorisés de manière différente. La communauté du logiciel *open source* en tout cas exige que les libertés suivantes soient garanties :

1. Liberté d'utilisation
2. Liberté d'étudier le fonctionnement du programme et de l'adapter à ses besoins
3. Liberté de redistribuer le programme
4. Liberté d'améliorer le programme et de publier ses modifications.

Les licences *Creative Commons*, développées sur le modèle du logiciel libre, peuvent engendrer une communalité plus limitée, car elles permettent à l'auteur de moduler les libertés qu'il accorde. Seuls les usages non commerciaux peuvent par exemple être autorisés (Licences CC non-commerciales) et la modification de l'œuvre peut être interdite (Licences CC – Pas d'œuvres dérivées).

Certaines licences vont ensuite être qualifiées de licences *copyleft* dans la mesure où elles imposent que la redistribution des modifications de l'œuvre soit effectuée dans les termes de la même licence ou d'une

licence libre équivalente. C'est le cas de la licence GPL pour les logiciels, et de la plupart des licences *open source*, et de la version 'Partage-à-l'identique' des licences *Creative Commons*. Ce mécanisme de copyleft, que nous décrivons plus amplement ci-dessous, est généralement appelé « viralité », car il s'attache à propager le « virus » des libertés qu'accordent les licences, tout au long de la chaîne des modifications et améliorations successives de l'œuvre ainsi mise en circulation<sup>423</sup>.

Dans le cadre de cette contribution, nous analyserons un modèle-type de licences libres, qui autorise les modifications et oblige à une redistribution libre. Que la licence soit réservée aux usages non-commerciaux ou ouverte à tout type d'usages importe peu pour notre propos, sauf à varier la taille de la communauté des utilisateurs concernés.

Ces usages autorisés créent du commun en raison d'une double absence d'exclusivité. Dans le chef du titulaire du droit d'auteur en premier lieu, qui se dépouille de l'exclusivité de ses droits au profit d'autrui, empêchant en outre toute reconstitution d'une réservation exclusive sur ce qu'il a créé, par l'effet viral des licences appliquées<sup>424</sup>. En second lieu, les « licenciés » de ces licences particulières se voient conférer une liberté d'utilisation non-exclusive qui, à l'opposé des licences classiques, se caractérise par l'ampleur des libertés accordées et par le pouvoir symétrique que partagent tous les utilisateurs<sup>425</sup>.

### §3. Régime juridique de la communalité des licences copyleft

L'œuvre libre est une construction doctrinale. Elle n'est pas en tant que telle accueillie par le droit et aucun régime juridique spécifique ne s'y adosse. Au contraire, elle se constitue par des mécanismes juridiques classiques : la propriété et le contrat. C'est davantage la combinaison inédite de ces deux mécanismes qui inscrit l'œuvre libre dans un statut juridique original, par un mécanisme d'affectation volontaire.

Les licences libres s'appuient en effet sur le droit de propriété intellectuelle pour l'appliquer à rebours, c'est-à-dire pour autoriser largement l'utilisation et la circulation de l'œuvre (1). Les licences dites *copyleft* contiennent en outre un mécanisme d'extension des termes du contrat à toute nouvelle copie ou dérivation de l'œuvre, se propageant ainsi au-delà des seules parties au contrat (2).

#### 1. Des contrats reposant sur le droit de propriété

L'innovation des licences *open source* s'appliquant au logiciel est de ne pas avoir voulu renoncer au droit d'auteur qui les protégeait, mais bien de prendre appui sur les droits exclusifs pour garantir et maintenir l'accessibilité publique des œuvres et de leurs dérivations. À l'inverse d'un abandon de l'œuvre dans le domaine public, espace sans protection juridique<sup>426</sup>, les licences libres créent « un commun auto-

---

<sup>423</sup> Sur la technique juridique de la viralité, voir M. RADIN, "Humans, Computers, and Binding Commitment", *Indiana Law Journal*, 2000, Vol. 75, p. 1132; S. DUSOLIER, *Sharing access to Intellectual property through private ordering*, 82 *Chicago-Kent Law Review*, 1391 (2007), p.1418, disponible sur [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2135213](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2135213); M. LAMBRECHT, *Licences ouvertes et exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique. Subvertir ou réformer ?*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 182.

<sup>424</sup> Y. COOL et P. LAURENT, « Repères pour comprendre le mouvement libre », in *Les logiciels libres face au droit*, Bruylant, Bruxelles, collection *Cahiers du CRID*, volume 25, 2005, p. 1-22.

<sup>425</sup> Il y aurait sans doute à faire preuve de plus de précision. Les licences libres ne profitent pas toujours à tous les utilisateurs de l'œuvre ou de l'invention. C'est le cas du logiciel libre qui selon le dogme de l'open source, ne peut discriminer entre utilisateurs. Cela l'est moins des licences Creative Commons qui peuvent réserver le bénéfice des libertés aux utilisateurs non-commerciaux (licences non commerciales) mais aussi du brevet libre qui opère généralement au sein d'un « club » de membres et non à l'égard de tout utilisateur potentiel de la technologie.

<sup>426</sup> Sur ce point, voir V.-L. BENABOU et S. DUSOLIER, "Draw me a public domain", in P. TORREMANS (ed.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edgar Elgar, 2007, p. 161.

contraignant plutôt qu'un domaine public non soumis à restriction »<sup>427</sup>. De la GPL aux licences *Creative Commons*, elles affirment que les œuvres qui en sont l'objet sont protégées par le droit d'auteur, pour mieux autoriser sur cette base les libertés qu'elles accordent. L'assertion du droit intellectuel est d'ailleurs et paradoxalement la pierre fondatrice de l'édifice, et constitue la stratégie choisie pour empêcher toute reconstitution de l'exclusivité au détriment de l'idéologie d'ouverture. La propriété sur l'œuvre est *affectée* au commun, elle n'est pas *abandonnée* au commun. Les droits accordés à l'utilisateur le sont en vertu du droit exclusif de l'auteur qui choisit d'inscrire la diffusion de son œuvre dans un modèle de *copyleft*. Seules ces licences accordent à l'utilisateur les droits nécessaires à l'exploitation de l'œuvre. Qu'il décide d'utiliser l'œuvre au-delà du cadre autorisé par l'auteur, de la modifier, de la distribuer ou de la copier sans en partager le code source ou la connaissance des modifications apportées, et le droit d'auteur reprend tout son pouvoir. Déroger aux conditions des licences constitue une violation du contrat, mais également une atteinte au droit d'auteur.

En optant pour une licence *open source* ou *Creative Commons*, l'auteur exerce son droit exclusif non pour exclure autrui de l'usage de la création, mais pour l'inclure en lui accordant des droits d'utilisation assez larges, au point, dans les licences *copyleft*, d'imposer au preneur de la licence d'inclure pareillement les utilisateurs successifs de l'œuvre. De telles licences envisagent l'exclusivité conférée par la propriété intellectuelle non comme un pouvoir excluant, mais comme le droit de décider de ne pas pratiquer d'exclusion, ce qui n'est pas paradoxal si l'on conçoit que l'exclusivité n'est pas synonyme d'exclusion, même si elle en comprend la possibilité. Les licences libres créent de la sorte des droits d'usage inclusifs, exerçant un droit d'auteur en principe exclusif, pour créer une inclusivité, une communalité d'utilisation.

Toutefois, le renversement du droit d'auteur s'opère également sur le plan idéologique et fonctionnel. L'idéologie des licences libres est de renoncer à l'exclusivité du droit d'auteur pour partager l'œuvre avec tout utilisateur. C'est en ce sens que le *copyright* devient *copyleft*, le droit (*right*) étant (dé)laissé (*left*).

Sur le plan fonctionnel, les licences libres réalisent leur objectif qui consiste en une subversion des droits exclusifs pour mieux autoriser une large gamme d'utilisations d'œuvres, mais surtout pour substituer durablement une ressource partagée et collective à la réservation privative que permet le droit d'auteur<sup>428</sup>. Les licences libres se distinguent alors des contrats de licence classiques en propriété intellectuelle. Si ces dernières incluent également autrui dans l'utilisation de l'œuvre, cette ouverture reste confinée au champ contractuel et aux parties au contrat, alors que les licences libres, par l'outil viral du *copyleft*, créent du commun au-delà des seuls co-contractants. Sur un autre plan, une licence classique organise les relations personnelles, droits et obligations, entre le titulaire du droit de propriété intellectuelle et un utilisateur, dans le champ relatif du contrat. Les licences *copyleft* affectent l'objet de la propriété à un usage commun, au-delà de la création de droits personnels dans le chef des utilisateurs.

## 2. L'extension de la communalité au-delà des parties au contrat

L'objectif des licences libres ne se limite pas à autoriser l'utilisation des œuvres concernées, qui serait une atteinte au droit d'auteur à défaut d'une telle licence, mais vise aussi à imposer le passage de ces libertés à tout utilisateur confronté à l'objet couvert par la licence. L'effet viral des licences permet la circulation à la fois de la *philosophie* du libre, soit de l'idée d'un partage et d'une communautarisation des œuvres, et de l'*obligation juridique* d'accorder les libertés qui lui sont inhérentes.

Lorsque la libre distribution ne concerne que des copies de l'œuvre soumise à la licence libre, on pourrait penser que l'imposition en chaîne de cette liberté se rattache tout simplement à l'exercice du droit

---

<sup>427</sup> A. KAPCZYNSKI, S. CHAIFETZ, Z. KATZ et Y. BENKLER, "Addressing Global Health Inequities: An Open Licensing Approach for University Innovations", *Berkeley Technology Law Journal*, 2005, Vol. 20, p. 1072.

<sup>428</sup> S. DUSOLIER, « Du gratuit au non-exclusif, les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle », in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, LexisNexis, Paris, Collection IRPI, n° 43 2014, p. 29-48.

exclusif du créateur. C'est dans le sort des œuvres dérivées que se révèle réellement la nature régulatrice des licences : l'auteur de l'œuvre première qui la dissémine sous licence *copyleft* détermine par contagion le principe de circulation de toute œuvre seconde qui l'inclurait ou la modifierait. L'auteur de l'œuvre dérivée n'a pas d'autre choix que de recourir à la même licence libre. Ce type de licence va ici bien au-delà du droit d'auteur. Celui-ci n'exige que l'autorisation de l'auteur de l'œuvre première pour créer une œuvre dérivée ou composite, il ne donne pas en principe le pouvoir au premier créateur de déterminer le mode d'exploitation de l'œuvre seconde dont le droit et la protection restent indépendants.

C'est la clause dite de *copyleft* qui est le moteur normatif de cette propagation de l'idéal de partage (idéal qui devient une obligation). En parallèle à la diffusion de l'idéologie du libre qui repose sur nombreux sites web, publications et conférences, la construction contractuelle mise en œuvre repose sur une chaîne de contrats qui, à chaque étape d'une création incrémentale, impose l'éthique du libre.

Ce mécanisme résulte, dans la première version de la licence GPL qui l'a inventé, de la clause suivante :

« Vous avez le droit de modifier votre copie ou des copies du Programme, ainsi que toute partie de celui-ci, formant ainsi une œuvre basée sur le Programme, et copier et distribuer ces modifications ou l'œuvre dans les conditions de la Section 1, pour autant que vous remplissiez les conditions suivantes : (...) b) vous devez faire en sorte que toute copie que vous distribuez ou publiez, qui, en tout ou en partie contient ou est dérivée du Programme ou d'une partie de celui-ci, soit donnée en licence, dans son entièreté et sans contrepartie pour quelque tiers que ce soit, sous les termes de la présente Licence »<sup>429</sup>.

Dans les licences *Creative Commons*, seules certaines licences contiennent un mécanisme de *copyleft* obligeant à la diffusion des œuvres dérivées sous la même licence. Elles sont appelées Licences *Share Alike* ou Partage à l'Identique et reposent sur la condition de viralité ainsi formulée :

« L'Acceptant peut distribuer ou représenter une Adaptation uniquement sous les conditions : (i) de cette Licence (...). L'Acceptant doit distribuer l'Adaptation selon l'une des licences mentionnées (...) (la "Licence Applicable") à la condition de respecter les termes de la Licence Applicable d'une manière générale et les dispositions suivantes :

- L'Acceptant doit inclure une copie, ou l'URI, de la Licence Applicable à toute copie de chaque Adaptation qu'il Reproduit, Distribue ou Représente.
- L'Acceptant ne peut pas offrir ou imposer de conditions d'utilisation sur l'Adaptation qui restreignent les termes de la Licence Applicable, ou l'exercice des droits accordés au bénéficiaire de l'Adaptation par la Licence Applicable<sup>430</sup> ».

---

<sup>429</sup> Article 2 de la Licence GPL, juin 1991 : Traduction personnelle de : « You may modify your copy or copies of the Program or any portion of it, thus forming a work based on the Program, and copy and distribute such modifications or work under the terms of Section 1 above, provided that you also meet all of these conditions:(...) b) You must cause any work that you distribute or publish, that in whole or in part contains or is derived from the Program or any part thereof, to be licensed as a whole at no charge to all third parties under the terms of this License ». La version actuelle de la licence GPL (article 5) dispose que : « You may convey a work based on the Program, or the modifications to produce it from the Program, in the form of source code under the terms of section 4, provided that you also meet all of these conditions:

a) The work must carry prominent notices stating that you modified it, and giving a relevant date.

b) The work must carry prominent notices stating that it is released under this License and any conditions added under section 7. This requirement modifies the requirement in section 4 to "keep intact all notices".

c) You must license the entire work, as a whole, under this License to anyone who comes into possession of a copy. This License will therefore apply, along with any applicable section 7 additional terms, to the whole of the work, and all its parts, regardless of how they are packaged. This License gives no permission to license the work in any other way, but it does not invalidate such permission if you have separately received it.

<sup>430</sup> Ce texte est repris de la version française de la licence Creative Commons 3.0 adaptée pour le droit français. La dernière version de la licence Creative Commons, soit la version 4.0, est désormais une version internationale susceptible de s'appliquer dans tous les pays. Elle n'existe pas encore en version français mais la clause de *copyleft* y est reprise dans des termes similaires.

L'obligation de distribuer l'œuvre dans une licence libre est la contrepartie de l'autorisation de modification de l'œuvre. C'est le droit exclusif qui permet d'imposer ce partage. En quelque sorte, le *copyleft* affirme qu'il est interdit d'interdire.

Cette nature dite virale des schémas contractuels du libre est présente dans de nombreuses licences et garantit la propagation des améliorations ou dérivations de l'œuvre sous le même modèle de liberté. Une auteure américaine a décrit ce phénomène des licences virales comme "*an attempt to make commitments run with the digital object*"<sup>431</sup>, que l'on pourrait imparfaitement traduire par « une tentative d'associer les obligations à l'objet digital ». En d'autres termes, dans les licences libres avec effet *copyleft*, les termes du contrat accompagnent l'œuvre gouvernée par celui-ci, au point de se détacher des parties qui y consentent pour faire indissociablement partie de l'objet qu'il régit. Du contrat dit libre, c'est l'œuvre qui désormais peut être qualifiée de libre tant elle change de nature en absorbant ses conditions d'utilisation.

Lorsque M. Clément-Fontaine adopte la terminologie d'« œuvre libre » pour décrire les logiciels et autres créations régis par des licences libres<sup>432</sup>, elle s'inscrit dans cette *objectification* des contrats, soit dans le passage des conditions d'utilisation d'une œuvre, à l'objet du contrat qui inclut ces conditions. Ainsi, dit-elle, « les licences libres ne sont plus l'objet central de la discussion, mais la simple mise en œuvre d'une notion autonome qu'est l'œuvre libre »<sup>433</sup>.

Il nous semble toutefois, que les licences libres ne font pas que traduire la nature libre de l'œuvre, mais la constituent par une forme de régulation privée, dont le mécanisme repose sur les deux outils exposés ci-avant, d'une part le contrat, associé au droit exclusif, et d'autre part, la clause de *copyleft* qui multiplie le lien contractuel à tous les utilisateurs de l'œuvre et affecte l'œuvre au commun. Cette multiplication, en créant une opposabilité *erga omnes*, sort de la relativité du rapport contractuel pour se fondre dans l'objet qu'il régit et pose la nature du droit dont jouit tout utilisateur de l'œuvre libre. En dépit de cette extension étonnante du pouvoir contractuel, la viralité souhaitée reste néanmoins soumise aux aléas et faiblesses du lien contractuel.

## 2.1. Le contrat, régulation privée d'une œuvre libre

L'élargissement des libertés des utilisateurs d'œuvres s'opère par contrat, qu'on peut qualifier d'instrument privé de régulation (également qualifiés de *private ordering* par les juristes américains).

En raison de leur assise contractuelle, les droits d'utilisation ainsi créés au bénéfice de l'utilisateur de l'œuvre ou de l'invention ne devraient être opposables qu'au preneur de licence (et non *erga omnes*) ce qui leur confère une relative fragilité<sup>434</sup>. Mais l'outil du *copyleft* vient justement remédier à cette carence, ce que traduit le choix de l'expression '*private ordering*'. La normativité des licences libres s'étend en effet bien au-delà des seules parties au contrat, en raison du mécanisme de *copyleft* expliqué ci-dessus. Les libertés d'utilisation conférées par le libre s'attachent à l'œuvre dans toutes ses copies ou modes de circulation, et également en cas de modification de celle-ci. Chaque utilisateur d'une copie de l'œuvre ou d'une version dérivée de celle-ci bénéficiera donc de la licence, dont l'opposabilité s'embarrasse peu d'un processus contractuel classique. Les licences libres prévoient généralement que l'utilisation de l'œuvre constitue le consentement requis pour que la licence soit valide, ce qui a été accepté par les tribunaux<sup>435</sup>. Et puisque

---

<sup>431</sup> M. RADIN, *op. cit.*, p.1132.

<sup>432</sup> M. CLEMENT-FONTAINE, *L'œuvre libre, op. cit.*, p. 25.

<sup>433</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>434</sup> S. DUSOLLIER, *Sharing Access...*, *op. cit.*, p. 1391-1435.

<sup>435</sup> Indirectement en France, Cass, 1<sup>ère</sup> civ., 11 décembre 2019, n° 18-21.211 ; CE, 7<sup>e</sup> sect., 30 septembre 2011, n°35031, *Région Picardie, JurisData*, n°2011-020388. Ainsi que dans d'autres pays, voir, Civ. Nivelles, *Lichódmapwa c. ASBL Théâtre de Spa*, 26 octobre 2010, R.D.T.I., n°42, mars 2011, p. 70 ; Rechtbank Amsterdam (ref.), *Curry v. Audax*, 9 mars 2006, R.D.T.I., 2007,



la licence repose sur le droit exclusif, à défaut de consentement par le preneur de licence, l'utilisateur de l'œuvre ne disposera pas des autorisations nécessaires. Le passage par la licence est donc obligé.

## 2.2. Le contrat comme un produit

Ces licences s'appliquant en outre majoritairement à des objets numériques, leur attachement « physique » aux exemplaires de l'œuvre est aisément réalisé par la circulation simultanée du fichier digital de l'œuvre et du texte de la licence. Le projet *Creative Commons* en est un parfait exemple : l'outil en ligne qui permet de se composer une licence à la carte pour accompagner sa création<sup>436</sup>, procure de manière complètement automatisée un code informatique qu'il suffit d'inclure dans le fichier numérique de l'œuvre pour que le contrat devienne indissociable de l'œuvre dans tous ses avatars, copies et dérivations, et rende visible sur l'œuvre des logos traduisant les libertés d'utilisation accordées. Le « produit » qu'est la licence est donc offert avec le « produit » qu'est l'œuvre. La section 5 de la licence GPL, dans sa version actuelle, en est également une excellente illustration, car elle impose de mettre sous licence GPL « the entire work, as a whole, under this License to *anyone who comes into possession of a copy* ».

En quelque sorte, il ne s'agit pas uniquement d'autoriser l'utilisation de l'œuvre par le preneur de licence, mais d'inscrire l'utilisation autorisée dans l'œuvre elle-même, ce qui la rend opposable à tout utilisateur à l'instar d'un droit de propriété. Il a pu être dit que la perversion de l'exclusivité par les licences libres était « une sorte particulièrement moderniste de propriété »<sup>437</sup>. Mais ce n'est pas que le retournement de l'exclusivité traditionnelle de la propriété en une inclusivité assumée<sup>438</sup> qui permet cette conclusion, mais également l'attachement de la norme d'utilisation ainsi créée au bien et plus uniquement au contrat. Pour ainsi dire, le contrat en vient à se fondre dans son objet, tout comme les attributs du droit de propriété s'inscrivent dans le bien.

Il faut ici rappeler la remarquable distinction opérée par Margaret Radin entre le « contrat comme consentement » (*contract-as-consent*), vision qui domine notre Code civil, et le « contrat comme produit » (*contract-as-product*)<sup>439</sup>, approche économique du contrat dans lequel « les conditions font partie du produit, et ne sont pas un accord conceptuellement séparé de celui-ci ; le produit physique et les conditions contractuelles sont un tout »<sup>440</sup>. Définir le contrat comme un consentement entre deux parties pour créer des droits et obligations est une figure d'un « contrat *relatif* à un objet ». Le contrat envisagé comme produit ne sépare pas les droits et obligations convenus de l'objet ; la définition de l'objet géré par le contrat intègre ces droits et obligations : c'est un « objet *construit par* un contrat ».

Cette figure du contrat comme créant un objet transactionnel composé du produit et des conditions d'utilisation est parfaitement reflétée dans l'objet 'logiciel libre' (ou 'œuvre libre') : utiliser un logiciel libre, c'est utiliser le code informatique pour ce qu'il produit comme fonction, mais c'est aussi l'utiliser pour ce qu'il permet comme échange juridique. En acquérant du code informatique sous licence libre, on accède également au code juridique qui le régit et le rend opérationnel. On opte pour les libertés d'utilisation (les conditions contractuelles), mais en ce qu'elles composent une œuvre particulière (le produit composé de la création informatique et de sa liberté d'usage). De même, l'avertissement qui apparaît sur Wikipedia lorsqu'une page manque d'une photographie ou image (« une illustration sous licence libre serait la bienvenue ») en appelle tant à une œuvre permettant l'illustration du contenu qu'à

---

p. 330 et s. ; Landgericht Munchen, *Welte c. Sitecom*, 19 mai 2004, No. 21 0 6123/04 ; Rechtbank Rotterdam, *Netwise c. NTS Computers*, 5 décembre 2002.

<sup>436</sup> Voir l'outil de création des licences sur <http://creativecommons.org/choose/>.

<sup>437</sup> C. ROSE, "Ostrom and the Lawyers: The Impact of Governing the Commons on the American Legal Academy", *International Journal of the Commons*, 2011, disponible sur <<https://www.thecommonsjournal.org>>.

<sup>438</sup> Voir S. DUSOLLIER, "Inclusivity in intellectual property" in G. DINWOODIE (ed.), *Intellectual property and general legal principles – Is IP a lex specialis?*, Edward Elgar, 2015, p. 101-118.

<sup>439</sup> M. RADIN, *op. cit.*, p. 1125-1126.

<sup>440</sup> *Ibidem*, p. 1126 (traduction libre).

des conditions libres d'utilisation de celle-ci. La valeur créative ou informationnelle de l'image fusionne avec sa valeur contractuelle, créant un *package* unique.

Si ce contrat-produit s'impose pour de nombreux objets numériques, tels que bases de données, programmes d'ordinateur, jeux vidéo, sites web, images, applications pour smartphones, et pour les contrats qui les concernent lorsqu'ils sont conclus en ligne<sup>441</sup>, les licences libres sont spécifiques, car elles creusent des libertés dans un bien normalement soumis à une propriété exclusive et font circuler une propriété d'un autre genre par le truchement des créations qui y sont soumises. Le contrat viral que le libre a inventé et applique aux œuvres dérivées de l'œuvre mise originellement sous ce modèle de licence, intensifie cet attachement des conditions contractuelles au produit, en créant un produit évolutif toujours soumis au même contrat. Le contrat « court » (pour reprendre l'expression anglaise de Margaret Radin) non seulement avec l'œuvre, mais avec ses modifications et produits dérivés.

### 2.3. Des droits d'utilisation *in rem*

Cette approche du contrat comme un produit rend les droits contractuels plus proches des droits réels. Intégrés dans l'objet, qui circule de manière autonome, les termes contractuels de l'utilisation de celui-ci lient tout utilisateur, sans qu'il soit besoin de les négocier comme s'il s'agissait de déterminer le contexte préalable et extérieur à l'objet. Par la multiplication des liens contractuels qui suivent chaque copie de l'œuvre, modifiée ou non, et s'imposent à chaque utilisateur, les droits et obligations de la licence libre deviennent de fait presque opposables *erga omnes* à l'inverse des dispositions contractuelles normalement opposables aux seules parties.

Cela pose la question de la transformation des prérogatives ainsi créées ou conférées par le contrat : s'agit-il toujours de droits personnels pour le preneur de licence ? Ou, en raison de l'inscription de ces conditions dans l'œuvre et de leur opposabilité de fait à tout utilisateur du bien, ces droits pérennes d'utilisation ne se rapprochent-ils pas des droits réels ?

Certes, ces droits et libertés résultent du contrat de licence qui, à défaut d'un transfert du droit d'auteur, ne crée pas véritablement un droit de propriété sur l'œuvre dans le chef de son utilisateur. Y aurait-il alors un droit hybride entre droit réel et droit personnel ? La seule figure juridique que nous connaissons à mi-chemin du droit réel et du droit personnel est l'obligation réelle ou *propter rem*. Celle-ci consiste en une « obligation liée à une chose (et dite *propter rem*) qui pèse, non sur un débiteur personnellement, mais sur le propriétaire de cette chose en tant que tel, de telle sorte que celui-ci peut s'en affranchir en aliénant la chose (l'obligation passe à l'acquéreur même à titre particulier) ou en délaissant sa propriété (abandon, déguerpissement) »<sup>442</sup>. Or, dans notre hypothèse, le contrat libre crée autant des droits qu'une obligation (celle de perpétuer la liberté) et ceux-ci ne sont pas accessoires à une propriété, le contrat n'ayant pas transféré le droit d'auteur au preneur de licence. On est donc dans une catégorie nouvelle de droits métissés entre droits contractuels et propriété, ressource hybride s'arcbutant sur de l'exclusivité pour refuser celle-ci, et reposant sur du contrat, donc un rapport relatif entre parties, pour viser un rapport absolu lié à la chose concernée.

En d'autres termes, la communalité de l'œuvre libre est créée par contrat, qui la fonde dans l'œuvre même, de manière presque indissociable<sup>443</sup>. Le commun constitué par le contrat devient un « bien » commun, qui s'impose à tout utilisateur de celui-ci et se perpétue à chaque modification ou dérivation de l'œuvre.

---

<sup>441</sup> Voir l'analyse de M. RADIN qui ne se limite pas aux licences libres, mais explore de nombreux contrats liés à l'informatique.

<sup>442</sup> G. CORNU (ss dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd. 2007.

<sup>443</sup> Voir ci-dessous en cas de changement de modèle de diffusion et de retour à une exploitation plus restrictive.

## 2.4. Les limites de la communalité

Cette communalité créée par contrat et attachée à l'œuvre a toutefois certaines limites.

D'une part, des résidus de réservation propriétaire subsistent. Le titulaire du droit d'auteur conserve son titre de propriété, ce qui lui donne une position privilégiée par rapport à l'œuvre affectée au commun. En vertu de son droit de disposition, il peut en effet transférer le droit d'auteur (son ayant droit devant toutefois respecter les licences accordées) ou y renoncer (l'œuvre devenant dans ce cas un commun sans aucune restriction d'utilisation).

L'auteur qui a mis l'œuvre en licence libre peut également changer de modèle de diffusion pour l'avenir, dans certaines licences, et décider de poursuivre la diffusion de son œuvre sous des licences propriétaires. Ce revirement n'affectera pas les copies d'œuvres déjà mises en circulation sous licences libres, ainsi que leurs dérivés, mais bien les circulations nouvelles de l'œuvre. Il est donc inexact de dire que c'est l'œuvre qui devient définitivement libre. C'est aussi le cas des licences non-commerciales qui laissent subsister des usages commerciaux soumis à d'autres conditions d'exploitation. Le caractère « réel » de la communalité endossée par l'œuvre libre est donc parfois partielle et théoriquement précaire. Ensuite, le droit moral subsiste sur l'œuvre, ce qui peut également écorner les libertés accordées, même si l'hypothèse relève sans doute du cas d'école.

D'autre part, le contrat, s'il est la force du mécanisme, en est aussi la faiblesse et la génération de droits presque absolus d'utilisation liés à la chose libre, risque quelques écueils liés à la nature contractuelle de l'affectation. Principalement, le succès de la transformation du statut de l'œuvre par le contrat et l'imposition de celui-ci à tout utilisateur de l'œuvre exige que la chaîne des contrats qu'instaure le mécanisme du libre ne soit pas rompue afin de permettre la propagation de la liberté à tout stade du développement du logiciel ou de l'œuvre.

Une rupture de la chaîne peut survenir dans divers cas. En premier lieu, l'étendue de la viralité est déterminée par la définition des œuvres dérivées auxquelles s'imposera la clause de *copyleft*. Seules les modifications qui pourront être qualifiées de dérivations de l'œuvre initialement soumises à la licence devront être diffusées dans le même modèle<sup>444</sup>. Une inclusion fortuite dans une œuvre seconde ne devrait pas être suffisante pour enclencher l'application de la licence<sup>445</sup>. Par exemple, les licences *Creative Commons* réfèrent aux traductions, arrangements musicaux, adaptations, résumés ou abrégés. La simple reprise de l'œuvre dans une œuvre seconde n'étant pas clairement visée, alors que les licences libres en matière de logiciel comprennent plus explicitement des hypothèses d'intégration de l'œuvre première.

Une deuxième limite à la pérennité de l'objet libre réside dans l'opposabilité de la clause contractuelle de *copyleft*. Si la validité des licences libres ne fait plus aucun doute et a été reconnue par les cours et tribunaux<sup>446</sup>, elle reste assise sur une construction contractuelle qui requiert la capacité et le consentement des parties<sup>447</sup>. La licence libre ne transfère pas les droits qu'elle accorde par une sous-licence, mais s'additionne plutôt aux licences existantes à chaque nouveau créateur qui se joint au processus de création collective. L'édifice est en réalité assez complexe. Un logiciel A créé par un auteur A distribué sous licence libre permet à un auteur B de modifier ce logiciel, mais lui impose de distribuer le logiciel AB qui en résulte sous une licence similaire. De même l'utilisateur C reçoit les libertés d'utilisation de la partie A de l'auteur A et de la partie B du logiciel de l'auteur B, le logiciel modifié ABC restant un objet libre soumis à des libertés sous condition de pérennisation de celle-ci. Techniquement

---

<sup>444</sup> M. LAMBRECHT, *op. cit.*, p. 140.

<sup>445</sup> Voir la discussion sur la licence GPL et les différentes interactions entre logiciels, Ph. LAURENT, « Logiciels libres et droit d'auteur : Naissance, titularité et exercice des droits patrimoniaux » in *Les logiciels libres face au droit, op. cit.*, spéc. p. 77-86.

<sup>446</sup> Voir les décisions citées en note 33.

<sup>447</sup> A. GUADAMUZ GONZALEZ, "Viral Contracts or Unenforceable Documents: Contractual Validity of Copyleft Licences", *Eur. Intell. Prop. Rev.*, 2004, p.331.

toutefois, ce logiciel ABC est soumis à trois licences qui s'additionnent : une licence conclue avec A pour la partie A, une licence avec B pour la partie B et une licence avec C pour la partie C. Chaque auteur ne dispose pas du droit d'autoriser l'utilisation des parties de l'œuvre créées par d'autres. Un logiciel ou toute autre œuvre libre, qui serait constituée de dizaines d'ajouts et transformations, est donc soumis à un patchwork de licences libres correspondant au nombre de modifications intervenues. Cette construction n'est pas l'abri d'un accident. Si l'un des contrats se révèle invalide, par exemple parce que l'auteur est mineur et ne jouit pas de la capacité légale de conclure cette licence, ou qu'il a créé l'œuvre sous les liens d'un contrat d'emploi (son employeur étant alors titulaire du droit d'auteur), l'autorisation d'utiliser et de modifier la portion de l'œuvre à laquelle se rapporte ce contrat est soudainement manquante et le retour au droit exclusif de propriété littéraire et artistique présuppose que l'autorisation requise pour toute modification ou réutilisation de la partie concernée fait défaut<sup>448</sup>.

Une dernière difficulté réside dans la compatibilité des licences. Généralement une licence libre impose qu'elle soit appliquée à toute œuvre dérivée. Intégrer des parties d'œuvres soumises à des licences libres différentes dans une nouvelle création pose un dilemme à l'auteur de celle-ci. S'il intègre du code sous licence GPL et du code sous une autre licence dans un nouveau logiciel, ce dernier doit normalement être soumis à la licence GPL. Mais quelle licence choisir pour sa création dérivée si les deux licences des œuvres utilisées exigent leur adoption ? En dépit de la volonté de constituer une œuvre libre dans laquelle se fonderaient les termes contractuels, il peut ainsi arriver que les termes précis de la licence s'appliquant à une création libre soient difficiles à déterminer, en fragmentant l'encadrement contractuel de l'usage d'une création dérivée, composée sous l'empire de plusieurs licences libres<sup>449</sup>. Cette fragmentation s'oppose à l'uniformité plus lisse d'un droit de propriété.

Plus perturbante est la déconnexion possible entre licence libre et protection propriétaire. La diffusion d'un contenu sous ce type de licence, si elle proclame se fonder sur un droit d'auteur ou un autre droit intellectuel, ne garantit toutefois pas l'existence de cette protection. Il est envisageable qu'un contenu immatériel, création, base de données, informations, soit diffusé en libre en dépit de tout droit intellectuel. Dans ce cas, la branche propriétaire du couple contrat-propriété est amputée et seul le contrat subsiste pour imposer l'obligation de diffusion des œuvres dérivées en modèle libre. Ce qui aboutit à un paradoxe : un commun, soumis à certaines obligations, est en effet institué, par le seul effet du contrat, sans assise propriétaire, restreignant ainsi la communalité plus étendue que devrait subir le contenu en raison de son appartenance au domaine commun informationnel (ou domaine public).

#### §4. Propositions de réformes

La communalité, voire le commun des œuvres et logiciels libres résultant d'une construction contractuelle, il est difficile d'envisager quelles modifications législatives seraient nécessaires pour encourager ou préserver la diffusion des œuvres en libre accès, à la fois parce que la liberté contractuelle prime en la matière et que les licences libres sont une institution pensée pour le commun, qui n'a besoin a priori d'aucun encadrement autre que celui mis en place par les auteurs. La technique d'affectation sur laquelle la licence libre repose ne pose pas non plus de difficultés particulières en la matière<sup>450</sup>.

Il serait par ailleurs illégitime de forcer les créateurs à opter pour le modèle du libre, sans porter atteinte au droit moral de divulgation qui réserve au seul auteur le choix et la manière de porter son œuvre à la connaissance du public. Seules seraient admises et utiles les interventions législatives visant à réduire les obstacles au libre choix des créateurs en faveur du modèle de libre accès.

---

<sup>448</sup> Sauf à supposer que le consentement est implicite et résulte de la volonté de régir la distribution de l'œuvre sous licence libre, même si ce contrat est considéré comme nul sur le plan juridique.

<sup>449</sup> Sur cette question de compatibilité, voir M. CLEMENT-FONTAINE, *op. cit.*, p. 78 et suiv.

<sup>450</sup> Voir le rapport général sur l'affectation volontaire.

C'est ce que le législateur français a déjà accompli à deux occasions<sup>451</sup>. La première transpose, à l'article L. 324-4 du Code de la propriété intellectuelle<sup>452</sup>, une disposition de la directive européenne sur la gestion collective, afin que les statuts ou le règlement des sociétés de gestion collective permettent aux titulaires de droits d'« octroyer à des tiers des autorisations d'exploitation pour des utilisations non commerciales de droits ou catégories de droits dont ils ont confié la gestion à l'organisme, portant sur certains types d'œuvres ou d'autres objets protégés de leur choix ». En conséquence les auteurs qui ont confié la gestion de leurs droits à une société collective peuvent malgré tout placer certaines de leurs créations sous licences Creative Commons non commerciales.

Une deuxième modification législative récente apparaît dans l'article L. 533-4 du Code de la recherche et autorise les auteurs d'articles scientifiques issues d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des fonds publics, à diffuser ceux-ci en libre accès, même s'ils ont cédé leurs droits d'auteur à un éditeur<sup>453</sup>.

Il ne nous apparaît pas que d'autres interventions législatives soient requises.

---

<sup>451</sup> Notons également la liste des licences libres que le législateur autorise pour la diffusion des informations publiques détenues par l'administration (article D323-2 du Code des relations entre le public et l'administration).

<sup>452</sup> Introduit par l'Ordonnance n°2016-1823 du 22 décembre 2016 - art. 1.

<sup>453</sup> « Lorsqu'un écrit scientifique issu d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des dotations de l'Etat, des collectivités territoriales ou des établissements publics, par des subventions d'agences de financement nationales ou par des fonds de l'Union européenne est publié dans un périodique paraissant au moins une fois par an, son auteur dispose, même après avoir accordé des droits exclusifs à un éditeur, du droit de mettre à disposition gratuitement dans un format ouvert, par voie numérique, sous réserve de l'accord des éventuels coauteurs, la version finale de son manuscrit acceptée pour publication, dès lors que l'éditeur met lui-même celle-ci gratuitement à disposition par voie numérique ou, à défaut, à l'expiration d'un délai courant à compter de la date de la première publication. Ce délai est au maximum de six mois pour une publication dans le domaine des sciences, de la technique et de la médecine et de douze mois dans celui des sciences humaines et sociales ».

## TITRE 2 – LES PREROGATIVES DE COMMUNALITE

Les qualifications porteuses de communalité ayant été présentées, il nous est apparu nécessaire de poursuivre le travail en analysant les prérogatives de communalité qui ont pu en émerger et qui pourrait être davantage consacrées et reconnues. Il s'agit là d'identifier les intérêts, les droits et les actions permettant de mettre concrètement en œuvre la communalité telle que précédemment décrite. La détermination des intérêts à reconnaître en tant que prérogatives de communalité (**Section 1**) précèdera ainsi la présentation plus spécifique de celles de gouvernance, se concrétisant dans des droits à l'information, à la participation, voire à la co-décision (**Section 2**). Ces intérêts reconnus pourraient même justifier l'exercice d'un droit d'accès à la justice pour des actions en défense des intérêts communs (**Section 3**).

## Section 1. Les intérêts à reconnaître<sup>1214</sup>

Du point de vue des prérogatives émanant des qualifications de la communalité, l'étude amène à dépasser deux notions classiques : le droit subjectif saisi comme le seul type de prérogative envers une chose ; l'intérêt individuel d'une personne juridique et de ses biens. La discussion ayant déjà été menée sur le premier point à l'occasion de l'étude de certaines qualifications de la communalité<sup>1215</sup>, il reste à approfondir la conceptualisation, sur le second, d'intérêts pluri-personnels. Elle implique de rendre visible le caractère de communalité de certains intérêts : de mener une analyse des différents intérêts impliqués dans la dimension de communalité, en privilégiant l'étude des intérêts qui dépassent les dimensions exclusivement individuelle ou générale. Pour identifier ces intérêts habitant l'intérêt commun (et liés à la communalité), la recherche s'est largement inspirée du droit comparé et de certains mécanismes déjà à l'œuvre dans d'autres pays<sup>1216</sup>. Elle débouche sur une proposition de reconnaître, aux côtés de la catégorie des intérêts individuels classiques, une nouvelle catégorie d'intérêts communs, intérêts transindividuels et indivisibles au sens où les porteurs de ces intérêts sont forcément des communautés. Il est également proposé que cette catégorie regroupe différents intérêts : « intérêt collectif », « intérêt diffus » et « intérêt du commun » (§1).

Une fois ces intérêts rendus visibles et définis, se posera la question de leur représentation juridique et de leur défense en justice (juridiciarité), question qui sera étudiée au sein du titre 3 relatif aux prérogatives de gouvernance et aux modes de contrôle du respect de la communalité (§2).

### §1. L'identification des divers intérêts de la « communalité »

Les intérêts de la communalité sont divers et reflètent l'idée d'échelle de communalité placée au centre de la recherche. Selon qu'il s'agira d'une communauté fermée et bien identifiée ou, au contraire, de l'humanité tout entière, l'intérêt à saisir ne sera pas identique. La question se pose ainsi de savoir si l'on se contente uniquement de reconnaître des intérêts des personnes juridiques identifiées ou s'il ne faut pas, pour parfaire la protection des intérêts de communautés concernées, voire celle de l'objet de la communalité, dépasser ces seuls intérêts pour intégrer l'intérêt de la communauté, celui de l'objet même de communalité ou encore les intérêts des générations futures et ceux des non humains.

Or, en droit français, si certains intérêts classiques sont parfaitement reconnus, ils ne concernent pas les intérêts d'une communauté (1). Ceux reflétant des intérêts transindividuels de cet ordre sont seulement en émergence ou restent à préciser (2).

#### 1. Les intérêts classiques : des intérêts ne reflétant pas les intérêts d'une communauté

##### 1.1. L'intérêt individuel

---

<sup>1214</sup> Rédacteurs : Chiara ANGIOLINI, Marie-Pierre CAMPROUX DUFFRENE, Rocio Del Pilar Trujillo Sosa, Daniela FESTA, Thomas PERROUD

<sup>1215</sup> V. *supra*, Titre 1<sup>er</sup>, Section 2 - La chose commune.

<sup>1216</sup> V. *infra* Section 2, pour des exemples de reconnaissance d'intérêts transindividuels en droits étrangers (intérêts dans les droits colombien, brésilien, portugais et italien).

On connaît évidemment de **l'intérêt individuel**. Il s'agit de l'intérêt d'une personne, qui peut concerner la personne elle-même ou son rapport aux choses ou aux biens. Par exemple, l'individu atteint dans sa personne ou ses biens, autrement dit victime d'une atteinte, peut ainsi protéger cet intérêt en justice. La personne victime est titulaire de l'action, elle a intérêt à agir et peut défendre cet intérêt, le faire respecter, en prévenir ou réparer les lésions. Cet intérêt est néanmoins impuissant à traduire une quelconque communalité et ne fera donc pas l'objet d'attention.

## 1.2. L'intérêt d'un groupe

L'**addition d'intérêts individuels** est également connue du droit français. Il s'est vu récemment adjoindre une action, l'action de groupe, celle-ci devant être prévue par les textes (loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation ; loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle). Mais si la procédure est originale, les intérêts en jeu et défendus dans l'action de groupe restent des intérêts purement individuels. Au gré des textes, il peut s'agir de dommages corporels ou/et de dommages matériels.

Ainsi selon l'article L.142-3-1 du Code de l'environnement :

« Lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent des préjudices résultant d'un dommage dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2 du présent code, causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée devant une juridiction civile ou administrative. Cette action peut tendre à la cessation du manquement, à la réparation des préjudices corporels et matériels résultant du dommage causé à l'environnement ou à ces deux fins ».

Sur l'échelle de communalité, cet intérêt du groupe peut être intégré, mais il faut bien comprendre que les intérêts dont il est question sont individuels et peuvent être individualisés et identifiés au niveau de chaque individu, et que la réparation en cas d'atteinte se fera pour chaque individu. Ils sont divisibles et répartissables.

Ainsi cet intérêt de groupe ne correspond pas à l'intérêt que peut avoir une communauté en tant que telle. Il ne se situe pas dans la même dimension. Il est peut-être pluri-individuels mais il n'est ni transindividuel ni indivisible.

## 1.3. L'intérêt général

En droit public français, et malgré les difficultés abyssales de l'entreprise de définition<sup>1217</sup>, **l'intérêt général ou l'intérêt public** sont des notions fonctionnelles qui assignent *a priori* un but à l'action des pouvoirs publics. Le Conseil d'État comme le Conseil constitutionnel – mais dans ce dernier cas avec un contrôle restreint – imposent aux personnes publiques de poursuivre un but d'intérêt général, l'expression intérêt public étant davantage utilisée quant à elle en droit de l'expropriation.

Le respect de l'intérêt général est assuré en France par un recours particulier, le recours pour excès de pouvoir, recours qui est qualifié d'intérêt public, car très largement ouvert. De même, le

---

<sup>1217</sup> Conseil d'État, *Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998. L'intérêt général*, La Documentation française, 1999, dont D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », *op. cit.*, p. 363. ; J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in CURAPP, *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 1, PUF, 1978, p. 12.



Conseil constitutionnel contrôle la poursuite par le législateur de l'intérêt général, mais de façon assez superficielle<sup>1218</sup>.

Pour autant en premier lieu, cet intérêt général (ou public) ne fait pas apparaître, et rend même invisible, la communauté – bénéficiaire, décisionnaire ou de contrôle – qui partagerait un intérêt de façon inclusive. En deuxième lieu, il ne se rapporte pas spécifiquement à des choses (même s'il peut s'y rapporter, à l'instar de la préservation d'un trésor national par exemple ou de la protection de l'environnement). Enfin, il ne serait à même de refléter que la ou des communautés placées dans le champ de l'action publique et non celles qui le dépassent – à l'instar de communautés plus larges comme la communauté mondiale par exemple – ou plus spécifiques – comme celle d'habitants décidant de s'organiser pour un gouvernement de leur immeuble pour le préserver et l'utiliser au mieux.

## 2. La montée en puissance d'intérêts transindividuels : les intérêts collectifs et l'intérêt commun environnemental

Au-delà de ces intérêts relativement identifiés en droit français, d'autres intérêts doivent être soumis à l'analyse en ce qu'ils dépassent les dimensions exclusivement individuelle ou générale. Ils sont particulièrement reconnus ou en émergence en droit de l'environnement, de la consommation ou encore du travail<sup>1219</sup>.

Le droit français connaît ainsi quatre catégories d'intérêts qui ne sont pas des intérêts individuels ou l'intérêt général.

1) **L'intérêt collectif d'une profession** que le syndicat va pouvoir défendre sur le fondement de l'article L. 2132-3 du Code du travail. Cet article habilite en effet les syndicats professionnels à exercer devant toute juridiction tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. La jurisprudence a ainsi admis qu'il est possible pour un syndicat d'agir devant le juge civil pour « un préjudice, même indirect, porté à l'intérêt collectif de la profession, distinct de l'intérêt général et du préjudice individuel subi par les salariés »<sup>1220</sup>.

2) **L'intérêt collectif des consommateurs** défendu par des associations agréées y compris devant les juridictions civiles<sup>1221</sup>. Selon les articles L. 421-1 et L. 421-6 du Code de la consommation, « Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ».

3) **Les intérêts collectifs mentionnés à l'article L. 142-2 du Code de l'environnement** et défendus par les associations agréées de protection de l'environnement. En effet, selon cet article, celles-ci peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un **préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs** qu'elles ont pour objet de défendre et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, [...] ». C'est sur ce fondement que la chambre criminelle de la Cour

---

<sup>1218</sup> J.-E. SCHOETTL, « Intérêt général et Constitution », in Conseil d'État, *op. cit.*, p. 375 ; M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFD const.*, n° 13, 1993, p. 23 ; G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préface D. ROUSSEAU, LGDJ, 2003.

<sup>1219</sup> V. I. OMARJEE et L. SINOPOLI (dir.), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Dalloz, Actes 2014, 282 p.

<sup>1220</sup> V. par exemple, Cass. Crim., 6 décembre 2011, n° 10-86.829, *Bull. crim.* 2012, n° 473.

<sup>1221</sup> A. de LAFORCADE, « L'évolution du droit d'agir des associations de consommateurs : vers un détachement du droit pénal de leur action en justice », *RTDcom.* 2012, p. 711.

de cassation a admis la réparation du préjudice écologique demandée par des associations de protection de la nature dans l'affaire de l'Erika, le 25 septembre 2012. Il faut toutefois remarquer que cet intérêt collectif environnemental n'est pas défini précisément ni par le droit positif ni par la doctrine<sup>1222</sup>.

4) Au-delà de la notion d'intérêt collectif, il faut noter que la loi du 16 août 2016 sur la reconquête de la biodiversité a consacré une action en réparation du préjudice écologique. A ainsi été reconnue la possibilité de prévenir ou réparer un préjudice écologique défini selon l'article 1247 du Code civil comme « l'atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ». Marie-Pierre Camproux Duffrène déduit de cette action, telle que décrite dans le Code civil, la prise en compte par le droit d'un nouvel intérêt, un **intérêt commun**<sup>1223</sup>.

En effet, ce préjudice écologique consacre comme légalement réparable la lésion d'intérêts non humains, ceux des écosystèmes directement (dans leurs composantes et leur fonctionnement) ainsi que la lésion d'intérêts humains, mais uniquement dans une dimension collective, relative aux utilités que l'humain peut tirer de l'environnement. L'intérêt lésé en question n'est donc ni individuel ni individualisable et prend en compte non seulement des intérêts humains pluriels, mais également les intérêts d'entités non humaines.

Ainsi, il serait opportun pour cette auteure de qualifier d'intérêt commun le regroupement d'intérêts d'entités humaines et non humaines (en évitant la personnification des entités non humaines sans que ce soit dirimant). Cet intérêt commun recouvrirait là des intérêts d'humains et de non humains que l'on raisonne en termes de communauté ou d'objet de communalité (écosystème). Cet intérêt commun ou en commun correspondrait à la reconnaissance de communs naturels définis comme des entités formées d'un objet de communalité (l'écosystème, le milieu) et de la communauté (humaine et non humaine) concernée par cet objet, co-usagers, qualifiables de communeurs<sup>1224</sup>.

Il faut pourtant noter que l'analyse de ces intérêts et de leur qualification est relativement réduite en droit français<sup>1225</sup>. C'est pourquoi, pour réfléchir à un intérêt dépassant les intérêts purement individuels, le droit comparé s'est révélé fondamental et a été grandement mobilisé pour rendre « visibles » ces intérêts dans le droit, puis pour construire des actions en justice qui dépassent la dimension uniquement individuelle<sup>1226</sup>.

## §2. L'approfondissement des critères et catégories de l'intérêt commun

---

<sup>1222</sup> V. L. NEYRET, « Le préjudice collectif né du dommage environnemental », in L. NEYRET et G.J. MARTIN (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2011, p. 198. Et MP CAMPROUX DUFFRENE et D. GUIHAL, « De l'audace, encore de l'audace, toujours de l'audace et l'environnement sera sauvé », Commentaire de la décision de la chambre criminelle de la cour de Cassation du 25 septembre 2012 dans l'affaire Erika, *RJE* 2013/03, p. 457.

<sup>1223</sup> M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Les communs naturels comme expression de la solidarité écologique », *RJE* 4/2020, p. 689 à 713.

<sup>1224</sup> V. *supra* Partie 2, Titre 1, Section 2.3 - Propositions de réformes relatives à la chose commune - La biodiversité comme chose commune.

<sup>1225</sup> V. cependant les travaux de M.-J. AZAR-BAUD sur les actions collectives en droit de la consommation, *Les actions collectives en droit de la consommation. Etude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, Dalloz, coll. Thèses, 2013, 786 p., et « L'action de groupe, une valeur ajoutée pour l'environnement ? », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22 | septembre 2015, mis en ligne le 10 septembre 2015, consulté le 9 janvier 2020. Sur le thème du climat : J. ROCHFELD, *Justice pour le climat. Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, O. Jacob, 2019.

<sup>1226</sup> V. *infra* Section 2.

Les exemples pris en droit comparé démontrent en effet d'autres distinction et permet d'enrichir la classification des intérêts de manière significative d'un point de vue herméneutique et systématique. Elle est également nécessaire d'un point de vue opérationnel pour définir les sujets, porteurs de l'intérêt substantiel (qui deviendront par la suite des **intérêts à défendre**) ainsi que les titulaires de l'intérêt à agir (*locus standi*) qui mèneront concrètement l'action en justice (afin de demander la protection de l'intérêt transindividuel) et les **bénéficiaires des mesures des réparations** éventuellement accordées par le juge (ces points seront développés dans le Titre 3). C'est pourquoi, en prenant appui sur cette approche comparative, on peut tenter d'approfondir les critères de l'intérêt commun (1) et de cartographier les manifestations de cet intérêt, intérêts à dimension pluri-individuelle.

## 1. Les critères de l'intérêt commun

L'intérêt commun est évidemment une notion fondamentale de l'échelle de communalité. S'il est acquis qu'il soit, d'une part, un intérêt qui ne se réduit pas à des intérêts individuels – il est donc pluri-individuel –, ce qui en fait sa spécificité tient surtout à deux caractéristiques : il est indivisible et il est transindividuel.

### 1.1. Le caractère indivisible de l'intérêt commun

Au sein des intérêts pluri-personnels, certains sont divisibles, aptes à être individualisés. À l'inverse, l'intérêt commun est non seulement pluri-personnel mais indivisible.

Un **intérêt divisible et individualisable** renvoie à une pluralité de situations individuelles (ayant par exemple une même cause) qui restent autonomes et différenciées. Plus précisément, les intérêts sont **pluri-individuels homogènes** quand les intérêts divisibles seront similaires (par exemple les divers intérêts économiques de pêcheurs lors d'une marée noire). Ce sont les intérêts réunis dans l'action de groupe, ou *class action* selon la dénomination américaine. L'action de groupe fait en effet suite à la lésion d'une pluralité d'intérêts individuels similaires et a pour objectif de joindre les actions individuelles qui en découlent. Certes, il peut y avoir, dans la façon dont le droit procédural construit le rapport entre les acteurs<sup>1227</sup>, un certain degré de communalité : pendant le procès, un groupe prend forme, défini de manière instable et pouvant manifester un intérêt « commun » dans le contentieux<sup>1228</sup>. Néanmoins, à l'issue de la procédure, chacun bénéficiera d'une réparation individuelle puisque l'action aura comme effet une répartition de ses bénéfices entre les différents individus ayant participé à l'action de groupe. Dans son application la plus traditionnelle, l'action de groupe ou la *class action* reste ainsi focalisée sur la défense des individus et une réparation qui concerne exclusivement et directement les intérêts individuels. Les intérêts pluri-personnels divisibles ont donc un degré de communalité faible et ne font pas partie de la catégorie des intérêts communs.

Une nuance peut toutefois être avancée au vu des évolutions les plus récentes. Dans le droit positif de certains pays, comme au Portugal (avec par exemple l'action populaire) ou aux Pays-Bas (via la *class action* de l'article 3:305a du Code civil néerlandais et l'affaire Urgenda

---

<sup>1227</sup> V., avec la perspective du droit de la consommation : M. SPANO, *Azioni collettive. Soggettivazione, governamentalità, neoliberalismo*, Editoriale Scientifica, Naples 2013

<sup>1228</sup> V., avec la perspective du droit de la consommation : M. SPANO, *Azioni collettive. Soggettivazione, governamentalità, neoliberalismo*, Editoriale Scientifica, Naples 2013

notamment<sup>1229</sup>), se lit une tendance à admettre, au travers de la protection d'intérêts divisibles (voire de droits fondamentaux), une véritable dimension transindividuelle. Il s'agit alors de cas mettant l'accent sur la coalition sous-jacente des intérêts que permet la *class action* plutôt que sur sa fonction traditionnelle de moyen efficace de réparation d'intérêts individuels similaires.

Un intérêt est **indivisible** si, en revanche, il ne peut dissocier l'individuel du collectif et a un caractère d'unicité dans la mesure où il correspond à la **défense d'une communauté ou entité**, déterminée ou non, organisée ou non, ayant trait à un objet de communalité. Cet intérêt, de par son indivisibilité, présente alors un caractère fort de communalité. L'action en défense de ce type d'intérêt aura alors comme effet une réparation (ou autres) qui ne pourra pas se répartir selon les individus et qui aura comme objectif la réparation des atteintes à la communauté (voire indirectement aux individus) et/ou à l'objet de communalité. L'intérêt n'est donc ni divisible ni répartitionnable.

Par exemple, si un individu respire un air pollué et requiert des mesures de réduction de la pollution de l'air, l'intérêt de la communauté et l'intérêt individuel sont indivisibles, l'un n'étant pas exclusif de l'autre, mais au contraire inclusif de l'autre.

En définitive, **les intérêts pluri-personnels individualisés et divisibles n'intègrent pas la catégorie de l'intérêt commun**, même s'ils peuvent se teinter d'une dose de communalité. L'intérêt commun sont gît dans les intérêts **pluri-personnels et indivisibles**.

## 1.2. Le caractère transindividuel de l'intérêt commun

L'intérêt commun se marque d'un autre caractère : celui d'être transindividuel. C'est d'ailleurs en cela qu'il se rattache à une communauté plutôt qu'à un individu et dépasse les intérêts individuels : il est non seulement pluri-individuel, mais surtout transindividuel car il prend sa source à la fois dans chaque personne de la communauté sans exclusion et dans l'existence du groupe dans son ensemble. Cet intérêt transcende l'ensemble des individus de la communauté. Il est l'intérêt de la communauté, dans lequel est intégré l'intérêt de chacun, mais fondu dans l'intérêt de la communauté. Cet intérêt commun est ce qui la rassemble, ce qui fait le lien entre les membres de la communauté. Il se décline en plusieurs grandes catégories, que nous avons croisées à l'occasion des développements précédents : les intérêts relatifs à la conservation, la transmission ou l'accès et l'usage de la chose, objet de communalité.

Pour autant, les intérêts communs ne représentent pas un type autonome d'intérêt transindividuel, mais l'ensemble des **intérêts transindividuels indivisibles partagés par une communauté**, qu'ils soient reconnus *de iure* ou *de facto*. Il faut encore opérer des distinctions, entre plusieurs types d'intérêt commun, en fonction de deux critères.

Une première distinction sépare les communautés « ouvertes » ou « fermée », soit le **critère du degré d'ouverture** de la communauté. Le critère de leur distinction tient en la possibilité, pour un sujet qui n'est pas partie de la communauté, d'en devenir membre. Ce critère dépend beaucoup de l'objet de communalité. Ainsi :

- une communauté est totalement ouverte quand toute personne peut en être membre. Il en va ainsi de celle des bénéficiaires de l'air que l'on respire (objet de communalité). Ce type de communauté dépasse a priori la portée des entités organisées ou institutionnalisées.

---

<sup>1229</sup> Supreme Court of the Netherlands, 20 Decembre 2019, Numéro 19/00135. Pour une traduction en anglais de l'arrêt : <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>

- une communauté est partiellement ouverte lorsqu'il existe des critères de rattachement, de droit ou de fait ; il faudra alors prouver leur existence pour être considéré comme membre de la communauté.
- une communauté est fermée si les membres en sont strictement identifiés, voire sélectionnés, soit par une procédure juridique, soit par la constitution d'une personne morale. On peut ainsi prendre l'exemple des exploitants d'un étang organisés en association. Dans ce cas, l'intérêt commun sous-jacent est strictement attaché à cette communauté définie et a priori organisée ; il est représenté selon les critères internes de l'organisation.

Une seconde distinction renvoie à un élément objectif qu'est l'**organisation de la communauté concernée**, notamment *via* la création d'une institution ou d'une personne morale. Les membres d'une communauté organisée seront par conséquent liés entre eux par des circonstances de droit permettant de poursuivre et de protéger l'intérêt commun. La communauté disposera de mécanismes permettant l'identification d'un représentant de l'intérêt ainsi que sa protection en justice selon les règles statutaires d'habilitation. Inversement, une communauté peut ne pas être organisée selon une institution juridique reconnue, de sorte qu'elle sera diffuse (*v. infra*) et que l'identification d'un représentant et que la protection de l'intérêt ne se fera pas selon les formes précédentes.

Une nuance peut toutefois être apportée à cette dichotomie. Le fait que l'intérêt commun soit porté par une organisation n'empêche pas que l'intérêt concerne d'autres sujets (publics ou privés), d'autres groupes informels, voire des entités non-humaines : bien qu'externes à l'institution organisée, ils peuvent être concernés par le même intérêt ; l'institution organisée ne représentera donc pas l'intégralité de l'intérêt commun. L'exemple peut être pris des associations de protection de l'environnement, qui défendent un intérêt collectif selon l'article L.142-2 du Code de l'environnement, intérêt qui est également commun à d'autres sujets d'une communauté plus large.

À ce stade, on pourrait penser que ces variables n'ont qu'une valeur théorique. Or, elles en revêtent une pratique, tant en ce qui concerne les modalités d'identification des titulaires des intérêts substantiels ou procéduraux, que des actions en justice à mettre en œuvre, ou encore que des effets des décisions judiciaires (*v. infra* Titre 3). Il faut, pour s'en rendre compte, encore catégoriser l'intérêt commun selon les critères posés.

## 2. Les catégories de l'intérêt commun : les intérêts collectif, diffus, hybride et du commun

Au vu de ces critères, plusieurs catégories d'intérêt commun peuvent être identifiées, qui ne recevront donc pas le même traitement quant à leur représentation, les actions ouvertes pour défendre l'intérêt en cause et leurs résultats. Certes, il s'agit toujours d'intérêts pluri-individuels, indivisibles et transindividuels, mais ils se distinguent en deux sous-catégories : les intérêts collectifs et les intérêts diffus. On peut y ajouter des intérêts hybrides, les intérêts du commun, ainsi que donner des précisions sur les liens parfois entretenus entre intérêts communs et droits fondamentaux.

### 2.1. L'intérêt collectif

Si l'on s'attache en premier lieu à l'**intérêt collectif**, on l'identifiera comme renvoyant à des intérêts transindividuels d'une **communauté fermée ou semi-ouverte, identifiée et organisée**. Par exemple en France, la communauté des membres d'une profession. Cet intérêt collectif est représenté en justice par des sujets de droit habilités. Ainsi, en France, des personnes morales

sont habilitées à représenter l'intérêt collectif d'une profession : les syndicats. Mais il faut bien distinguer ce pour quoi ces personnes agissent : elles peuvent agir 1) en représentant de leur propre intérêt (remboursement des dépenses, préjudice matériel ou moral de la personne morale) ; 2) en représentation d'un intérêt individuel d'un ou de plusieurs des membres de la communauté ; 3) en représentation de l'intérêt collectif de la communauté (intérêt collectif de la profession). Si l'on s'attache à l'intérêt commun, c'est ce dernier point qui est intéressant.

## 2.2. L'intérêt diffus

**L'intérêt diffus**, quant à lui, est toujours un intérêt transindividuel relatif à une communauté, mais celle-ci est **ouverte et indéterminée et n'est pas organisée**. Il est possible de reprendre les propos d'Alexandra Arago, pour préciser que « **les intérêts diffus concernent un groupe de personnes plus ou moins étendu, ayant un certain nombre de caractéristiques communes, unies par un intérêt commun et partageant une communion de fait dans la jouissance du bien. Les titulaires des intérêts diffus sont ainsi indéterminés (et dans la plupart des cas, indéterminables), unis à peine par des circonstances de fait (et pas un rapport juridique)**, comme par exemple être habitant de la même région, utilisateur du même parc, amateur d'oiseaux, vivre dans les mêmes conditions socio-économiques. Le titulaire des intérêts diffus c'est la communauté et pas l'individu. Dans les intérêts diffus il n'y a pas de lien juridique liant les individus entre eux ou avec la partie adverse ».<sup>1230</sup>

En conséquence, la communauté considérée peut être très large (par exemple l'humanité) et peut inclure jusqu'aux générations futures (comme pour l'intérêt environnemental). En tant qu'entité, elle est identifiable au sens où chacun peut savoir s'il en fait partie, mais ses membres ne le sont pas : leur identification est impossible. Le lien transindividuel est alors diffus, même si les critères de rattachement de chaque individu à la communauté sont identifiables.

## 2.3. L'intérêt hybride (individuel et commun)

Il faut signaler que l'intérêt peut également revêtir un caractère **hybride, individuel et commun** : tout en étant individuel, il est également en partie commun à plusieurs sujets (la communauté). On peut donner l'exemple d'un apiculteur constatant la perte de ses abeilles, dommage qui intéresse également l'environnement dans son ensemble. Ce cas hybride est relaté dans la tradition des études historiques<sup>1231</sup> sur l'*actio popularis* à Rome. Il implique que l'individu soit alors l'acteur le mieux placé pour agir en justice, aussi bien en raison de la légitimité marquée de son intérêt<sup>1232</sup> qu'en raison de sa motivation à poursuivre l'action en justice. Mais, en cas d'action en réparation, cette qualification hybride de l'intérêt peut emporter des conséquences importantes : on pourra destiner l'indemnisation à ce sujet, en tant que victime « principale » des dommages constatés, en occultant l'intérêt commun (ce qui est cependant quelque peu contré

---

<sup>1230</sup> V. *infra* Annexe 2, Leçon de droit comparé n° 5 : A. A. ARAGAO, La reconnaissance des intérêts diffus au Portugal.

<sup>1231</sup> F. VOEFFRAY, Chapitre I. *L'institution originelle : l'actio popularis dans la Rome antique, L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Genève, Graduate Institute Publications, 2004 ; Y. THOMAS, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion ». In *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57e année, N. 6, 2002. pp. 1431- 1462 ; V. CRISAFULLI, voce *Azione popolare*, *Nuovo dig. it.*, II, Torino, 1937, 138 ; A. LUGO, voce *Azione popolare*, *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 861 ; A. O. ALBANESE, *L'azione popolare da Roma a noi*, Roma, 1955, 17 ; A. DI PORTO, *Res in usu publico e «beni comuni»*. *Il nodo della tutela*, Torino, Giappichelli, 2013.

<sup>1232</sup> Dans la Rome antique par exemple, une action populaire typique était l'*actio sepulchri violati*. Cette action pouvait être initiée par quiconque, *uti cives*, en défense de l'intérêt commun consistant dans le respect des sépultures, considéré comme un intérêt moral majeur. Toutefois, l'acteur le mieux placé pour agir était celui qui avait subi la violation de la sépulture familiale et qui agissait pour sa propre réparation morale et matérielle ainsi que pour la réparation de l'intérêt commun.

dans l'exemple choisi, puisque le Code civil enjoint désormais de prioritairement réparer en nature le préjudice écologique, article 1249). La qualification de l'intérêt en tant qu'hybride permet alors d'envisager une pluralité de moyens de protection (individuels ou communs) et de choisir de manière pragmatique l'action la plus adaptée à protéger l'intérêt en jeu (v. Titre 3 pour le choix entre une action de groupe et une action diffuse).

#### 2.4. L'intérêt du « commun »

L'intérêt commun peut également s'élargir pour embrasser au-delà des intérêts de la communauté, collectifs ou diffus, l'intérêt *per se* de l'objet de la communalité. On peut à ce titre prendre les exemples de l'intérêt d'une collection (à être conservée et à ne pas être démantelée) ou d'un écosystème. Les impératifs écologiques et la nécessité grandissante de protéger le patrimoine tant culturel que naturel, contribuent en effet à déplacer l'attention de la sphère juridique vers l'objet en commun ou le commun en lui-même.

D'ailleurs, des évolutions sont à relever et attendre spécialement, en matière environnementale. L'intérêt commun peut en effet s'y prêter à une interprétation *largo sensu*, dans une vision prospective intégrant des non humains à la communauté (*a priori* humaine). On identifierait alors une communauté du vivant ou communauté « biotique »<sup>1233</sup>, et donnerait véritablement corps à un écosystème perçu comme un commun naturel<sup>1234</sup>. Dans cette approche, l'intérêt commun dépasse alors les intérêts transindividuels des humains ayant la personnalité juridique et appartenant à la communauté déterminée (intérêt collectif) ou indéterminée (intérêt diffus). Il peut intégrer les intérêts de générations futures et surtout l'intérêt de l'objet de la communalité en matière environnementale, dans une vision plus écocentrée. Il peut intégrer les intérêts des réalités naturelles *pour elles-mêmes* (et éventuellement la personnification progressive de réalités naturelles comme cela se produit actuellement dans différents pays)<sup>1235</sup>. L'évolution s'est effectuée en ce sens en Nouvelle-Zélande. L'analyse qui a pu être faite, en particulier par Fehrat Taylan<sup>1236</sup>, de la loi néo-zélandaise de mars 2017 relative à la rivière (ou fleuve) Whanganui<sup>1237</sup> et la reconnaissant comme Te Awa Tupua, entité juridique, est à cet égard très éclairante : d'après cette lecture, la reconnaissance juridique de cette entité ne place pas l'humain face à une nature à protéger en soi et dont les intérêts s'opposent à l'humain, mais institue en entité juridique « un milieu commun »<sup>1238</sup>. Mais, plus proche de nous, on pourrait également considérer que la définition désormais donnée à l'article 1247 du Code civil du préjudice écologique reflète un préjudice commun, lésion d'intérêts diffus humains et non humains<sup>1239</sup>.

Évidemment, la question qui se pose dans cette direction tient aux modes de représentation et d'action en justice propre à défendre l'intérêt du commun (v. *infra* Titre 3). Ils devraient pouvoir

---

<sup>1233</sup> V. *supra* M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, Propositions de réformes relatives à la chose commune – La biodiversité comme chose commune ; B. MORIZOT, *Les Diplomates. Cohabiter avec les loups sur une nouvelle carte du vivant*, Marseille, Wildproject, 2016, p. 289 ; C. LARRERE, « La communauté biotique : l'héritage d'Aldo Léopold », in *Les philosophies de l'environnement*. PUF, 1997.

<sup>1234</sup> V. M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Les communs naturels comme expression de la solidarité écologique », RJE 4/2020, p. 689 à 713.

<sup>1235</sup> Les entités non humaines n'ayant ni capacité juridique ni capacité d'action seront évidemment juridiquement représentées par des humains ou des groupements d'humains ayant la personnalité morale.

<sup>1236</sup> F. TAYLAN, « Droits des peuples autochtones et communs environnementaux : le cas du fleuve Whanganui en Nouvelle-Zélande », Responsabilité & Environnement, *Annales des Mines*, octobre 2018, n°92, p. 21 ainsi que son entretien radiophonique <https://www.franceculture.fr/conferences/maison-de-la-recherche-en-sciences-humaines/milieux-communs>

<sup>1237</sup> Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Bill n° 129-2

<sup>1238</sup> V. M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, « Les communs naturels comme expression de la solidarité écologique », RJE 4/2020, p. 689 à 713.

<sup>1239</sup> V. M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, *supra* Section 2.1 - La biodiversité comme chose commune.

s'effectuer soit par chaque individu concerné, par le biais d'une action populaire, soit par une pluralité d'acteurs habilités en ce sens par la loi, par le biais d'une action en défense de l'intérêt du commun.

## 2.5. L'intérêt commun en lien étroit avec des droits fondamentaux

Enfin, dans le prolongement de l'approche fonctionnaliste des biens communs élaborée en Italie<sup>1240</sup> et largement discutée en France et à l'étranger<sup>1241</sup>, il est nécessaire de faire également une place aux intérêts communs qui se trouvent en lien étroit avec des droits fondamentaux. Il s'agit des intérêts à l'accès et à la jouissance de certains biens, qui, quel que soit leur propriétaire, comportent des fonctions constitutionnellement protégées, liées à l'exercice des libertés et droits fondamentaux (comme la liberté d'expression et les espaces publics<sup>1242</sup> ou le droit à la santé et certains traitements).

Dans ce cas, la réalisation et la protection effective de l'intérêt commun à un groupe plus au moins large et organisé de sujets devraient être renforcées. Ce rattachement pourrait déterminer alors, d'une part, une affectation particulière et donc un régime spécial pour les biens au cœur de l'intérêt commun et, d'autre part, un renforcement de la protection afin qu'une palette assez large de demandeurs puisse agir pour s'opposer à un acte ou à un fait (ou à un ensemble d'actes et de faits) qui compromettrait ou aggraverait l'exercice de ces libertés, soit en raison de l'intérêt général (par ex. le Procureur général ou des autorités indépendantes), soit en raison de l'intérêt commun concrètement atteint.

La pluralité des titulaires de l'intérêt à agir répondrait alors aussi bien à un souci de protection constitutionnellement renforcée qu'à la structure de l'intérêt ayant une composante individuelle, inaliénable et indisponible - les libertés personnelles de chacun/chacune - une composante commune - l'intérêt d'une communauté spécifique à préserver les conditions juridiques et factuelles de leur exercice effectif contre quelconques troubles ou restrictions - et une composante d'ordre général.

Le droit comparé a largement contribué à étayer la réflexion sur la notion d'intérêt commun ou d'une communauté qui n'existe pas en tant que tel actuellement en droit français. Les droits colombien, italien, portugais et brésilien, en particulier, ont été d'un grand secours<sup>1243</sup> pour à la fois identifier les intérêts collectifs, les intérêts diffus ou hybrides et pour proposer leur judiciarité<sup>1244</sup>.

---

<sup>1240</sup> V. not. S. RODOTA, *Il diritto ad avere diritti*, Rome-Bari, 2012 ; S. RODOTA, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e sui beni comuni*, Bologne, 2013 ; S. RODOTA, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au XXI<sup>e</sup> siècle », in D. FESTA & P. CHARBONNIER, (dir.), *L'Italie des biens communs, Tracés, Hors-série, 16*, p. 215 et ss.

<sup>1241</sup> V. par ex. *supra* Partie 1, T. PERROUD, Propriété publique et communalité.

<sup>1242</sup> V. Annexe 1, 8. Propositions de réforme relatives aux biens publics.

<sup>1243</sup> V. Annexe 2, Leçon de droit comparé n° 5 : A. A. ARAGAO, La reconnaissance des intérêts diffus au Portugal.

<sup>1244</sup> V. Partie 2, Titre 2, Section 1.



## Section 2. Les prérogatives de gouvernance à reconnaître

Le droit applicable en France consacre parfois des prérogatives permettant d'avoir accès à une information, à participer à des décisions voire d'agir en justice pour protéger l'affectation d'un patrimoine commun, ce au bénéfice, selon les cas, d'organisations, de certaines communautés ou du public en général. Toutefois, le sentiment qui domine est que, faute d'avoir pris la mesure de l'importance de la communalité en droit, notre système juridique n'a pas encore reconnu les prérogatives des « commoneurs » dans toute leur extension. Pour le démontrer et par souci de clarté, la démonstration à suivre distinguera le droit à l'information (**Section 2.1.**), le droit à la participation voire à la co-décision (**Section 2.2.**) puis le droit d'introduire en justice une action destinée à favoriser la préservation d'objets teintés de communalité (**Section 2.3.**).

## Section 2.1. Le droit à l'information<sup>1245</sup>

On l'a vu, le droit à l'information constituait le socle des prérogatives associées à la qualification de patrimoine commun<sup>1246</sup>. En effet, le caractère commun d'une chose ne suffit pas toujours à justifier l'attribution à tous les intéressés du droit d'y accéder matériellement ou d'en user, ne serait-ce que parce que l'accès partagé et l'usage de tous pourraient en altérer la substance. Pour autant, la communalité de la chose justifie *a minima* l'allocation des informations permettant l'exercice d'un droit de regard sur la manière dont le patrimoine commun est géré par ceux (personnes publiques ou privées) qui en ont la garde.

Concevoir de la sorte le droit à l'information, c'est-à-dire comme une conséquence du caractère commun de la chose, porte alors en germe une reformulation des prérogatives informationnelles traditionnellement dévolues au public. En effet, le droit du public d'accéder à des informations d'intérêt commun a été traditionnellement formalisé plutôt en termes de droit d'accéder à des informations détenues par les autorités publiques. C'est ainsi que la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public a consacré la liberté du public d'accéder aux « documents administratifs », définis comme tels au regard de leur rattachement à l'action des autorités publiques. Ce faisant, la loi relayait l'ambition démocratique inscrite à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « *La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration.* » Un tel modèle serait à même de garantir l'accès du public aux données d'intérêt commun si les « agents publics » détenaient effectivement toutes les données que la Société s'accorde à considérer comme telles. Cependant, la réalité est différente, avec pour conséquence que quantité d'informations d'intérêt commun peuvent échapper à la connaissance du public en considération du fait qu'elles sont détenues par des personnes privées. Du « Dieselgate » aux « Monsanto Papers », de nombreux scandales environnementaux ont par exemple pu prospérer sur fond d'inaccessibilité au public des études produites par les industriels. Il semble donc important de faire valoir un changement de logique, consistant à passer d'un droit d'accéder aux informations détenues par les autorités publiques à un droit d'accéder aux données d'intérêt commun (§1.). Opérer un tel changement d'approche ne représenterait pas un saut dans l'inconnu : à bien des égards, cette mue est déjà en cours dans le cadre du régime d'accès aux informations relatives à l'environnement (§2.).

### §1. Vers un droit d'accès du public aux données d'intérêt commun

Un droit du public d'accéder aux données d'intérêt commun pourrait être consacré sans que le statut juridique de l'information ne s'en trouve remis en cause (1.). D'ores et déjà, un régime d'accès aux données d'intérêt général a vu le jour (2.). Il serait techniquement possible et politiquement intéressant de reformuler cette prérogative en en faisant un droit d'accès du public aux données d'intérêt commun (3.). Cette reformulation irait opportunément de pair avec un affinement des règles en vigueur sur les modalités d'articulation entre le droit d'accès du public aux informations d'intérêt commun et les prérogatives concurrentes (4.).

#### 1. Le statut actuel de l'information

Les discussions sur le statut juridique de l'information pâtissent d'une tendance excessive à la généralisation. Pour les uns, l'information en général devrait échapper à toute forme d'appropriation. Ceux-là ont souvent cru trouver des arguments dans la théorie économique qui

---

<sup>1245</sup> Rédactrice : Aude-Solveig Epstein

<sup>1246</sup> V. Partie 2, Titre 1, Section 1, Le patrimoine commun.

enseigne que les informations sont des biens publics, au sens où il s'agit de biens non rivaux (l'augmentation du nombre d'utilisateurs ne diminue pas la quantité disponible pour les autres) et non-exclusifs (il est difficile voire impossible d'empêcher un autre utilisateur d'utiliser l'information). Pour les autres, l'information en général serait susceptible d'une forme d'appropriation compte tenu de la valeur que nos contemporains accordent à cet « or noir du XXI<sup>e</sup> siècle ». En réalité, il faut se garder d'une vision monolithique des choses. Le régime juridique de l'information n'est pas fait d'un bloc : le droit tolère que certaines informations fassent l'objet d'une réservation exclusive, mais il en destine d'autres à la publicité sans y voir une forme d'expropriation. Entre ces deux extrémités, figurent des hypothèses intermédiaires d'accessibilité limitée à certaines personnes ou à certaines conditions. Il n'en demeure pas moins que, alors que l'information joue un rôle fondamental dans l'organisation collective, une tendance à sa réservation privative se déploie à mesure que la croyance dans son caractère généralement appropriable se renforce. Ce phénomène rend nécessaire l'affirmation générale d'un principe de non-appropriabilité par défaut.

### 1.1. Le rôle fondamental de l'information dans l'organisation collective.

Au sens courant, l'information désigne « *un renseignement susceptible, par l'élément qu'il ajoute à la masse de nos connaissances, de modifier sinon notre conception du monde, du moins notre comportement* »<sup>1247</sup>. Parce que l'information constitue, de la sorte, un formidable vecteur de réduction de l'incertitude et d'influence des comportements, elle joue un rôle fondamental dans l'organisation de la société. Elle rend possible le contrôle de l'action des gouvernants par les gouvernés. D'une manière plus générale, elle est la condition première d'une planification rationnelle des décisions, qu'elles soient économiques ou politiques, individuelles ou collectives. À ce titre, « *[l']information est ce par quoi la régulation s'alimente et s'exerce, le régulateur agissant à partir des informations qu'il obtient et produisant lui-même de l'information factuelle et normative. L'information est en outre ce qui va équilibrer les rapports de force dans la mesure où la domination se construit fréquemment sur la détention d'une information par l'un, qui se garde de la communiquer à l'autre.* »<sup>1248</sup> La disponibilité de l'information revêt ainsi une utilité collective considérable. Hayek avait bien perçu cette importance fondamentale de l'information, allant jusqu'à clamer la supériorité de l'économie de marché par rapport à la planification centralisée en considération de l'efficacité prétendument supérieure du premier pour favoriser une circulation optimale de l'information<sup>1249</sup>. Le développement de l'économie de marché dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle a pourtant favorisé la multiplication des obstacles au libre partage des informations, *via* l'essor des techniques de réservation privative de l'information.

#### 1.1.1. L'essor de la réservation privative de l'information et la croyance dans son caractère généralement appropriable

En théorie, l'appropriabilité de l'information reste assez hérétique. Après que l'information a été écartée du domaine des biens au nom de l'idée d'incorporation de la propriété dans son objet, ce qui excluait l'admission d'une propriété de l'incorporel, elle l'est aujourd'hui surtout en raison des craintes qu'elle nourrit. Au spectre de « l'embastillage cognitif »<sup>1250</sup>, s'ajoute le risque d'affaiblissement des caractères du droit de propriété qu'induirait la reconnaissance d'une

---

<sup>1247</sup> P. BULLY, « La théorie de l'information vingt ans après », *Communication et langages*, n°1, 1969, p. 27.

<sup>1248</sup> M. A. FRISON-ROCHE, « Le besoin conjoint d'une régulation analogue des relations sociales et des marchés globalisés », *RIDE*, 1/2002, t. XVI, p. 67.

<sup>1249</sup> F. A. HAYEK, « *The use of knowledge in society* », *American Economic Rev.* 1945, vol. 35, n° 4, p. 519, traduit par V. DE MAREUIL, « L'utilisation de l'information dans la société », *Revue française d'économie*, 1986, vol. 1, n° 2, p. 117.

<sup>1250</sup> M. VIVANT, « De la diffusion du "génie" à l'embastillage cognitif, ou Sur un usage nouveau de la propriété intellectuelle », in E. LE DOLLEY (dir.), *Les Concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ/Lextenso, 2010, p. 207.

appropriation d'une chose aussi éminemment rétive à l'exclusivisme propriétaire<sup>1251</sup>. Même si l'objet des droits de propriété intellectuelle s'est progressivement dilaté, l'information elle-même est classiquement présentée comme échappant à la protection par la propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle ne protégerait pas l'information elle-même, mais plutôt la forme originale qu'elle emprunte, les applications techniques qu'elle révèle, les investissements réalisés pour la produire, etc. Pourtant, la réservation et la commercialisation de l'information sont une réalité. Elles ne passent pas nécessairement par le concept d'appropriation, mais quantité d'autres techniques ont été mises à profit, depuis la confidentialité conventionnelle jusqu'à la protection par le droit pénal en passant par le droit de la responsabilité civile<sup>1252</sup>.

La démultiplication de ces techniques de réservation privative de l'information a favorisé la diffusion d'une croyance dans l'appropriation de l'information par son producteur ou par le commettant de ce dernier. Cette croyance est déjà bien enracinée. Diverses législations sanitaires s'attachent ainsi à préserver les droits du « *propriétaire des données* »<sup>1253</sup>. Dans cette veine, on peut citer un rapport du Haut conseil des biotechnologies de 2013. Ce rapport était destiné à éclairer l'état du droit positif en matière d'accès aux données brutes étayant l'évaluation des risques par les demandeurs d'autorisations relatives à des organismes génétiquement modifiés. La problématique résultait, selon ses auteurs, du fait qu'« [e]n principe, tout producteur de données est propriétaire de ces dernières. (...) Il suffit de constater que le producteur de données peut décider, par contrat, des modalités d'accès des tiers à ces dernières ou que celui qui finance une étude prévoit presque toujours qu'il est propriétaire des résultats »<sup>1254</sup>. L'argument est problématique. En quoi le constat que le producteur d'une donnée dispose *en fait* d'un pouvoir sur son usage suffirait-il à lui en reconnaître la propriété *en droit* ? Dans le sillage d'une doctrine foisonnante, le Conseil constitutionnel refuse de considérer que l'information serait appropriable par défaut : l'admission d'une forme de propriété de cette chose incorporelle suppose, selon le Conseil, l'intervention d'une législation spécifique qui détermine précisément les contours du droit reconnu<sup>1255</sup>. Quant à la Cour de cassation, elle exclut que le propriétaire d'une chose

---

<sup>1251</sup> V. par exemple F. SIIRIANEN, « Une autre image de "l'image des biens" ... et de la propriété », *CCE*, oct. 2004, n°10, étude 35. L'auteur souligne que la dématérialisation de l'objet du droit de propriété entraîne des conséquences sur les caractères de ce droit : « *sans changer de nature, le droit d'exploitation qui porte sur ce bien va alors nécessairement varier en intensité* ». Ainsi, lorsqu'il serait exercé sur l'image de sa chose, le droit de jouissance reconnu au propriétaire perdrait son caractère exclusif. Cela s'expliquerait par le fait que l'image est une information. Soulignant que « *la théorie économique nous enseigne en effet que l'information est un bien qui ne se détruit pas lorsqu'on le consomme ; qui se multiplie lorsqu'on le partage ; et qui se développe lorsqu'on l'utilise* », l'auteur en déduit qu'« *un tel droit ne peut qu'être "relatif" en raison de l'existence de droits et libertés concurrents sur "l'image" du bien, dont il convient alors d'aménager la coexistence* ».

<sup>1252</sup> P. CATALA, « La "propriété" de l'information », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz/Sirey, 1985, p. 97 et s., spéc. p. 112 (« *qu'on dénomme ou non "propriété" ce nouveau droit en quête d'opposabilité [...], peu importe au fond* »). En ce sens, v. aussi M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006, t. XX, n° 4, p. 361. L'enjeu est alors d'analyser les « *techniques de réservation* » (A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, 2001, n°557 et s.; M.-A. CHARDEAUX, *Les Choses communes*, LGDJ, 2006, n°67 et s., p. 69 et s.).

<sup>1253</sup> V. not. article R. 5124-57-6, CSP, ou encore l'arrêté du 13 novembre 2006 fixant le contenu, le format et les modalités de présentation à l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé du dossier de demande d'autorisation de recherche biomédicale portant sur un tissu ou un organe d'origine humaine ou animale.

<sup>1254</sup> HAUT CONSEIL DES BIOTECHNOLOGIES, *Accès aux données brutes des pétitionnaires : État des lieux et propositions d'évolution*, sept. 2013, p. 4.

<sup>1255</sup> A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut A. Varenne, LGDJ/Lextenso Ed., 2015, n° 230. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a été saisi en 2015 d'une requête relative aux dispositions de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques qui imposaient aux greffiers des tribunaux de commerce de transmettre à l'Institut national de la propriété industrielle les inscriptions au registre du commerce et des sociétés. Suivant les requérants, cette obligation méconnaîtrait le droit de propriété. L'argument n'a pas convaincu le Conseil. Sans écarter qu'une information puisse être protégée par le droit de propriété, il a observé qu'au cas d'espèce, l'obligation de transmission concernait « *les données contenues dans la version électronique des registres du commerce et des sociétés et non les éventuelles bases de données qu'ils ont élaborées dans le cadre de l'exploitation privée de ces données* ». S'agissant d'une obligation de fournir des données non protégées par le code de la propriété intellectuelle, il en a conclu que « *compte tenu de la nature des données transmises, les dispositions contestées ne portent*

matérielle soit accessoirement titulaire exclusif de son image<sup>1256</sup>. La solution inverse aurait été excessive : exploiter commercialement la photographie de la propriété d'autrui ou même simplement en fixer l'image sans l'autorisation du propriétaire de la chose matérielle aurait pu être apparenté à du vol<sup>1257</sup>. Par extension, le propriétaire d'une chose matérielle ne saurait être considéré comme le propriétaire de toutes les informations qui s'y rapportent.

Il n'empêche que la multiplication des techniques légales et contractuelles de réservation privative de l'information nourrit la croyance dans l'existence d'un droit de propriété originaire et systématique sur cette information. Au point que pour désamorcer cette croyance, une intervention législative semble de plus en plus incontournable.

### 1.1.2. Le besoin paradoxal d'une consécration légale du caractère inappropriable de certaines informations

L'essor des législations admettant une réservation privative de l'information contribue à inverser la perception du principe et de l'exception : l'appropriation de l'information est en passe d'être perçue comme le principe et son caractère inappropriable comme une exception<sup>1258</sup>. D'où le besoin croissant que ces exceptions soient dûment formalisées dans la loi.

La transposition de la directive 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites du 8 juin 2016 a accentué la nécessité de consacrer, par une législation spécifique, le caractère inappropriable des informations que la collectivité politique s'accorde à juger d'intérêt général. En effet, cette directive retient une définition extensive du secret des affaires, qui a été transposée à l'article L. 151-1 du Code de commerce par la loi relative à la protection du secret des affaires du 30 juillet 2018. Dorénavant, « *[e]st protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants : 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret.* » Toute information, quel qu'en soit l'objet, peut ainsi théoriquement être qualifiée de « secret des affaires » dès lors que des tiers sont susceptibles de lui attribuer une valeur économique du fait que son possesseur prend des mesures pour en organiser la confidentialité. Or, les détenteurs d'informations peuvent aspirer à en organiser la confidentialité, et les tiers à en obtenir la révélation, du fait que ces informations révèlent un savoir-faire et qu'elles sont le fruit d'un investissement, mais aussi du fait qu'elles font

---

*pas atteinte au droit de propriété* » (Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques).

<sup>1256</sup> C'est ainsi par exemple que, par un arrêt du 7 mai 2004, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que « *le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur son image* » (Cass. Ass. Plén., 7 mai 2004, n°02-10.450: Bull. n°10, p. 21 ; D. 2004, p. 1545, note E. DREYER ; D. 2004, p. 1470, note F. KENDERIAN ; JCP 2004, II, 10085, note C. CARON ; JCP 2004, I, 163, obs. G. VINEY ; D. 2004, p. 2406, obs. N. REBOUL-MAUPIN ; RTD Civ., 2004, p. 528, obs. T. REVET ; CCE 2004, p. 35, chron. F. SIIRIAINEN). Le juge administratif a lui-même entériné cette solution, en donnant raison à la société commerciale qui avait réalisé des photos du château de Chambord pour sa campagne publicitaire. Pour refuser de faire droit à la demande du directeur général du domaine national de Chambord, en paiement de la somme de 143 520 € pour occupation du domaine public, le Tribunal administratif d'Orléans a retenu que « *l'image de la chose ne saurait être assimilée ni à la chose elle-même, ni aux droits attachés à la propriété de cette chose [...] l'utilisation par un tiers d'une photographie d'un bien du domaine public ne s'analyse pas comme une occupation et n'est pas susceptible de donner lieu au paiement d'une redevance* » (TA Orléans, 6 mars 2012, Kronenbourg SAS, n°1102187: AJDA 2012, p. 1227, concl. J. FRANCFORT ; D. 2012, p. 2222, note J.-M. BRUGUIERE).

<sup>1257</sup> Sur cette question, v. not. W. DROSS, *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso, 2019, n° 17 et s.

<sup>1258</sup> Sur ce phénomène, v. not. T. BERGER, *L'Accès à l'information environnementale et sanitaire : le cas des OGM, des médicaments et des substances chimiques*, Thèse, Paris 1, dir. C. Noiville, 2020.

apparaître le comportement répréhensible ou nuisible d'une personne<sup>1259</sup>. La définition du secret des affaires inscrite dans le Code de commerce est assez large pour englober ces deux catégories de secrets. Elle risque ainsi d'entraver l'accès à des données qui, loin d'être des informations industrielles et commerciales indispensables à l'exercice d'une saine concurrence entre opérateurs, révéleraient les impacts sociaux et environnementaux néfastes de leurs activités. Certes, l'article L. 151-8 du code de commerce prévoit qu'« [à] l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le secret n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue » à des fins légitimes dont la liste est dressée. Cependant, la protection garantie par ce texte ne va qu'aux porteurs d'intérêts répondant exactement à la liste légale ; surtout, elle présuppose un contentieux dont le seul risque sera de nature à geler les vellétés d'accès ou d'usage des informations désignées comme confidentielles par leur titulaire. Aux termes de l'article L. 151-7 du Code de commerce, afin que le secret des affaires soit jugé inopposable en dehors de tout procès, il importe que son obtention, son utilisation et/ou sa divulgation aient été requises ou autorisées par le droit. D'où l'importance de disposer de législations spécifiques venant formellement imposer ou en tout cas autoriser l'obtention, l'usage et la divulgation des données d'intérêt général.

Les lanceurs d'alerte bénéficient déjà d'une protection légale spécifique, notamment depuis la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin 2 »). L'articulation entre cette loi et celle relative à la protection du secret des affaires n'est pas encore très claire. Cependant, il semble d'ores et déjà acquis que la loi Sapin 2 ne garantit pas l'accès des lanceurs d'alerte aux informations sensibles ; elle n'intervient que dans un second temps pour protéger, dans une certaine mesure, la personne qui a de bonne foi révélé « *un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* »<sup>1260</sup>. La loi relative à la protection du secret des affaires du 30 juillet 2018 pose donc à nouveaux frais la question de la consécration d'un régime légal d'accès du public aux données d'intérêt général détenues par des entreprises privées.

## **1.2. L'émergence limitée d'un régime d'accès aux données d'intérêt général**

Les informations détenues par les autorités publiques et les personnes qui leur sont assimilées (informations détenues par les entreprises privées au titre de leur mission de service public) sont traditionnellement accessibles au public, notamment sur le fondement du droit d'accès aux documents administratifs et du droit à l'information relative à l'environnement. Les données importantes pour la collectivité sont ainsi destinées à la publicité si elles sont produites ou détenues par une autorité publique ou assimilée. En revanche, elles échappent en principe à la publicité lorsqu'elles sont produites ou détenues par des personnes « strictement » privées. Pourtant, certaines informations détenues par des personnes privées peuvent s'avérer d'une utilité considérable pour le public. Ce constat a favorisé l'émergence de la notion de « donnée d'intérêt général ». Dans un rapport de 2015, le Conseil d'État, le Conseil général de l'économie et l'Inspection générale des finances ont ainsi plaidé pour « l'ouverture des données d'intérêt

---

<sup>1259</sup> A.-S. EPSTEIN, « *La compatibilité du droit d'accès aux informations environnementales de source privée avec la protection du secret des affaires : prélude à la consécration d'un droit d'accès aux données d'intérêt général de source privée* », RJE 2020 (à paraître).

<sup>1260</sup> L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, art. 6.

général » détenues par des personnes privées<sup>1261</sup>. Parmi les deux, le rapport a cependant plaidé pour le plus restrictif.

### 1.2.1. Des données d'intérêt général définies de manière restrictive

Le premier scénario identifié par le rapport du Conseil d'État, du Conseil général de l'économie et de l'Inspection générale des finances consistait à adopter des législations sectorielles ponctuelles, préconisant l'ouverture de certaines données d'intérêt général détenues par certaines personnes privées. C'est cette approche qui a été retenue dans le cadre de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique. Les dispositions sur les données d'intérêt général contenues dans cette loi ont une portée limitée.

D'abord, la loi n'a pas vraiment créé un régime d'accès direct du public aux données d'intérêt général des entreprises privées. Certes, elle a ponctuellement imposé à des entreprises de communiquer des informations directement au public,<sup>1262</sup> mais, dans l'ensemble, elle a plutôt renforcé la faculté pour les autorités publiques d'obtenir un surcroît d'information en provenance des entreprises privées<sup>1263</sup>. Elle est même parfois allée jusqu'à interdire à l'autorité publique de communiquer au public certaines des informations ainsi obtenues<sup>1264</sup>.

Ensuite, les données que la loi a qualifiées d'intérêt général sont peu nombreuses et elles tendent à se réduire aux données d'activités de service public et subventionnées par la puissance publique. Enfin, les débiteurs des obligations instituées sont essentiellement des entreprises chargées d'une mission de service public ou bénéficiant d'un financement public et les créanciers de ces obligations sont essentiellement les autorités publiques.

Ce faisant, la loi ne manque pas seulement d'ambition, elle est également d'une cohérence douteuse. En effet, l'obligation qu'elle institue à la charge des autorités publiques de diffuser de façon prioritaire les « données, mises à jour de façon régulière, dont la publication présente un intérêt économique, social, sanitaire ou environnemental »<sup>1265</sup> n'est pas rattachée au régime des données d'intérêt général. Dans l'esprit du législateur, il semble ainsi que la catégorie « données d'intérêt général » ne puisse faire référence qu'à des données détenues par des personnes privées. Il est surprenant que la qualification de « données d'intérêt général », que la loi ne définit pas, n'embrasse pas les données « dont la publication présente un intérêt économique, social, sanitaire ou environnemental » au motif que ces données seraient détenues par des personnes... publiques.

Dans cette veine, on en vient à penser qu'il aurait été plus satisfaisant, au plan de la technique législative, de privilégier la seconde option identifiée par le rapport de 2015 sur les données d'intérêt général, à savoir l'adoption d'une loi-cadre sur l'ouverture des données d'intérêt général.

---

<sup>1261</sup> L. CYTERMAN *et alii.*, [Rapport relatif aux données d'intérêt général](#), sept. 2015 ; v. égal. F. JUTAND (dir.), [Ouverture des données de transport](#), Rapport remis au secrétaire d'État chargé des Transports, de la Mer et de la Pêche, mars 2015.

<sup>1262</sup> V. not. l'article 23 de la loi.

<sup>1263</sup> L. CLUZEL-METAYER, « La loi pour une République numérique : l'écosystème de la donnée saisi par le droit », *AJDA* 2017, p. 340 (observant qu'en vertu de la loi, « le concessionnaire doit fournir à l'autorité concédante les données et bases de données sous format électronique dans un standard ouvert librement réutilisable, et que « l'autorité concédante ou un tiers désigné par celle-ci peut extraire et exploiter librement tout ou partie de ces données et bases de données », mais que « dans la mesure où l'autorité concédante peut exempter le concessionnaire de tout ou partie de ces obligations, on peut craindre que cette disposition soit en définitive vidée de sa substance »).

<sup>1264</sup> V. not. l'article 19 de la loi.

<sup>1265</sup> Article L. 312-1-1, CRPA.

### 1.2.2. L'adoption d'une loi-cadre sur les données d'intérêt général, une voie trop rapidement écartée

Ce second scénario consistait à inscrire dans une loi-cadre une définition des données d'intérêt général et à renvoyer vers des législations particulières la détermination des informations répondant à cette qualification et la fixation des modalités de leur mise à disposition. Le rapport avait proposé la définition suivante :

« Sont considérées comme des données d'intérêt général les informations qui répondent aux conditions suivantes :

1° Elles sont contenues dans des documents, au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, produits ou reçus par des personnes de droit public ou de droit privé ;

2° Elles sont mises à disposition des tiers et librement réutilisables en vertu de lois particulières ;

3° Leur mise à disposition des tiers est justifiée par leur importance majeure au regard d'un ou plusieurs des motifs d'intérêt général suivants :

a) L'information des citoyens ou des consommateurs ;

b) La conduite des politiques publiques ou l'amélioration du fonctionnement des services publics

c) Le développement d'activités économiques nouvelles ou la transformation d'activités économiques existantes par l'utilisation des données

d) La recherche.

Les données d'intérêt général sont désignées comme telles par des lois particulières. Les conditions d'élaboration de ces lois et de leur mise à disposition des données d'intérêt général sont définies par le présent chapitre. »

Comment expliquer que cette solution n'ait pas emporté la conviction des auteurs du rapport précité ? Différents facteurs contribuent à l'expliquer, parmi lesquels :

- l'incertitude sur la définition et donc sur le périmètre de la catégorie des données d'intérêt général<sup>1266</sup> ;
- une tendance à ramener l'intérêt général à l'action publique : l'essentiel serait que les autorités publiques disposent des données d'intérêt général et en sens inverse, les données d'intérêt général se rapporteraient essentiellement à des activités contrôlées et/ou soutenues par l'autorité publique ;
- le constat qu'aux termes de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, les documents administratifs portant atteinte à la vie privée ou au secret industriel et commercial ne sont communicables qu'à l'intéressé : « [a]lors que les informations confidentielles des entreprises sont protégées du droit de communication lorsqu'elles sont transmises à l'administration, il serait peu cohérent qu'elles ne le soient plus lorsqu'elles sont conservées par les entreprises elles-mêmes, même en présence de motifs d'intérêt général »<sup>1267</sup> ;
- la crainte de voir la loi censurée par le Conseil constitutionnel sur le fondement de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété<sup>1268</sup>.

<sup>1266</sup> L. CYTERMAN *et alii.*, *Rapport relatif aux données d'intérêt général*, *op. cit.*, par ex. p. 25.

<sup>1267</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>1268</sup> *Ibid.*, p. 40 et s.



En réalité, aucun de ces facteurs n'est un réel obstacle à la consécration d'un principe général d'ouverture au public des données détenues par les entreprises privées dont la révélation répond à un intérêt commun, même lorsque ces entreprises ne sont pas chargées d'une mission de service public.

Aucun obstacle constitutionnel ou conventionnel ne s'oppose par principe à ce type de législation garantissant l'accès à des informations d'intérêt commun<sup>1269</sup>.

La difficulté résidait plutôt dans :

- la détermination précise des informations méritant d'être jugées accessibles au public et des modalités de leur mise à disposition ;
- l'impact de la qualification de donnée d'intérêt général sur les possibilités de réutilisation des données.

En vue de répondre à ces difficultés et pour réorienter la définition des informations qui pourraient être saisies, il serait nécessaire de relancer la réflexion autour de l'ouverture au public des données d'intérêt commun, en y associant cette fois des spécialistes du droit d'accès à l'information environnementale et sanitaire, du droit de la propriété intellectuelle, des représentants des organisations de défense des usagers du système de santé, des consommateurs, de l'environnement et des droits de l'homme, et pourquoi pas, suivant le modèle de la Convention citoyenne pour le climat, des membres du public tirés au sort. Il reviendrait à cette commission de faire des propositions sur l'étendue exacte du droit d'accès et de réutilisation des données que la collectivité politique s'accorde à considérer comme d'intérêt commun.

### **1.3. Du droit d'accès aux données d'intérêt général au droit d'accès aux données d'intérêt commun**

On remarquera dès l'abord que parler de « données d'intérêt commun » plutôt que de « données d'intérêt général » permettrait, en cohérence avec le cadre général tracé par la présente recherche, d'éviter d'assimiler l'intérêt de communautés avec l'intérêt défini/défendu par l'Etat et/ou avec la seule action publique. Nous n'ébaucherons ici qu'une démonstration synthétique, qui sera beaucoup plus amplement détaillée ci-après pour l'analyse de l'un des domaines les plus avancés en la matière : celui de l'information relative à l'environnement. On sera d'ailleurs guidée par l'hypothèse que c'est cette matière, du droit à l'information environnementale du public, qui doit constituer le laboratoire de l'ouverture des données d'intérêt commun, et non le régime de l'accès aux documents administratifs ou les politiques d'open data.

#### **1.3.1. Du modèle du droit d'accès aux documents administratifs au modèle du droit à l'information relative à l'environnement**

Les rédacteurs du rapport précité de 2015 sur les données d'intérêt général ont eu tendance à considérer l'ouverture des données d'intérêt général comme une excroissance du droit d'accès aux documents administratifs. Les deux s'inscrivent pourtant dans une filiation différente.

La consécration d'un régime d'accès aux documents administratifs est devenue la norme dans les démocraties à compter des années 1960-1970. En France, c'est la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public qui a fait souffler le vent de la transparence administrative. Même si la notion de document administratif a été progressivement étendue, seules des informations qui sont produites, reçues ou détenues par une

---

<sup>1269</sup> V. not. *supra*.

autorité publique ou assimilée (documents produits par des entreprises privées chargées d'une mission de service public dans le cadre de cette activité) sont accessibles sur ce fondement. C'est donc le rattachement organique du document à l'action administrative qui en fonde l'accessibilité. En ce sens, le Conseil constitutionnel a récemment constitutionnalisé le droit d'accès aux documents administratifs en le rattachant à l'article 15 de la Déclaration de 1789, en vertu duquel « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration »<sup>1270</sup>. Certes, toute personne peut, sur le fondement de ce droit, obtenir des informations de source privée dès lors qu'une autorité publique les détient. Cependant, il s'agit d'un effet collatéral d'une législation qui n'a pas été conçue en vue de faire la lumière sur les pratiques privées, mais plutôt comme un vecteur de démocratisation de l'action administrative *stricto sensu*. À ce titre d'ailleurs, les informations protégées par le secret des affaires sont systématiquement écartées des informations communiquées au public sur le fondement du droit d'accès aux documents administratifs<sup>1271</sup>.

Par contraste, l'ouverture des données d'intérêt commun se justifierait en considération, non pas de la nature publique de la personne qui les a produites ou qui les détient, mais de l'objet de ces informations et de l'importance que la collectivité leur reconnaît. Le détenteur des données, qu'il s'agisse d'une personne publique ou d'une personne privée, aurait à ce titre vocation à en gérer la production et la conservation dans l'intérêt commun. Sous cet angle, il aurait été plus cohérent que les auteurs du rapport de 2015 sur l'ouverture des données d'intérêt général s'inspirent, pour en concevoir le régime, du droit à l'information relative à l'environnement plutôt que du droit d'accès aux documents administratifs pour concevoir le régime d'ouverture des données d'intérêt général et, partant, que ce pan serve de source d'inspiration pour les données d'intérêt commun.

Il est en effet devenu fréquent, depuis les années 1990, que les démocraties reconnaissent au public un droit d'accéder aux informations environnementales. Même si ce droit s'exerce généralement à l'égard des seules informations environnementales détenues par des autorités publiques et assimilées, il n'est pas une simple variation sur le thème de la transparence administrative.

D'une part, l'information environnementale délivrée au public n'est pas conçue seulement comme un **vecteur de transparence administrative et de démocratisation des décisions publiques, mais aussi comme un instrument au service de la protection du patrimoine commun environnemental** et de sa prise en charge par la société civile<sup>1272</sup>.

D'autre part et en pratique, les prérogatives du public en matière d'information environnementale conduisent, pour cette raison, à faire supporter quantité d'obligations **non seulement aux autorités publiques et assimilées, mais aussi à des entreprises « strictement » privées**. Ces obligations protéiformes constituent un excellent laboratoire des potentialités et des modalités d'un droit à l'accès aux données d'intérêt commun<sup>1273</sup>.

En retour, l'émergence de la catégorie des données d'intérêt commun pourrait favoriser la maturation du régime d'accès aux informations environnementales : pour l'heure ce régime demeure en effet méconnu, insuffisamment effectif<sup>1274</sup> et excessivement conçu comme une simple déclinaison du régime d'accès aux documents administratifs<sup>1275</sup>.

---

<sup>1270</sup> Cons. Constit. Décision n° 2020-834 QPC du 3 avril 2020, Communicabilité et publicité des algorithmes mis en œuvre par les établissements d'enseignement supérieur pour l'examen des demandes d'inscription en premier cycle, consid. 8.

<sup>1271</sup> En ce sens, v. d'ailleurs le récent avis du Conseil national du numérique : Faire des données environnementales des données d'intérêt général, juill. 2020.

<sup>1272</sup> V. not. A.-S. EPSTEIN, « La densification normative du droit à l'information en matière environnementale », in C. THIBIERGE (dir.), *La Densification normative*, Mare et Martin, Paris, 2013, p. 861.

<sup>1273</sup> V. *infra*.

<sup>1274</sup> Le 11 mai 2020, la ministre de la transition écologique et solidaire a diffusé une circulaire récapitulative sur le droit d'accès aux informations relatives à l'environnement, afin d'en rappeler la teneur à l'administration. Le 14 mai 2020, la Commission européenne a mis en demeure la France de se conformer à la directive 2003/4 concernant

### 1.3.2. Vers une généralisation de l'intérêt commun comme critère de l'ouverture des données

Comme le signalait le rapport transversal sur le patrimoine commun, « les décisions qui touchent des biens communs sont l'affaire de tous, ce qui justifie que, *a minima*, il existe des procédures d'information et de participation dans le processus de décision »<sup>1276</sup>. C'est pourquoi **la consécration d'un droit d'accéder aux informations concernant les décisions ayant une incidence sur le patrimoine commun pourrait être envisagée**<sup>1277</sup>.

Ce droit pourrait prendre pour modèle le droit à l'information relative à l'environnement, déjà reconnu en France par la Charte de l'environnement (article 7), qui lui-même trouve une origine dans la Convention d'Aarhus<sup>1278</sup>. Ce droit à l'information, bien que né en droit de l'environnement, semble tout à fait transposable à d'autres domaines et notamment celui des biens culturels<sup>1279</sup>. Cette transposition implique néanmoins de bien dissocier le droit à l'information et le droit à la participation, afin de pouvoir attribuer un domaine différent à chacun de ces droits<sup>1280</sup>.

Dès lors, par rapport à l'article 7 de la Charte de l'environnement, il faudrait affirmer que le droit à l'information concerne **les décisions relatives au patrimoine commun et plus seulement les informations relatives à l'environnement**. Il reviendrait ensuite au législateur de déterminer le champ des « décisions ayant une incidence sur le patrimoine commun ». D'ores et déjà, l'article 7 de la Charte de l'environnement prévoit que le droit à l'information et le droit à la participation s'exercent « dans les conditions et limites de la loi ». En conséquence, seul le législateur est compétent pour définir les conditions et les limites de ces deux droits<sup>1281</sup> ; le pouvoir réglementaire ne peut adopter que des mesures d'application<sup>1282</sup>.

Un droit à l'information du public pourrait ainsi voir le jour en matière de patrimoine culturel, à rebours de ce que la jurisprudence retient aujourd'hui. En effet, dans une décision QPC, le Conseil constitutionnel a considéré que le droit à l'information ne s'imposait pas en ce qui concernait une décision d'inscription au titre des monuments historiques, mesure fondée sur la seule reconnaissance de l'intérêt d'histoire ou d'art »<sup>1283</sup>. Il est précisé dans le commentaire de la décision que « ni les textes législatifs ni les dispositions réglementaires applicables à la procédure d'inscription ne prévoient une information du propriétaire en amont de la notification de la

---

l'accès du public à l'information en matière d'environnement. La directive prévoit qu'un demandeur qui considère que sa demande d'information a été ignorée ou indûment rejetée peut introduire un recours devant un organe indépendant et impartial, qui statuera rapidement. En France, une telle procédure existe devant la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), mais le délai d'un mois accordé à l'organe indépendant pour fournir son avis a été dépassé à maintes reprises, ce délai atteignant une moyenne de quatre mois au cours des dernières années.

<sup>1275</sup> A.-S. EPSTEIN, « La densification normative du droit à l'information en matière environnementale », *op. cit.*

<sup>1276</sup> V. *supra* Titre 1, Section 1, Propositions de réformes relatives au patrimoine commun.

<sup>1277</sup> V. *infra*, Annexe 1, n°14 – Propositions de réformes relatives au droit à l'information et au droit à l'accès aux données.

<sup>1278</sup> Sur les origines du principe en droit de l'environnement, v. M. PRIEUR et alii, *Droit de l'environnement*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, n° 144.

<sup>1279</sup> V. *supra* Titre 1, Section 1.1, Propositions de réformes relatives au patrimoine commun – Les biens culturels comme patrimoine commun.

<sup>1280</sup> Pour la participation, v. *infra* Section 3.

<sup>1281</sup> Cons. Const., 19 juin 2008, n° 2008-564 DC. Pour l'article 7 de la Charte, l'organisation du droit à la participation se trouve dans le Titre II du Livre 1 du Code de l'environnement.

<sup>1282</sup> CE, Ass., 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931.

<sup>1283</sup> Conseil Const., Décision n° 2011-207 QPC du 16 décembre 2011.

décision administrative »<sup>1284</sup>. Par ailleurs, le Conseil d'État a jugé que la décision d'inscription n'entraîne pas dans le champ d'application de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations<sup>1285</sup>. En cette matière donc, si le législateur voulait inverser la solution, il pourrait, sur le modèle de l'article 7 de la Charte de l'environnement, créer un article L.2 du Code du patrimoine qui placerait la question de l'information et de la participation au même plan légistique – le plan définitionnel et transversal – que l'article L.1<sup>1286</sup>.

### 1.3.3. Vers un élargissement des détenteurs de données concernés par le droit d'accès à l'information

Quant aux détenteurs des informations, il faudrait admettre, sur le fondement du critère de l'intérêt commun, que les informations communicables ne soient pas seulement celles détenues par les autorités publiques, mais peuvent également être celles détenues par des personnes privées. En effet, des acteurs privés peuvent être détenteurs d'informations cruciales pour la gestion du patrimoine commun. Il reviendrait à la loi de définir quelles sont les personnes privées concernées et les modalités de la communication<sup>1287</sup>.

Certains pays ont franchi ce cap en reconnaissant un droit d'accès à l'information, quelle que soit la qualité du détenteur de données. Certains ont ainsi institué un droit d'obtenir d'une personne privée qu'elle communique, en dehors de tout procès, toute information requise pour la mise en œuvre d'un droit fondamental du demandeur (Colombie, Afrique du Sud, etc.)<sup>1288</sup>. D'autres ont reconnu de manière plus ciblée l'existence d'un droit d'accès direct à certaines informations détenues par des entreprises privées.

Le droit français contient quelques dispositions qui vont en ce sens. L'article L. 125-10 du Code de l'environnement impose ainsi à certains opérateurs du nucléaire de répondre aux demandes d'information du public sur les questions d'environnement. Les articles L. 113-1 et L. 113-2 du Code de la consommation organisent un régime intéressant – encore que perfectible – d'accès sur demande à l'information détenue par les entreprises sur les conditions sociales de fabrication des produits qu'elles commercialisent<sup>1289</sup>.

<sup>1284</sup> Conseil d'État, 7 février 1992, *SCI du Vieux-Château*, n° 118488.

<sup>1285</sup> Conseil d'État, 8 juillet 2009, *Valette et autres*, n° 308778 (*Droit administratif*, octobre 2009, comm. n° 133, note GUYOMAR) : « Il résulte des dispositions combinées des articles 1er de la loi du 11 juillet 1979 et 24 de la loi du 12 avril 2000, que les décisions d'inscription d'un immeuble à l'inventaire supplémentaire des monuments historiques, lesquelles ne présentent pas le caractère de décisions individuelles, ne sont pas au nombre de celles qui ne peuvent intervenir qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales ; que, dans ces conditions, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que la décision en cause aurait été prise en violation de ces dispositions ; qu'aucune autre disposition législative ou réglementaire n'impose à l'autorité administrative d'inviter les propriétaires concernés à présenter des observations préalablement à l'intervention d'une décision d'inscription ».

<sup>1286</sup> V. *supra* Partie 2, Section 1.1, Propositions de réformes relatives au patrimoine commun – Les biens culturels comme patrimoine commun.

<sup>1287</sup> Sur le modèle de l'information en matière d'environnement v. *infra* A.-S. EPSTEIN, Section 1.2.

<sup>1288</sup> J. ZULUAGA MADRI, "Access to Environmental Information from Private Entities: A Rights-Based Approach", *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2017, vol. 26, p. 38.

<sup>1289</sup> En vertu de l'article L. 113-1 du Code de la consommation, « *Le fabricant, le producteur ou le distributeur d'un bien commercialisé en France transmet au consommateur qui en fait la demande et qui a connaissance d'éléments sérieux mettant en doute le fait que ce bien a été fabriqué dans des conditions respectueuses des conventions internationales relatives aux droits humains fondamentaux, toute information dont il dispose portant sur un des éléments ci-après : origine géographique des matériaux et composants utilisés dans la fabrication, contrôles de qualité et audits, organisation de la chaîne de production et identité, implantation géographique et qualités du fabricant, de ses sous-traitants et fournisseurs. Lorsque le fabricant, le producteur ou le distributeur ne possède pas l'information demandée, il est tenu d'en informer le consommateur à l'origine de la demande. La liste des conventions mentionnées au premier alinéa est précisée par décret.* » L'article L. 113-2 du même Code dispose, pour sa part, que : « *Si la transmission au*

Quelques pays sont allés plus loin en instituant un régime général d'accès aux seules informations environnementales détenues par les entreprises privées, notamment la Chine<sup>1290</sup> et la Norvège<sup>1291</sup>. Les autorités norvégiennes avaient d'ailleurs proposé en 2008 que la Convention d'Aarhus soit complétée par un mécanisme contraignant d'accès direct aux informations détenues par les entreprises. Cette proposition n'a cependant pas été suivie. La crainte de porter atteinte sinon au droit de propriété *stricto sensu*, du moins aux droits de propriété intellectuelle et au secret des affaires semble avoir joué un rôle central dans cette fin de non-recevoir<sup>1292</sup>.

Au-delà même du champ de l'environnement, des discussions ont déjà vu le jour sur l'opportunité d'imposer aux entreprises privées d'ouvrir l'accès aux données qu'elles détiennent et qui intéressent la collectivité. Les politiques d'« open data » devraient concerner les données détenues non seulement par les autorités publiques, mais aussi par des personnes privées dès lors que leur communication est d'intérêt général<sup>1293</sup>. Le rapport du Conseil général de l'économie et de l'Inspection générale des finances relatif aux données d'intérêt général consacre ainsi de nombreuses pages à la perspective de rendre obligatoire l'ouverture au public des données d'intérêt général détenues par des acteurs privés<sup>1294</sup>. Cependant, la crainte de porter atteinte au secret des affaires et à la liberté d'entreprendre a conduit les auteurs du rapport, et dans leur sillage les rédacteurs de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, à s'en tenir à des préconisations très limitées<sup>1295</sup>.

#### 1.4. L'interprétation restrictive des motifs de refus de l'accès aux données d'intérêt commun

La consécration d'un droit d'accès aux données d'intérêt commun n'impliquerait pas le sacrifice des prérogatives susceptibles de s'exercer *sur* ces données, mais plutôt une mise en balance entre les droits et les intérêts en présence. Il importerait alors de garantir au détenteur de la donnée d'intérêt commun – selon les cas une autorité publique ou une entreprise privée – le droit de refuser, pour des raisons légitimes, de la communiquer ou de la communiquer en l'état. La communicabilité des données d'intérêt commun pourrait ainsi être restreinte ou aménagée du fait

---

*consommateur d'une information, en application de l'article L. 113-1, est de nature à compromettre gravement les intérêts stratégiques ou industriels du fabricant, du producteur ou du distributeur concerné par la demande, celui-ci peut décider de ne pas la transmettre à condition d'en motiver les raisons. »*

<sup>1290</sup> Un décret de 2007 a exigé à la fois des agences gouvernementales et des entreprises la divulgation au public d'informations environnementales (articles 4 et 21 du décret "[Measures for the Disclosure of Environmental Information](#)" du 11 avril 2007): les entreprises concernées doivent diffuser ces informations directement via les principaux media locaux et ne les transmettre aux administrations concernées qu'à des fins de vérification éventuelle et d'archivage.

<sup>1291</sup> Act of 9 May 2003 n°31 Relating to the Right to Environmental Information and Public Participation in Decision-making Processes Relating to the Environment. Cette loi maintient les exceptions à l'accès tirées du secret des affaires et institue une commission de recours contre les décisions de refus des entreprises. Sur cette loi, v. not. H. P. GRAVER, "Business enterprises and the environmental information act in Norway", *Frontiers of law in China*, 2017, vol. 12, n° 1, p. 3.

<sup>1292</sup> V. par exemple le plan stratégique pour la Convention d'Aarhus pour la période 2015-2010 qui observe que : « *Par l'échange d'informations et de bonnes pratiques, l'on cherche à savoir comment améliorer l'accès aux informations relatives à l'environnement détenues par le secteur privé, tout en prenant en considération les questions de confidentialité des informations commerciales et industrielles et de protection des droits de propriété intellectuelle, conformément à l'approche actuellement suivie au titre de la Convention.* »

<sup>1293</sup> En ce sens, v. par exemple R. PELED, "Occupy Information: The Case for Freedom of Corporate Information", *op. cit.*

<sup>1294</sup> L. CYTERMAN *et alii.*, [Rapport relatif aux données d'intérêt général](#), 2015.

<sup>1295</sup> V. *supra* et *infra*, § 4.7.

de la nécessité de préserver des prérogatives concurrentes, telles que des droits de propriété intellectuelle, le secret des affaires ou le secret professionnel<sup>1296</sup>.

Cependant, les motifs de refus de la demande d'information devraient faire l'objet d'une interprétation restrictive, et le système juridique devrait préciser les modalités de la mise en balance entre le droit du détenteur de l'information *sur* cette information et le droit du demandeur à cette information<sup>1297</sup>.

## §2. L'exemple de l'information relative à l'environnement

Le droit de l'environnement est parfois décrit comme un laboratoire de la démocratie<sup>1298</sup>. L'affirmation révèle combien les droits à l'information et à la participation ont reçu, en ce qui concerne les activités qui affectent l'environnement de manière significative, une portée qu'ils n'avaient pas dans d'autres domaines. Cette affirmation dit aussi le caractère pionnier du droit de l'environnement et sa capacité à faire essaimer ses techniques juridiques, jusqu'aux plus démocratiques d'entre elles, dans les autres branches du droit. Une telle irradiation normative pourrait intervenir dans le domaine de l'accès à l'information.

En effet, le droit de l'environnement consacre d'assez longue date un droit d'accès à l'information relative à l'environnement, dont nous exposerons synthétiquement les caractères (1.) et le régime juridique (2.). Notre conviction est que le droit d'accès aux données d'intérêt commun dont nous avons plaidé pour la consécration gagnerait à être appréhendé comme une extension du droit à l'information relative à l'environnement. De fait, comment ne pas être frappé par les liens très forts qui existent entre le droit à l'information relative à l'environnement et les communs (3.) ?

Malgré son orientation très favorable à l'accès du public, le droit à l'information environnementale reste pourtant entravé : cette prérogative est peu connue, son effectivité est discutable<sup>1299</sup> et elle demeure excessivement conçue comme une simple déclinaison du régime d'accès aux documents administratifs plutôt que comme un régime autonome<sup>1300</sup>. L'émergence de la catégorie des données d'intérêt commun pourrait alors favoriser l'accession à la maturité de l'accès aux informations environnementale. Dans cette perspective, plusieurs pistes de réforme seront d'ailleurs esquissées (4.).

### 1. Présentation générale du droit à l'information relative à l'environnement

---

<sup>1296</sup> Les discussions actuellement en cours sur la création, en France, d'un statut d'avocat en entreprise dont les correspondances seraient confidentielles (P. Januel, « La Chancellerie avance sur l'avocat en entreprise et le legal privilege », Dalloz actualité 13 janv. 2021) laisse escompter la montée en puissance du secret professionnel comme prérogative à articuler avec le droit d'accès aux données d'intérêt commun.

<sup>1297</sup> Sur ces questions, v. *infra*, not. § 1.2.4.3.

<sup>1298</sup> V. not. A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut A. Varenne, 2015, n° 735 et les références citées.

<sup>1299</sup> Le 11 mai 2020, la ministre de la transition écologique et solidaire a diffusé une circulaire récapitulative sur le droit d'accès aux informations relatives à l'environnement, afin d'en rappeler la teneur à l'administration. Le 14 mai 2020, la Commission européenne a mis en demeure la France de se conformer à la directive 2003/4 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement. La directive prévoit qu'un demandeur qui considère que sa demande d'information a été ignorée ou indûment rejetée peut introduire un recours devant un organe indépendant et impartial, qui statuera rapidement. En France, une telle procédure existe devant la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), mais le délai d'un mois accordé à l'organe indépendant pour fournir son avis a été dépassé à maintes reprises, ce délai atteignant une moyenne de quatre mois au cours des dernières années.

<sup>1300</sup> A.-S. EPSTEIN, « La densification normative du droit à l'information en matière environnementale », in C. THIBIERGE (dir.), *La Densification normative*, Mare et Martin, Paris, 2013, p. 861.

## 1.1. Sources du droit à l'information environnementale

De nombreux traités internationaux consacrent un droit à l'information environnementale du public. Le plus ancien traité juridiquement contraignant centré sur le droit d'accès à l'information environnementale du public est la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (dite « Convention d'Aarhus »). Ce texte a été adopté le 25 juin 1998, en application du principe 10 de la déclaration de Rio, par la Commission économique des Nations unies pour la région Europe. L'un des traités plus récents sur ce thème est l'Accord régional sur l'accès à l'information, la participation publique et l'accès à la justice à propos des questions environnementales en Amérique latine et dans les Caraïbes. Il a été adopté le 4 mars 2018 à Escazú, au Costa Rica (ci-après dénommé Accord d'Escazú).

Dans l'Union européenne, deux directives ont été adoptées en vue d'harmoniser le droit à l'information environnementale entre les différents États membres et de mettre en œuvre les exigences de la Convention d'Aarhus<sup>1301</sup>. Un règlement a par ailleurs été adopté pour régir l'accès aux informations environnementales des institutions de l'Union européenne<sup>1302</sup>.

Le droit interne a été modifié à plusieurs reprises afin de transposer les exigences internationales et européennes. Les dispositions relatives au droit à l'information environnementale du public sont aujourd'hui codifiées aux articles L. 124-1 à L. 124-8 du Code de l'environnement. Ce droit a par ailleurs hérité d'une valeur constitutionnelle des suites de l'adoption en 2004 de la Charte de l'environnement, dont l'article 7 proclame le droit pour toute personne d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques dans les conditions et les limites définies par la loi.

## 1.2. Un droit parfois conçu comme une déclinaison du droit d'accès aux documents administratifs

Le droit à l'information relative à l'environnement a souvent été appréhendé comme une simple déclinaison du régime plus traditionnel d'accès aux documents administratifs, et donc comme une variation sur le thème de la transparence administrative et de la démocratisation de l'administration. Cette conception a par exemple conduit le Gouvernement français à refuser, dans un premier temps, de transposer la directive 2003/4/CE du 28 janvier 2003 prise pour mettre en œuvre la Convention d'Aarhus : il prétendait n'avoir pas à prendre de mesure de transposition puisque, selon lui, le système juridique français disposait déjà, avec la loi du 17 juillet 1978, d'un régime complet d'accès aux documents administratifs. Après que la France a été condamnée pour transposition incomplète ou incorrecte<sup>1303</sup>, le Gouvernement français a procédé à diverses réformes qui ont scellé la relative autonomie des prérogatives du public en matière d'accès aux informations relatives à l'environnement par rapport à celles dérivant de la loi du 17 juillet 1978. Dorénavant, un régime spécifique est codifié aux articles L. 124-1 et suivants du

---

<sup>1301</sup> Directive 90/313/CEE du Conseil, du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement, remplacée par la Directive 2003/4/CE du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement.

<sup>1302</sup> Règlement n°1367/2006 du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

<sup>1303</sup> CJCE (6e ch.), 26 juin 2003, aff. C-233/00, *Commission c/ République française*, Rec. CJCE, p. 6625 : *AJDA*, 2004 p. 543, obs. B. DELAUNAY.

Code de l'environnement<sup>1304</sup>. L'autonomie ainsi reconnue au droit à l'information relative à l'environnement demeure cependant assez relative.

### 1.3. L'autonomisation du droit à l'information relative à l'environnement

Les textes internationaux et européens consacrant les prérogatives du public en matière d'information environnementale ne les conçoivent pas simplement comme un vecteur de transparence administrative, mais aussi comme :

- un instrument au service d'« *une participation plus efficace du public à la prise de décision en matière d'environnement* »<sup>1305</sup>,
- un mécanisme de sensibilisation du public et des consommateurs aux enjeux environnementaux<sup>1306</sup>,
- une condition de la possibilité de la prévention et de l'atténuation des dommages et un instrument au service d'une protection accrue de l'environnement<sup>1307</sup>,
- la condition procédurale du droit à un environnement sain<sup>1308</sup>.

Accès aux documents administratifs et aux informations environnementales poursuivent ainsi des finalités différentes, ce qui explique que leurs régimes juridiques soient distincts.

Le régime de communication des informations environnementales est couramment présenté comme plus favorable à l'accès que ne l'est le régime d'accès aux documents administratifs. Certains avantages du régime environnementaliste se sont cependant estompés au fil du temps. Typiquement, l'information environnementale du public fait en réalité l'objet de deux droits : non seulement un droit d'accéder sur demande à certaines informations détenues par les autorités publiques (l'information est ici quérable), mais aussi, et au-delà, un droit pour le public de se voir communiquer spontanément certaines informations (l'information est ici portable). Cette première différence a perdu de son importance depuis que, du côté de l'accès aux documents administratifs, une politique de diffusion spontanée des données publiées s'est développée (politique dite d'« *open data* »). En revanche, d'autres différences significatives entre l'accès aux documents administratifs et l'accès à l'information environnementale ont persisté avec le temps (v. *infra*, 2.1.).

Malgré l'autonomisation progressive du droit à l'information environnementale, ce dernier demeure souvent conçu comme un satellite du droit d'accès aux documents administratifs. Le régime instauré dans le Code de l'environnement sous la pression des instances européennes est fréquemment présenté comme un simple aménagement sectoriel par rapport aux dispositions du Code des relations entre le public et l'administration issues de la loi du 17 juillet 1978 qui sont, elles, conçues comme le droit commun. Le chapitre du Code de l'environnement sur le droit d'accès à l'information relative à l'environnement s'ouvre ainsi sur un article L. 124-1 aux termes duquel :

« [l]e droit de toute personne d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues, reçues ou établies par les autorités publiques mentionnées à l'article L. 124-3 ou

<sup>1304</sup> Chapitre IV du titre II du livre 1er du Code de l'environnement créé par l'ordonnance du 11 avril 2001.

<sup>1305</sup> Consid. 1 de la Directive 2003/4/CE. V. aussi le Principe 10 de la Déclaration de Rio ;

<sup>1306</sup> Principe 10 de la Déclaration de Rio ; article 5.8 de la Convention d'Aarhus.

<sup>1307</sup> Par exemple, la directive du 7 juin 1990 considère « *que l'accès à l'information en matière d'environnement détenue par les autorités publiques améliorera la protection de l'environnement* ».

<sup>1308</sup> L'article premier de la Convention d'Aarhus énonce ainsi qu'« *Afin de contribuer à protéger le droit de chacun, dans les générations présentes et futures, de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être, chaque Partie garantit les droits d'accès à l'information sur l'environnement (...)* ».



pour leur compte s'exerce dans les conditions définies par les dispositions du titre Ier du livre III du Code des relations entre le public et l'administration, sous réserve des dispositions du présent chapitre ».

Par ailleurs, ce sont les mêmes institutions qui sont en charge de la mise en œuvre de l'accès aux documents administratifs et aux informations environnementales, que ce soit la personne responsable de l'accès aux documents administratifs<sup>1309</sup> ou la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)<sup>1310</sup>. En découle la grande complexité d'un dispositif qui voit coexister et s'entrecroiser sous les auspices d'une même instance différents droits d'accès à l'information<sup>1311</sup>.

Enfin, le droit interne est particulièrement réticent à admettre que le régime de communication d'informations environnementales puisse être source d'obligations pour des personnes privées. En ce sens, l'article 7 de la Charte de l'environnement attribue d'ailleurs une valeur constitutionnelle au droit d'accès aux informations environnementales détenues par les seules autorités publiques et assimilées.

#### **1.4. Un droit traditionnellement conçu comme n'imposant d'obligations qu'aux autorités publiques**

Le lien entre l'information et l'action administrative est inhérent à la notion de document administratif. En effet, la qualification de « document administratif » suppose que le document ait été « produit(s) ou reçu(s), dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission »<sup>1312</sup>.

Par contraste, le rattachement à l'action publique n'intervient quasiment pas dans la définition des informations relatives à l'environnement. Ainsi, aux termes de l'article L. 124-2 du Code de l'environnement :

« Est considérée comme information relative à l'environnement au sens du présent chapitre toute information disponible, quel qu'en soit le support, qui a pour objet :

1° L'état des éléments de l'environnement, notamment l'air, l'atmosphère, l'eau, le sol, les terres, les paysages, les sites naturels, les zones côtières ou marines et la diversité biologique, ainsi que les interactions entre ces éléments ;

2° Les décisions, les activités et les facteurs, notamment les substances, l'énergie, le bruit, les rayonnements, les déchets, les émissions, les déversements et autres rejets, susceptibles d'avoir des incidences sur l'état des éléments visés au 1° ;

3° L'état de la santé humaine, la sécurité et les conditions de vie des personnes, les constructions et le patrimoine culturel, dans la mesure où ils sont ou peuvent être altérés par des éléments de l'environnement, des décisions, des activités ou des facteurs mentionnés ci-dessus ;

4° Les analyses des coûts et avantages ainsi que les hypothèses économiques utilisées dans le cadre des décisions et activités visées au 2° ;

---

<sup>1309</sup> Article R. 124-2, c. envir.

<sup>1310</sup> Par renvoi de l'article L. 124-1 du Code de l'environnement.

<sup>1311</sup> F. JAMAY, « Droit à l'information », *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, Fasc. 2430, n°37 ; « La mise en œuvre du régime spécifique d'accès aux informations relatives à l'environnement », in *Terres du droit : Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 619.

<sup>1312</sup> Suivant la terminologie issue de la loi du 17 juill. 1978, reprise par exemple dans : CADA, Conseil 20150673, 21 mai 2015.

5° Les rapports établis par les autorités publiques ou pour leur compte sur l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement. »

À l'exception du 5°, les autres catégories d'informations environnementales peuvent avoir été produites par des personnes privées. Le caractère public ou privé de la source de l'information environnementale est donc dans l'ensemble indifférent à sa définition ; elle intervient essentiellement pour en déterminer le caractère communicable. En effet, il résulte de l'article L. 124-3 du Code de l'environnement que :

« Toute personne qui en fait la demande reçoit communication des informations relatives à l'environnement détenues par :

1° L'État, les collectivités territoriales et leurs groupements, les établissements publics ;

2° Les personnes chargées d'une mission de service public en rapport avec l'environnement, dans la mesure où ces informations concernent l'exercice de cette mission.

Les organismes ou institutions agissant dans l'exercice de pouvoirs juridictionnels ou législatifs ne sont pas soumis aux dispositions du présent chapitre. »

En somme, le document administratif se rattache par nature à l'action administrative tandis que l'information environnementale ne s'y associe que par destination. D'ailleurs, il résulte des textes internationaux et européens que les droits du public en matière d'information environnementale peuvent impliquer des charges non seulement pour les autorités publiques et assimilées, mais aussi pour des acteurs privés, et ce même lorsque ces derniers ne sont pas chargés d'une mission de service public...

### 1.5. Un droit source d'obligations des entreprises privées

Le droit à l'information environnementale implique des charges pour les entreprises privées même non chargées d'une mission de service public.

**En premier lieu, dans la majorité des États s'étant dotés de législations sur le droit d'accès aux informations sur l'environnement ou aux informations publiques, les entreprises qui entretiennent un lien caractérisé avec les autorités publiques sont assimilées aux autorités publiques du point de vue des obligations de communication d'information environnementale au public.** Les critères mobilisés pour caractériser un tel lien varient suivant les systèmes juridiques<sup>1313</sup>. Le droit français a pris le parti d'assimiler à des autorités publiques les entreprises chargées d'une mission de service public en rapport avec l'environnement, du moins pour ce qui concerne les informations environnementales se rattachant à cette mission<sup>1314</sup>.

Cette solution s'enracine dans la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement qui définit, à son article 2, la notion d'« autorité publique » en ces termes :

« [...] a) l'administration publique à l'échelon national ou régional ou à un autre niveau ;

---

<sup>1313</sup> Analysant ces critères dans le contexte des différentes législations adoptées à l'échelle des États-Unis, v. par exemple C. D. FEISER, "Protecting the Public's Right to Know: The Debate over Privatization and Access to Government Information Under State Law", *Florida State University Law Review*, 2000, vol. 27, n° 4, article 2.

<sup>1314</sup> Article L. 124-3 c. envir., reproduit ci-dessus (v. *supra*, § 1.4.).

- b) les personnes physiques ou morales qui exercent, en vertu du droit interne, des fonctions administratives publiques, y compris des tâches, activités ou services particuliers en rapport avec l'environnement ;
- c) toute autre personne physique ou morale assumant des responsabilités ou des fonctions publiques ou fournissant des services publics en rapport avec l'environnement sous l'autorité d'un organe ou d'une personne entrant dans les catégories visées aux [points] a) et b) ci-dessus ;**
- d) les institutions de toute organisation d'intégration économique régionale visée à l'article 17 qui est partie à la présente Convention. (...) » (nous soulignons)

L'Union européenne, partie à la Convention d'Aarhus, a transposé ces exigences dans la directive 2003/4 du 28 janvier 2003, dont l'article 2, point 2, définit la notion d'« autorité publique » de la manière suivante :

- « [...] a) le gouvernement ou toute autre administration publique, y compris les organes consultatifs publics, au niveau national, régional ou local ;
- b) toute personne physique ou morale qui exerce, en vertu du droit interne, des fonctions administratives publiques, y compris des tâches, activités ou services spécifiques en rapport avec l'environnement, et
- c) toute personne physique ou morale ayant des responsabilités ou des fonctions publiques, **ou fournissant des services publics, en rapport avec l'environnement, sous le contrôle d'un organe ou d'une personne visé(e) au point a) ou b).** [...] »<sup>1315</sup>  
(nous soulignons)

En pratique, l'identification des personnes privées chargées d'une mission de service public en rapport avec l'environnement s'avère toutefois malaisée, d'autant plus qu'une telle qualification n'est pas suspendue à l'existence d'une délégation de service public<sup>1316</sup>. Les autorités publiques doivent donc mettre à la disposition du public la liste des services, organismes ou personnes qui exercent, sous leur autorité, pour leur compte ou sous leur contrôle, des missions de service public en rapport avec l'environnement (C. env., art. R. 124-4).

**En second lieu, les entreprises privées dont les activités permanentes (ex : installations classées pour la protection de l'environnement) ou ponctuelles (ex : grands travaux) sont réglementées par le Code de l'environnement contribuent indirectement à la réalisation des droits du public en matière d'information environnementale.** En effet, les exploitants d'activités réglementées par le Code de l'environnement sont d'importants fournisseurs de données environnementales pour l'Administration (rapports sur les émissions dans l'environnement, rapports de sécurité, études d'impact environnemental, fiches de données de sécurité, etc.). Une fois transmises à une autorité publique<sup>1317</sup>, les données deviennent en principe communicables au public. Le caractère *in fine* communicable au public des données émanant des entreprises privées n'est pas – à tout le moins pas toujours – un effet collatéral involontaire ; certaines informations sont collectées auprès des exploitants privés précisément en vue de permettre à l'Administration de s'acquitter ensuite des obligations de diffusion d'informations qui

<sup>1315</sup> Précisant la condition tenant au contrôle exercé par la personne publique, v. CJUE (grande chambre), Décision du 19 déc. 2013, aff. C-279/12, Fish Legal, Emily Shirley c/ Information Commissioner.

<sup>1316</sup> CADA, Avis n° 20082130, 5 juin 2008, *Président de la société Govindin*.

<sup>1317</sup> Convention d'Arhus, art. 4 ; Directive 2003/4/CE, art. 1.a. et 7.1. ; C. env., art. L. 124-1.

lui incombent vis-à-vis d'organisations supranationales et/ou du public<sup>1318</sup>. L'entreprise privée participe de la sorte *indirectement* à la mise en œuvre du droit du public à l'information environnementale.

**En troisième lieu, les exploitants d'activités présentant des risques significatifs pour les personnes et les biens (déchets<sup>1319</sup>, risques majeurs<sup>1320</sup>, activités nucléaires<sup>1321</sup>) doivent participer directement à la réalisation du droit à l'information du public concerné par le risque.** Cette obligation active d'information de la part de l'exploitant est explicitement présentée comme le corollaire d'un authentique « droit à l'information » en ces matières. À titre d'illustration, l'article L. 125-10 du Code de l'environnement, qui prend place dans une sous-section dédiée au « droit à l'information » en matière d'activités nucléaires, reconnaît à toute personne :

« [...] le droit d'obtenir, auprès de lui, les informations détenues par :

1° L'exploitant d'une installation nucléaire de base ;

2° Le responsable d'un transport de substances radioactives, lorsque les quantités en sont supérieures à des seuils au-dessus desquels, en application des conventions et règlements internationaux régissant le transport des marchandises dangereuses, du Code des transports et des textes pris pour leur application, ce transport est soumis à la délivrance, par l'Autorité de sûreté nucléaire ou par une autorité étrangère compétente dans le domaine du transport de substances radioactives, d'un agrément du modèle de colis de transport ou d'une approbation d'expédition, y compris sous arrangement spécial.

Ces informations, qu'elles aient été reçues ou établies par eux, portent sur les risques ou inconvénients que l'installation ou le transport peuvent présenter pour les intérêts mentionnés à l'article L. 593-1 et sur les mesures prises pour prévenir ou réduire ces risques ou inconvénients, dans les conditions définies aux articles L. 124-1 à L. 124-6. »<sup>1322</sup>

---

<sup>1318</sup> Ce sont eux qui doivent par exemple déclarer chaque année les informations ayant vocation à intégrer le Registre des émissions polluantes ou encore notifier les substances dangereuses mises sur le marché et leurs risques dans l'inventaire géré par l'Agence européenne des produits chimiques.

<sup>1319</sup> Article 3-1 de la loi du 15 juill. 1975, introduit par la loi 88-1261 du 30 déc. 1988 relative aux déchets codifié à l'article L. 125-1 du Code de l'environnement.

<sup>1320</sup> Article 21 de la loi 87-565 du 22 juill. 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs, codifié à l'article L. 125-2 du Code de l'environnement. S'agissant des risques technologiques, v. égal. l'article L. 515-38 du Code de l'environnement, en vertu duquel « [L]es personnes susceptibles d'être touchées par un accident majeur identifié dans l'étude de dangers mentionnée à l'article L. 181-25 reçoivent régulièrement, sans qu'elles aient à le demander, des informations sur les mesures de sécurité et la conduite à tenir en cas d'accident majeur. Ces actions d'information sont menées aux frais des exploitants ». Bien que ce texte n'évoque pas explicitement le droit à l'information environnementale du public, il transpose la directive 2012/18/UE qui déduit du droit à l'information du public la nécessité de doter « les personnes susceptibles d'être touchées par un accident majeur (...) d'éléments d'information suffisants sur le comportement correct à adopter en pareil cas ». En l'occurrence, la contribution de l'exploitant à l'information du public est essentiellement financière.

<sup>1321</sup> Article 19 de la loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire codifié à l'article L. 125-10 du Code de l'environnement.

<sup>1322</sup> L'article suivant (L. 125-11), renvoie les contentieux liés à l'application de ce régime spécial d'accès à l'information sont devant la juridiction administrative selon les modalités prévues par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, et prend soin de préciser que les dispositions du chapitre II du titre Ier de cette dernière loi, qui portent sur le droit de réutilisation des informations publiques, ne sont en revanche pas applicable aux informations communiquées sur le fondement de l'article L. 125-10. L'article 2.8.1. de l'arrêté du 7 février 2012 fixant les règles générales relatives aux installations nucléaires de base précise que « L'exploitant définit les modalités permettant à toute personne :

d'accéder aux informations rendues publiques à l'initiative de l'exploitant ou conformément aux dispositions législatives ou réglementaires qui lui sont applicables ;

d'obtenir la transmission des informations mentionnées à l'article L. 125-10 du code de l'environnement.

Ainsi que cela a été observé, « cette disposition [...] ne vise pas le cas, connu, de la mission de service public exercée par un organisme privé, mais bien les informations relatives à l'accomplissement de tâches, faites en lien avec le secteur public, mais relevant strictement du cadre de l'activité privée de cet organisme. »<sup>1323</sup>

L'obligation faite aux exploitants d'activités particulièrement risquées de concourir directement à l'information du public répond en partie à l'invitation de la Convention d'Aarhus. Cette dernière prévoit en effet que « Chaque Partie encourage les exploitants dont les activités ont un impact important sur l'environnement à informer périodiquement le public de l'impact sur l'environnement de leurs activités et de leurs produits, le cas échéant dans le cadre de programmes volontaires d'étiquetage écologique ou d'écobilans ou par d'autres moyens. »

Cette stipulation de la Convention d'Aarhus entre en résonance avec l'article L. 225-102-2 du Code de commerce. Ce texte, issu d'une loi adoptée en réaction à l'explosion de l'usine AZF à Toulouse en 2001, impose aux sociétés qui exploitent des installations SEVESO seuil haut (parmi les plus risquées admises par notre législation) d'inclure dans leur rapport annuel de gestion des informations sur leur politique de prévention du risque d'accident technologique, sur leur capacité à couvrir leur responsabilité civile et sur les moyens prévus pour gérer l'indemnisation des victimes en cas d'accident. Certes le Code de commerce n'identifie pas expressément cette disposition comme une manifestation du droit à l'information environnementale du public. Cependant, il est cohérent d'analyser les obligations d'information environnementale imposées par le droit des affaires comme des ramifications du droit à l'information environnementale du public pour des raisons que nous allons exposer maintenant.

**Enfin, même les entreprises dont les activités ne sont pas significativement plus risquées que les autres pour l'environnement participent déjà à la mise en œuvre du droit à l'information environnementale du public, que ce soit à travers l'étiquetage écologique de leurs produits ou *via* l'inclusion, dans leur rapport de gestion ou dans un support *ad hoc*, d'informations sur les impacts environnementaux de leur activité et les mesures prises pour les améliorer.** Depuis une vingtaine d'années, la législation française et européenne multiplie les obligations de reporting ou d'étiquetage environnemental<sup>1324</sup> à la charge des entreprises privées. Les activités des entreprises soumises à ces obligations ne sont pas toujours en elles-mêmes sources de risques environnementaux significatifs. Le choix de viser ces sociétés-là tient souvent davantage à leur taille importante qu'à leur secteur d'activité. Il s'agit de tirer parti de la capacité sociale d'action de ces sociétés géantes, de les responsabiliser pour piloter la transition écologique de l'ensemble de leurs relations d'affaires (filiales, fournisseurs, sous-traitants, clients, etc.).

Depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, le contenu environnemental du rapport de gestion des grandes sociétés ayant établi leur siège en France s'est

---

*Ces modalités sont publiées sur un site internet choisi par l'exploitant, mises à jour périodiquement et transmises pour information à la commission locale d'information. »*

<sup>1323</sup> M. RANQUET, « La communicabilité des informations environnementales », 2017.

<sup>1324</sup> Article 5-8 de la Convention d'Aarhus. En ce sens, v. aussi R. ROMI, « Information et environnement », *J.-Cl. Communication*, Fasc. 2800, 2009, n° 56 (évoquant, parmi les « vecteurs généraux » du droit à l'information en matière d'environnement, des dispositifs relevant du droit de l'environnement (études d'impact, enquêtes publiques...), ainsi que d'autres qui « peuvent être empruntés à d'autres branches du droit : l'étiquetage, par exemple, organise de manière générale par le droit de la consommation, couramment préconise en matière de droit de l'alimentation, peut répondre à quelques attentes essentielles en matière d'environnement [...] »).

ainsi considérablement développé, tous secteurs confondus<sup>1325</sup>. Constatant que de nombreux États membres s'étaient engagés dans cette direction, l'Union européenne a décidé d'harmoniser cette reddition de comptes environnementaux à travers la directive 2014/95/UE concernant la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes. Généralement analysé sous l'angle du droit à l'information des actionnaires, ce phénomène gagne à être aussi interprété comme une manifestation de l'enrôlement des entreprises privées dans la mise en œuvre du droit du public à l'information environnementale<sup>1326</sup>. Il faut se souvenir qu'en 2001, aux premiers temps du rapportage environnemental obligatoire en droit des affaires français, Internet n'en était qu'à ses balbutiements. À l'époque, le rapport de gestion avait donc été choisi comme support des données environnementales en très large part du fait de la publicité dont il bénéficiait<sup>1327</sup> ! Mais les temps changent : aujourd'hui, l'essentiel est que les informations environnementales soient communiquées au public, raison pour laquelle il est insuffisant de les inclure dans le rapport de gestion et indispensable de les rendre « aisément accessibles sur le site internet de la société »<sup>1328</sup>. On ne saurait mieux dire que les données environnementales que les grandes sociétés incluent aujourd'hui dans leur rapport annuel sont au moins autant destinées à l'information des actionnaires qu'à celle du public !

L'Accord d'Escazú est emblématique de cet enrôlement des entreprises privées de tous les secteurs dans la mise en œuvre du droit à l'information environnementale du public. D'un côté, il prescrit à chaque Partie d'adopter « *les mesures nécessaires, à travers des cadres légaux et administratifs, entre autres, pour promouvoir l'accès à l'information environnementale se trouvant entre les mains d'entités privées, en particulier relative à leurs opérations et aux possibles risques et effets sur la santé humaine et l'environnement* ». De l'autre, il ajoute, parmi les vecteurs du droit à l'information environnementale du public, « *l'élaboration de rapports de durabilité des entreprises publiques et privées, en particulier des grandes entreprises, qui reflètent leur performance sociale et environnementale* »<sup>1329</sup>. Bien que plus ancienne et donc moins en prise avec les mutations de la responsabilité sociétale des entreprises, la Convention d'Aarhus

---

<sup>1325</sup> Le texte emblématique de ce reporting est l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, mais les manifestations en sont bien plus nombreuses. A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut A. Varenne, 2015.

<sup>1326</sup> Déjà en ce sens, v. CLUB DES JURISTES, Commission Environnement, *Mieux informer et être informé sur l'environnement*, sept. 2014, p. 110 et s.

<sup>1327</sup> En ce sens, v. IGAS/IGE/CGM, *Rapport de mission sur l'application de l'article 116 de la loi sur les nouvelles régulations économiques – Mise en œuvre par les entreprises françaises cotées de l'obligation de publier des informations sociales et environnementales*, août 2007, p. 8 et p. 26 : « *Le choix du rapport de gestion pour l'insertion des informations sociales et environnementales permet de s'assurer qu'elles pourront être consultées, voire débattues par toutes les parties prenantes de l'entreprise.* » ; « *Le support est pertinent car le rapport de gestion garantit que les informations sociales et environnementales sont rendues publiques* ». La pertinence du choix de ce support devient sujette à caution dans le sillage du jugement du 31 janvier 2020 par lequel le Tribunal judiciaire de Nanterre en déduit la compétence du tribunal de commerce pour examiner les demandes relatives au plan de vigilance des grandes sociétés.

<sup>1328</sup> Article R. 225-105-1, c. com.

<sup>1329</sup> Plus précisément, ce texte énonce que : « 9. Chaque Partie promeut l'accès à l'information environnementale contenue dans les concessions, contrats, accords ou autorisations qui auront été octroyés et qui impliquent l'usage de biens, services ou ressources publics, conformément à la législation nationale. 10. Chaque Partie s'assure que les consommateurs et usagers comptent avec une information officielle, pertinente et claire relative aux qualités environnementales des biens et services et à leurs effets sur la santé, en favorisant des modes de consommation et de production durables. (...) 12. Chaque Partie adopte les mesures nécessaires, à travers des cadres légaux et administratifs, entre autres, pour promouvoir l'accès à l'information environnementale se trouvant entre les mains d'entités privées, en particulier relative à leurs opérations et aux possibles risques et effets sur la santé humaine et l'environnement. 13. Chaque Partie encourage, conformément à ses capacités, l'élaboration de rapports de durabilité des entreprises publiques et privées, en particulier des grandes entreprises, qui reflètent leur performance sociale et environnementale. »

considérerait déjà les programmes volontaires d'étiquetage environnemental des produits comme des vecteurs de réalisation du droit à l'information du public<sup>1330</sup>.

## 2. Description synthétique du régime juridique actuel du droit à l'information relative à l'environnement

À l'instar de ce qui a été relevé pour l'information en général<sup>1331</sup>, le régime juridique suivant lequel les informations relatives à l'environnement doivent être produites et, le cas échéant, vérifiées et communiquées au public est très variable. Différents régimes juridiques coexistent dont la teneur varie en fonction notamment du statut du détenteur des données, de l'objet de l'information et de l'intérêt ou de la finalité qui s'attache à sa communication.

### 2.1. Un régime d'accessibilité variable en fonction du statut du détenteur des données

Lorsque l'information environnementale est détenue par une personne publique (ou assimilée), cette dernière doit la communiquer à tout membre du public qui en ferait la demande, sans pouvoir exiger de ce dernier qu'il justifie d'un intérêt particulier. L'autorité publique a également le devoir de publier spontanément un certain nombre d'informations environnementales<sup>1332</sup>.

En revanche, lorsque l'information environnementale est détenue par une personne privée (et qu'elle ne concerne pas une activité de service public), son détenteur n'a généralement pas l'obligation de la communiquer sur demande d'un membre du public. En revanche, il peut être légalement tenu de la diffuser ou même de la rendre publique.

Certains affirment qu'il serait nécessaire d'aller plus loin en reconnaissant officiellement l'existence d'un droit à l'information environnementale de l'entreprise privée, dans sa double dimension non seulement de droit d'obtenir que des informations soient diffusées publiquement, mais aussi de droit d'accès sur demande à des informations particulières<sup>1333</sup>. Un des arguments avancés tient au fait qu'aucun législateur n'est capable de prévoir par anticipation toutes les données importantes pour la collectivité : seul un droit général d'accès aux informations d'intérêt commun permettrait aux individus et aux groupes sociaux de « naviguer dans cet océan d'informations à la recherche d'éléments qui, selon leur jugement, sont importants pour le public »<sup>1334</sup>. Un autre argument tient au fait que le droit d'accéder (activement) sur demande

---

<sup>1330</sup> La Convention d'Aarhus est très claire sur le fait que les prérogatives du public en matière d'information environnementale peuvent impliquer des charges non seulement pour des acteurs privés chargés, sous une forme ou sous une autre, d'une forme de mission de service public, mais aussi pour des acteurs strictement privés. En ce sens, elle stipule notamment que : « 6. Chaque Partie encourage les exploitants dont les activités ont un impact important sur l'environnement à informer périodiquement le public de l'impact sur l'environnement de leurs activités et de leurs produits, le cas échéant dans le cadre de programmes volontaires d'étiquetage écologique ou d'écobilans ou par d'autres moyens. » « 8. Chaque Partie met au point des mécanismes dans le but de faire en sorte que des informations suffisantes sur les produits soient mises à la disposition du public de manière à permettre aux consommateurs de faire des choix écologiques en toute connaissance de cause. »

<sup>1331</sup> V. *supra* 1.1.

<sup>1332</sup> C. env., R. 124-5.

<sup>1333</sup> V. par ex. SHERPA, *Réguler les entreprises transnationales : 46 propositions*, Rapport par Y. QUEINNEC et W. BOURDON, déc. 2010, proposition n° 13. Sur l'articulation entre un tel droit et le secret des affaires, R. PELED, "Occupancy Information: The Case for Freedom of Corporate Information", *Hastings Bus. L.J.*, 2013, vol. 9, p. 261 ; v. A.-S. EPSTEIN, « La compatibilité du droit d'accès aux informations environnementales de source privée avec la protection du secret des affaires : prélude à la consécration d'un droit d'accès aux données d'intérêt général de source privée », *RJE* 2020 (à paraître).

<sup>1334</sup> R. PELED, "Occupancy Information: The Case for Freedom of Corporate Information", *op. cit.*

renforce le droit de recevoir (passivement) des informations. On a dit du droit à l'information qu'il venait légitimer l'absence de pouvoir de son titulaire<sup>1335</sup>. Pourtant, dès lors que ce dernier dispose des moyens d'obtenir des éclaircissements supplémentaires, voire de diligenter une enquête, son droit à l'information est au contraire ce qui lui permet de prétendre *a minima* au statut de contre-pouvoir.

Quelques pays ont déjà franchi ce cap, en matière d'information en général, nous l'avons mentionné<sup>1336</sup>. Parmi ceux qui l'ont fait en matière environnementale, à l'égard des entreprises privées, on compte notamment la Chine<sup>1337</sup> et la Norvège<sup>1338</sup>. Les autorités norvégiennes avaient d'ailleurs proposé en 2008 que la Convention d'Aarhus soit complétée par un mécanisme contraignant d'accès direct aux informations détenues par les entreprises. Cette proposition n'a cependant pas été suivie. La crainte de porter atteinte sinon au droit de propriété *stricto sensu*, du moins aux droits de propriété intellectuelle et au secret des affaires semble avoir joué un rôle central dans cette fin de non-recevoir<sup>1339</sup>.

## 2.2. Un régime d'accessibilité variable en fonction de l'objet de l'information

Le régime d'accessibilité de l'information varie en fonction de son objet. Lorsque l'information peut être qualifiée d'environnementale, elle est globalement plus aisément accessible que si elle avait été qualifiée de document administratif. Au sein même de la catégorie des informations relatives à l'environnement, certaines bénéficient d'un régime d'accessibilité renforcée dans la mesure où certains secrets leur sont inopposables. Pour autant, la communication d'informations environnementales peut se heurter à des causes de refus spécifiques et inconnues d'autres régimes de transparence légale.

## 2.3. Un régime globalement plus favorable à l'accès que le régime d'accès aux documents administratifs

Le régime de communication des informations environnementales est couramment présenté comme plus favorable à l'accès que ne l'est le régime d'accès aux documents administratifs. Sans

---

<sup>1335</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit d'accès à l'information ou le nouvel équilibre de la propriété », *op. cit.*, pp. 766-767 (« l'accès de la personne intéressée à l'information détenue par celui qui a le pouvoir de prendre une décision ayant un effet sur sa situation, est ce qui renforce, voire ce qui fonde, le pouvoir du titulaire de l'information. C'est parce que l'actionnaire minoritaire a le droit d'information que l'actionnaire majoritaire a le pouvoir de diriger la société, et ce en principe sans partage. (...) le droit d'accès à l'information de celui qui ne décide pas permet de renforcer le pouvoir de celui qui décide. »)

<sup>1336</sup> V. *supra* Section 1.1.

<sup>1337</sup> Un décret de 2007 a exigé à la fois des agences gouvernementales et des entreprises la divulgation au public d'informations environnementales (articles 4 et 21 du décret "[Measures for the Disclosure of Environmental Information](#)" du 11 avril 2007): les entreprises concernées doivent diffuser ces informations directement via les principaux media locaux et ne les transmettre aux administrations concernées qu'à des fins de vérification éventuelle et d'archivage.

<sup>1338</sup> Act of 9 May 2003 n°31 Relating to the Right to Environmental Information and Public Participation in Decision-making Processes Relating to the Environment. Cette loi maintient les exceptions à l'accès tirées du secret des affaires et institue une commission de recours contre les décisions de refus des entreprises. Sur cette loi, v. not. H. P. GRAVER, "Business enterprises and the environmental information act in Norway", *Frontiers of law in China*, 2017, vol. 12, n° 1, p. 3.

<sup>1339</sup> V. par exemple le plan stratégique pour la Convention d'Aarhus pour la période 2015-2010 qui observe que : « Par l'échange d'informations et de bonnes pratiques, l'on cherche à savoir comment améliorer l'accès aux informations relatives à l'environnement détenues par le secteur privé, tout en prenant en considération les questions de confidentialité des informations commerciales et industrielles et de protection des droits de propriété intellectuelle, conformément à l'approche actuellement suivie au titre de la Convention. »



qu'il soit ici nécessaire de détailler plus avant, notons simplement que le périmètre des informations environnementales accessibles est plus large et donnons-en quelques illustrations en droit français :

- la notion d'information environnementale permet d'englober des données qui ne figurent pas dans des documents administratifs<sup>1340</sup> ;
- les documents préparatoires à la décision administrative sont communicables sur le fondement du régime d'accès à l'information relative à l'environnement, alors qu'ils ne le sont pas lorsque la demande porte sur un document administratif ;
- certains motifs de refus d'une demande d'accès à un document administratif ne sont pas opposables à une demande d'accès à un document administratif (« l'atteinte à la monnaie et au crédit public » et les « autres secrets protégés par la loi »)<sup>1341</sup> ;
- les motifs de refus d'une demande d'accès à l'information environnementale doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive<sup>1342</sup>, alors que rien de tel n'est prévu pour les causes de refus de communiquer un document administratif ;
- les documents administratifs dont la communication porterait atteinte aux secrets, droits et intérêts légitimes protégés ne sont jamais communicables ou ne sont communicables qu'à la personne directement concernée par ces documents<sup>1343</sup>. En revanche, la personne saisie d'une demande d'information environnementale ne peut la rejeter qu'après avoir déterminé que l'intérêt servi par le refus de communication l'emportait sur l'intérêt public servi par la communication ; dans le cas contraire, l'information devrait être communiquée quand bien même cette diffusion porterait atteinte à un secret protégé par la loi, au droit ou à l'intérêt légitime d'un tiers<sup>1344</sup>.

Même si le régime d'accès aux informations relatives à l'environnement est globalement plus favorable que le régime d'accès aux documents administratifs, les demandes d'informations relatives à l'environnement peuvent tout de même se voir opposer des motifs de rejet spécifiques (v. *infra*, § 2.2.3.).

### **2.3.1. L'inopposabilité de certains secrets à des demandes d'informations sur les émissions de substances dans l'environnement**

Au sein de la catégorie des informations relatives à l'environnement, les informations sur les émissions de substances dans l'environnement bénéficient, en application de la Convention d'Aarhus, d'un régime particulièrement favorable à la communication au public :

- de telles informations doivent être spontanément communiquées au public, notamment via la constitution d'inventaires des pollutions<sup>1345</sup> ;
- certains motifs de rejet de la demande tels que le secret des affaires ne peuvent jamais être opposés à une demande portant sur des données sur des émissions de substances dans l'environnement<sup>1346</sup>.

---

<sup>1340</sup> V. par exemple les données de l'Office national des forêts (ONF) sur la gestion des forêts (v. T. BERGER, *L'Accès à l'information environnementale et sanitaire : le cas des OGM, des médicaments et des substances chimiques*, Thèse précitée, n° 189).

<sup>1341</sup> C. envir., art. L. 121-4.

<sup>1342</sup> Convention d'Aarhus, art. 4.4 ; Directive 2003/4, art. 4.2.

<sup>1343</sup> CRPA, art. L. 311-5 et L. 311-6.

<sup>1344</sup> Convention d'Aarhus, art. 4.4 ; Directive 2003/4, art. 4.2 ; C. envir., art. L. 124-4.

<sup>1345</sup> Les Parties à la Convention d'Aarhus ont pris l'engagement d'instituer des inventaires nationaux d'émissions polluantes, ces registres étant spontanément communiqués au public.

<sup>1346</sup> Convention d'Aarhus, art. 4.4 : « Une demande d'informations sur l'environnement peut être rejetée au cas où la divulgation de ces informations aurait des incidences défavorables sur : (...) d) Le secret commercial et industriel lorsque ce secret est protégé par la loi

La catégorie des informations relatives à des émissions de substances recouvre des données intéressantes à la fois l'environnement et la santé publique. C'est ainsi que le 7 mars 2019, le Tribunal de l'Union européenne a annulé la décision de l'Autorité européenne de sécurité des aliments (l'EFSA) de refuser, au nom de la protection du secret des affaires, l'accès aux études qui lui avaient été soumises en vue du renouvellement de l'approbation de la substance active du glyphosate<sup>1347</sup>. S'agissant d'informations sur des émissions de substances dans l'environnement, le secret des affaires n'était pas opposable.

Les données relatives à des émissions de substances dans l'environnement sont ainsi destinées à échapper à toute forme de maîtrise exclusive dès lors qu'elles traitent d'impacts qui, pour prendre leur source dans une activité économique privée, dégradent l'environnement de la collectivité dans son ensemble. La première édition du Guide d'application de la Convention d'Aarhus renferme l'explication suivante : si l'accès prévaut sur le secret des affaires lorsque l'information porte sur des émissions de substances dans l'environnement, c'est en vertu du « principe selon lequel les informations relatives aux émissions perdraient leur caractère d'appropriation privée dès lors que les émissions tombent dans le domaine public ». Pour les rédacteurs du Guide, le producteur des données gagnerait donc en principe à en être considéré comme le propriétaire ou en tout cas comme le titulaire exclusif (la formulation adoptée a été modifiée lors de la deuxième édition de ce Guide d'application, parue en 2014, qui substitue l'expression « *leur caractère exclusif* » à l'expression « caractère d'appropriation privée »). Pour autant, les données échapperaient à toute forme de maîtrise exclusive dès lors que leur objet serait lui-même soustrait à l'appropriation. Bref, le régime de l'information suivrait celui de son objet : nul ne pourrait prétendre se réserver le contenu d'informations relatives à la consistance d'un environnement échappant lui-même à l'appropriation. Ce faisant, la Convention d'Aarhus consacre la faculté pour chacun de puiser dans le fonds commun de connaissances, et non l'imposition d'un droit subjectif concurrent à l'intérêt légitime constitué par le secret des affaires<sup>1348</sup>.

Notons pour finir sur ce point que certains États parties à la Convention d'Aarhus ont adopté une conception plus extensive du champ des informations insusceptibles de réservation privative que celle retenue par la Convention. En vertu de la loi norvégienne du 9 mai 2003 sur l'accès à l'information et la participation du public aux décisions relatives à l'environnement, le public a toujours accès aux informations concernant : a) la pollution qui est nuisible à la santé ou qui peut causer de graves dommages à l'environnement ; b) les mesures visant à prévenir ou à réduire de tels dommages ; et c) les interventions illégales ou les dommages causés à l'environnement.

### **2.3.2. Des exceptions particulières à la communicabilité de l'information**

---

*afin de défendre un intérêt économique légitime. Dans ce cadre, les informations sur les émissions qui sont pertinentes pour la protection de l'environnement doivent être divulguées ;* ». V. également l'article L. 124-5, II, du Code de l'environnement.

<sup>1347</sup> Trib. UE, 7 mars 2019, Aff. T-329/17, EFSA c/ H. Hautala et al. L'accès à ces analyses était déterminant pour comprendre pourquoi les conclusions de l'Agence européenne divergeaient de celles du Centre international de recherche sur le cancer de l'Organisation mondiale de la santé qui, en 2015, avait classé le glyphosate dans le groupe des produits probablement cancérogènes pour l'homme.

<sup>1348</sup> À rapprocher de l'arrêt de la CEDH retenant que « l'article 10 de la Convention ne saurait être interprété comme garantissant le droit absolu d'accéder à tous les détails techniques relatifs à la construction d'une centrale, car, à la différence des informations concernant l'impact environnemental de celle-ci, de telles données ne sauraient relever de l'intérêt général » (CEDH (5e sect.), 10 juill. 2006, Sdrůení Jihoeské Matky c/ République tchèque, n° 19101/03), où c'est l'intérêt général s'attachant à l'information qui justifierait une garantie d'accès.

Une demande d'accès à une information relative à l'environnement peut être rejetée en considération du risque que sa communication « porte atteinte (...) à la protection de l'environnement auquel elle se rapporte »<sup>1349</sup>. Les associations naturalistes françaises, qui ont historiquement joué un rôle majeur dans la collecte des informations sur l'état de la biodiversité à l'échelle locale, et qui pour certaines d'entre elles se rattachent à la catégorie des autorités publiques tenues d'informer le public au regard de la mission de service public qui leur est dévolue, n'ont pas hésité à se prévaloir de cette exception (ainsi que de celle liée à la détention de droits de propriété intellectuelle) pour s'opposer à la communication de données qu'elles pouvaient détenir sur la localisation précise des espèces répertoriées. Il s'agissait d'éviter le braconnage, mais aussi l'exploitation à des fins commerciales de ces données collectées bénévolement et, plus parfois peut-être, de marquer l'opposition des associations à « la conception individuelle de l'empowerment portée par les dispositifs d'open data qui visent la suppression de tout intermédiaire entre les données et leurs utilisateurs. L'accès aux données naturalistes devrait d'abord selon elles se faire sous l'égide de collectifs, seuls en mesure de leur donner sens tout en les mettant à l'épreuve du terrain »<sup>1350</sup>.

Par ailleurs, le droit français admet de manière beaucoup plus surprenante que l'accès aux informations relatives aux émissions de substances dans l'environnement soit refusé s'il porte atteinte à des droits de propriété intellectuelle<sup>1351</sup>. Pourtant, ce motif n'est pas opposable aux demandes d'accès à d'autres catégories d'information environnementale ou même aux demandes d'accès à des documents administratifs<sup>1352</sup>. En matière d'accès aux documents administratifs et, par renvoi, d'accès aux informations environnementales qui ne portent pas sur des émissions de substances dans l'environnement, la règle qui prévaut est que ces documents et informations « sont communiqué(e)s ou publié(e)s sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique ». De la sorte, seuls les droits de propriété littéraire et artistique entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer l'accessibilité d'une information environnementale, et non les titres de propriété industrielle. Surtout, la CADA donne classiquement à cette réserve des droits de propriété littéraire et artistique une définition étroite qui tend à neutraliser ce motif de refus de la communication (v. *infra* § 4.2.). Il est donc particulièrement incohérent que la communication des informations sur les émissions de substances dans l'environnement puisse être refusée en cas d'atteinte à des droits de propriété intellectuelle en général, d'autant plus que ces informations sont celles qui sont les plus susceptibles d'intéresser la population.

#### **2.4. Un régime d'accessibilité variable en fonction de la finalité de l'information**

Notre attention s'est jusqu'ici portée sur les régimes légaux de communication d'informations au public en vertu desquels toute personne a le droit, en dehors de tout procès, de disposer de certaines informations, sans avoir à justifier d'un intérêt particulier. À côté de ces régimes légaux particuliers, d'autres fondements peuvent justifier le droit pour certaines personnes d'obtenir des informations environnementales. L'accès à l'information environnementale peut s'imposer

---

<sup>1349</sup> Article L. 124-4, c. envir.

<sup>1350</sup> A. FORTIER et P. ALPHANDERY. « La maîtrise des données, un enjeu majeur pour les associations naturalistes à l'heure de la gouvernance de la biodiversité », *Revue française d'administration publique*, vol. 163, no. 3, 2017, p. 587.

<sup>1351</sup> Article L. 124-5, c. envir.

<sup>1352</sup> En effet, le régime d'accès aux documents administratifs ne prévoit pas la possibilité de rejeter une demande de document au motif que cela porterait atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Or, le régime général d'accès aux informations relatives à l'environnement (C. envir., art. L. 124-4) renvoie sur ce point aux dispositions issues du régime de communication des documents administratifs.

également sur le fondement du droit à un procès équitable<sup>1353</sup>, du droit à la vie<sup>1354</sup>, plus largement d'un droit de l'homme<sup>1355</sup>, de l'ambition d'informer le public<sup>1356</sup> ou encore des exigences de bon fonctionnement du marché. Or, selon la finalité de la communication, le régime de l'accessibilité varie. Prenons-en deux exemples.

Exemple 1 : Dans une affaire tranchée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en 2010<sup>1357</sup>, la ville de Lyon avait à plusieurs reprises demandé à la Caisse des dépôts et consignations, en sa qualité d'administrateur du registre national des quotas d'émission des gaz à effet de serre, de lui communiquer des informations sur les volumes des quotas vendus au cours de l'année 2005 par les exploitants de sites de chauffage urbain auxquels des quotas avaient été accordés, sur la date des transactions ainsi que sur les destinataires. Le refus de la Caisse des dépôts avait été avalisé par la CJUE au motif que la directive 2003/87/CE sur le marché de quotas d'émissions de CO<sub>2</sub> et son règlement d'exécution instituaient un régime spécifique et exhaustif de communication au public des données transactionnelles. Ainsi, la directive 2003/4/CE établissant un régime général de droit d'accès à l'information environnementale avait-elle vocation à être écartée au profit des règles spécifiques de communication et de confidentialité définies par le règlement d'exécution de la directive 2003/87/CE. Ces dispositions instituaient un régime plus restrictif en matière d'accès à l'information, dicté par un objectif de garantie du bon fonctionnement du marché des quotas d'émission.

Exemple 2 : Tandis que le droit d'accès du public à l'information environnementale bénéficie à toute personne sans que celle-ci ait besoin de faire la preuve d'un intérêt particulier à en obtenir la communication, certains droits informationnels sont, même en matière environnementale, réservés à certaines personnes. Il est ainsi possible d'obtenir la communication d'une information relative à l'environnement au motif que cette communication est indispensable à l'exercice d'autres droits ou libertés. Dans ce cas, l'accès à l'information est *a priori* réservé à la personne ou aux personnes dont les droits sont sérieusement menacés par l'absence d'information ; pour autant, la demande d'information peut potentiellement être adressée à une personne qui n'est pas tenue de répondre aux demandes d'information du public sur le fondement du droit à l'information environnementale (par exemple une entreprise « strictement privée »). C'est ce raisonnement qui a conduit par exemple la Cour européenne des droits de l'homme à sanctionner l'accès insuffisant des riverains aux données sur les risques sanitaires et environnementaux de certaines activités industrielles sur le fondement du droit à la vie et du droit au respect de la vie privée et familiale<sup>1358</sup>.

---

<sup>1353</sup> Le juge peut imposer à une partie de communiquer à l'autre des informations environnementales au titre des mesures d'instruction nécessaires pour administrer la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige (CPC, art. 145).

<sup>1354</sup> V. par ex. CEDH (gr. ch.), 30 nov. 2004, *Öneriyildiz c/ Turquie*, n° 48939/99.

<sup>1355</sup> En ce sens, v. par exemple la Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa, African Commission on Human and Peoples' Rights (2002), dont le IV sur la liberté d'information proclame que : « 1. *Public bodies hold information not for themselves but as custodians of the public good and everyone has a right to access this information, subject only to clearly defined rules established by law.* 2. *The right to information shall be guaranteed by law in accordance with the following principles: everyone has the right to access information held by public bodies; everyone has the right to access information held by private bodies which is necessary for the exercise or protection of any right; (...)* ».

<sup>1356</sup> La CEDH a progressivement admis que le droit à l'information consacré par l'article 10 de la Convention EDH n'impliquait pas seulement des obligations négatives pour les autorités publiques, mais aussi des obligations positives de garantie d'accès à l'information, du moins à l'égard de certains acteurs qui, à l'instar des journalistes, jouent le rôle de « society's "watchdogs" » (F. LEGHE et P. WEISMANN, « The European Court of Human Rights and Access to Information », *Int'l Hum. Rts. L. Rev.*, 2014, vol. 3, p. 303).

<sup>1357</sup> CJUE, 4e ch., 22 déc. 2010, aff. C-524/09, *Ville de Lyon c/ Caisse des dépôts et consignations*.

<sup>1358</sup> A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut A. Varenne, 2015, n° 254 et s.

Ce mode de justification de l'accès à l'information avait inspiré les auteurs de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement signée à Lugano le 21 juin 1993. L'article 16 de la Convention portait sur l'accès à des informations spécifiques détenues par les exploitants. Il proclamait que :

« 1 La victime d'un dommage peut à tout moment demander au tribunal d'ordonner à l'exploitant de lui fournir des informations spécifiques, dans la mesure où c'est nécessaire pour établir l'existence de son droit à réparation aux termes de la présente Convention.

2 Lorsqu'une demande en réparation est présentée à un exploitant sur la base de la présente Convention, dans le cadre ou non d'une procédure judiciaire, l'exploitant peut demander au tribunal d'ordonner à un autre exploitant de lui fournir des informations spécifiques dans la mesure où c'est nécessaire pour établir soit l'étendue de son obligation éventuelle d'indemniser la victime du dommage soit son propre droit à recevoir réparation de l'autre exploitant.

3 Les informations que l'exploitant doit fournir aux termes des paragraphes 1 et 2 du présent article sont celles concernant les éléments qu'il peut avoir à disposition et ayant trait essentiellement aux caractéristiques de l'équipement, aux machines utilisées, à la nature et à la concentration de substances dangereuses ou de déchets, ainsi qu'à la nature des organismes génétiquement modifiés ou des micro-organismes.

4 Ces mesures ne portent pas atteinte aux mesures d'instruction pouvant légalement être ordonnées en vertu du droit interne.

5 Le tribunal peut rejeter une demande qui implique une charge disproportionnée pour l'exploitant, en tenant compte de tous les intérêts en cause.

6 Outre les restrictions prévues à l'article 14, paragraphe 2, qui s'appliquent mutatis mutandis, l'exploitant peut refuser de fournir des informations lorsque ces dernières sont de nature incriminatoire.

7 Des frais d'un montant raisonnable sont payés par la personne qui a demandé les informations. L'exploitant peut demander des garanties appropriées pour ce paiement. Toutefois, un tribunal, lorsqu'il reconnaît le droit à réparation, peut ordonner que ces frais soient pris en charge par l'exploitant, sauf si la demande donne lieu à des dépenses inutiles. »

Bien que cette Convention ne soit jamais entrée en vigueur, la logique qui la sous-tend est assez classique. Une juridiction française pourrait ainsi ordonner la communication d'informations environnementales au titre des mesures d'instruction nécessaires pour administrer la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige (CPC, art. 145). Le triomphe du droit de savoir sur le secret des affaires proviendrait alors du fait que l'accès à l'information permet l'imputation juridique des risques ainsi que l'accès à la justice. L'accès à l'information serait ici subordonné au constat préalable de la lésion d'un droit distinct d'un droit à l'information. La mesure d'instruction serait jugée admissible lors même qu'elle risquerait de porter atteinte au secret des affaires<sup>1359</sup> à condition d'être nécessaire pour la protection des droits de la partie l'ayant sollicitée.

---

<sup>1359</sup> À la question de savoir si une mesure d'instruction est légalement admissible lorsqu'elle porte atteinte au secret des affaires, une jurisprudence constante répond par la positive : le secret des affaires ne constitue pas, en lui-même, un obstacle à la mise en œuvre de l'article 145 du Code de procédure civile, dès lors que les mesures ordonnées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicités (Cass. 2e Civ, 7 janvier 1999, n° 95-21.934 : Bull. n° 4, p. 3 ; – Cass. 2e Civ, 25 mai 2000, n° 97-17.768, inédit ; – Cass. 2e Civ., 8 févr. 2006, n° 05-14.198 : Bull. n° 44, p. 37). Le moyen tiré du risque de violation du secret des affaires ne constitue qu'une donnée que le juge doit intégrer dans son appréciation de la légitimité du motif invoqué (Cass. 2e Civ, 14 mars 1984, n° 82-16.076 et 82-16.876 : Bull. n° 49 ; – Cass. Com., 5 janvier 1988, n° 86-15.322 : Bull. n° 7, p. 5), ainsi que dans le choix de la mesure d'instruction *in futurum* (Cass. Com., 8 déc. 2009, n° 08-21.225, inédit).

### 3. Liens du droit à l'information environnementale avec les communs

Le droit à l'information en matière d'environnement préfigure un droit à l'information sur les choses que notre société s'accorde à regarder comme d'intérêt commun.

#### 3.1. Le contexte de l'approche du droit à l'information environnementale par les communs

Tant l'information que l'environnement constituent des sujets centraux dans les analyses en termes de communs ; pourtant, les informations relatives à l'environnement n'ont guère été abordées sous cet angle théorique jusqu'à présent, à quelques exceptions près.

Dans la notice qu'elle a consacrée à l'accès aux informations environnementales dans le Dictionnaire des biens communs, Delphine Misonne a esquissé le lien avec les communs. Elle observe ainsi que :

« L'accès à l'information contribue de manière fondamentale à l'avènement d'une société « ouverte », où les données sur les biens communs, comme l'environnement, ne sont plus considérées comme l'apanage de l'autorité publique qui les détient, mais doivent être partagées. Partagées au profit du citoyen, seul ou organisé, dont on espère beaucoup puisque, fort de cette information dont il est invité à se saisir, il est supposé vêtir l'habit du gardien de la cause. L'information sur l'état du commun naturel devient en quelque sorte un commun informationnel\*. Ce commun informationnel sur des ressources non-rivales\* — l'information environnementale est reproductible à l'infini — poursuit le dessein, gentiment utopique, de conférer à l'opinion publique un rôle de premier plan dans une pièce qui était jusque-là réservée aux experts. Poussées par la force de conviction des milieux associatifs, la loi et la convention ont libéré l'accès à cette information de toute exigence de démonstration d'un « intérêt à savoir », celui-ci devenant implicite (l'environnement n'est-il pas l'affaire de tous ?). Le droit à l'accès à l'information est l'un des détours subtils par lesquels des améliorations substantielles de l'état de l'environnement sont susceptibles, progressivement, de voir le jour. Il fait le pari de la saisine des outils propres aux démocraties pour assurer la préservation des biens communs. »<sup>1360</sup>

Le propos met au jour l'utilité théorique de considérer l'information environnementale comme « un commun » : l'environnement étant qualifié de commun, la responsabilité de sa protection devrait incomber à tous les membres de la communauté et pas simplement à l'État. Première prérogative des membres de la communauté, l'information serait ce qui leur permettrait d'agir en défense du commun environnemental, et d'en actualiser l'existence<sup>1361</sup>.

Cependant, notre analyse du régime juridique de l'information environnementale (v. *supra*, § 2.) a mis en évidence que toute donnée ne s'analyse pas comme une chose commune destinée à échapper à la réservation exclusive et à être tenue à la disposition de tous les membres de la communauté<sup>1362</sup>. L'information environnementale peut être inaccessible, par exemple parce que le

---

<sup>1360</sup> D. MISONNE, V° « Accès à l'information (en droit de l'environnement) », in in M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 19.

<sup>1361</sup> Affirmant le droit d'accès à l'information comme le socle du régime du patrimoine commun, v. *supra* Partie 2, Section 1, Propositions de réformes relatives au patrimoine commun.

<sup>1362</sup> V. *supra* Partie 1, Section 2, Propositions de réformes relatives à la chose commune.

secret des affaires ou le secret-défense l'emporte, au cas d'espèce, sur le droit d'en obtenir communication.

Dans cette voie, certains ont été jusqu'à affirmer que les informations environnementales seraient destinées à la réservation privative. William Gilles et Irène Bouhadana notent ainsi que même si « la problématique de l'environnement fait penser aux communs (...) s'agissant de l'information environnementale et climatique, la question est différente puisque celle-ci est le fruit d'un travail pouvant être clairement identifié, et le plus souvent réalisé par des chercheurs rattachés à de grands organismes d'État. Ce sont donc bien ceux qui collectent l'information qui la possèdent et qui peuvent décider ou non de la diffuser. Dès lors, l'information environnementale ne relève plus de la problématique des communs. »<sup>1363</sup>

En réalité, il convient de se garder de tout monolithisme : le droit tolère que certaines informations environnementales fassent l'objet d'une réservation exclusive, mais il en destine d'autres à la publicité sans y voir une forme d'expropriation. Autrement dit, il existe une échelle de communalité interne aux informations relatives à l'environnement, avec à un bout du spectre les informations sur les émissions de substances dans l'environnement qui gagneraient à s'analyser comme d'authentiques communs et à l'autre extrémité les données dont l'intérêt général commande qu'elles demeurent secrètes.

### **3.2. Le(s) conception(s) des communs mobilisées pour saisir le droit à l'information environnementale**

En première analyse, chacune des quatre approches envisagées pourrait être mobilisée pour justifier l'appréhension de l'information environnementale en termes des biens communs.

#### **3.2.1. Approche essentialiste des communs**

Rappel : « La qualification est conférée à des ressources, eu égard aux caractéristiques de la chose. Certaines versions de la théorie économique des biens publics et la théorie juridique classique et naturaliste des choses communes adoptent cette approche. »

Il serait possible de défendre la qualification de bien commun en vertu de cette approche en se référant aux caractères « naturels » de l'information (en particulier son caractère non-rival) ainsi qu'à ceux de l'environnement (en insistant alors sur sa vocation à échapper, pris dans sa globalité, à l'appropriation). Cependant, ce mode de raisonnement conduirait à exclure de la qualification de bien commun les informations portant sur des biens environnementaux appropriés.

#### **3.2.2. Approche politique des communs**

Rappel : Dans cette approche, marquée par son caractère interdisciplinaire, c'est le *commoning*, en tant que processus de mise en commun, qui joue un rôle de premier plan. Le *commoning* a pu être défini comme un « processus de création du monde, une création collective d'un système social à travers l'expérience » Le commun constitue, dans cette perspective, l'outil d'une critique radicale du système socio-économique dominant. Les travaux de A. Negri et M. Hardt d'un côté, de P. Dardot et C. Laval de l'autre, sont particulièrement significatifs.

<sup>1363</sup> W. GILLES et I. BOUHADANA, « [De l'ouverture des données aux enjeux du changement climatique : Le droit de vivre dans un environnement sain à l'ère des gouvernements ouverts](#) », *Revue Internationale de droit des données et du numérique*, 2015, vol. 1.

L'information environnementale est un support indispensable à une gouvernance de l'environnement en commun. Les données relatives à une ressource environnementale doivent être accessibles à la communauté qui s'emploie à la gouverner en commun. Autant que faire se peut, cette communauté devrait œuvrer à extraire à partir des données collectées des informations consensuelles. L'information est un construit ; l'information environnementale est ce par quoi s'exprime une certaine représentation de l'environnement : la mise en commun de l'environnement postule une représentation relativement partagée de l'environnement concerné.

### 3.2.3. Approche organisationnelle des communs

**Rappel :** La qualification d'une ressource comme un commun dérive du mode de gestion de cette ressource et des normes, juridiques ou non, qui la régulent. Cette approche est notamment retenue par Elinor Ostrom et son équipe et, suivant des perspectives différentes, par plusieurs autres auteurs.

Aucune étude d'ensemble n'a semble-t-il été entreprise sur la fabrique et la gestion de l'information environnementale et en tout état de cause, ce sujet déborde assez largement du domaine juridique. Pour ces deux raisons, la présente section s'en tiendra à évoquer quelques intuitions générales dégagées à partir de certains cas singuliers.

De manière générale, on peut dire que la fabrique de l'information environnementale s'opère pour une large part sur des bases collaboratives, c'est-à-dire en partenariat avec les parties prenantes. Le rôle dévolu à chaque catégorie de partie prenante varie cependant d'un cas à l'autre. En particulier, le niveau de centralisation des décisions sur la méthode de production de l'information est très variable. Deux facteurs importants entrent en ligne de compte dans la définition des attributions de chaque partie prenante. D'une part, l'article 5 de la Convention d'Aarhus impose aux États parties de faire en sorte que « *les autorités publiques possèdent et tiennent à jour les informations sur l'environnement qui sont utiles à l'exercice de leurs fonctions* ». Les autorités publiques sont ainsi destinées à jouer un rôle important dans la collecte et la gestion de l'information environnementale. D'autre part, les informations collectées localement par les acteurs privés sont généralement destinées à s'intégrer dans des systèmes d'information nationaux ou internationaux. En vue de faire interagir les systèmes d'information locaux et globaux, les données doivent être harmonisées. Les pouvoirs publics jouent donc un rôle central dans la gouvernance des données, et notamment dans la standardisation des méthodes suivant lesquelles les produire dès lors que ces données sont directement utiles à l'exercice de leurs missions et à l'accomplissement de leurs responsabilités. C'est ainsi que la surveillance de la qualité de l'air s'opère dans le cadre d'une gouvernance pluripartite, mais que l'État joue un rôle central dans le pilotage du dispositif<sup>1364</sup> dont il assume la pleine responsabilité<sup>1365</sup>.

Dans le domaine de l'information sur la biodiversité également, l'harmonisation des normes de production de l'information s'est opérée dans une approche « top-down ». La collecte d'informations sur la biodiversité constitue un travail chronophage et répétitif qui doit beaucoup aux efforts des membres – souvent bénévoles – d'associations naturalistes. Ce travail de collecte constitue historiquement l'une des bases de la constitution des inventaires nationaux et des politiques nationales de conservation de la biodiversité. Les associations continuent de jouer un

<sup>1364</sup> V. not. articles L. 221-3 et R. 221-4 et s., c. envir.

<sup>1365</sup> Article L. 125-4, c. envir. : « Le droit à l'information sur la qualité de l'air et ses effets sur la santé et l'environnement est reconnu à chacun sur l'ensemble du territoire. L'État est le garant de l'exercice de ce droit, de la fiabilité de l'information et de sa diffusion. [...] ».



rôle important en la matière aujourd'hui, mais elles sont de plus en plus concurrencées par d'autres acteurs. L'entreprise de rationalisation et d'uniformisation de la production de données sur la biodiversité à l'échelle nationale et internationale, mise en œuvre par les pouvoirs publics depuis les années 1990, a contribué à une relative remise en cause de l'expertise associative et en tout cas de son quasi-monopole en la matière. La constitution du Système d'information sur la nature et les paysages (SINP) implique en effet : « d'intégrer les données produites au niveau local et de les rendre utilisables à un niveau supérieur au moyen d'une série d'opérations d'abstraction, de quantification, de standardisation qui font appel à de nouvelles formes d'expertises (cf. première partie). Le SINP peut ainsi être appréhendé comme un processus de désencastrement au sens où il contribue à faire évoluer une production de connaissances localisées, caractérisée par des savoirs personnifiés, en données qui se veulent robustes, objectivées, aptes à être stockées dans des bases de données, mais de plus en plus détachées des enjeux définis à l'échelle des territoires. Cette conception de la donnée aboutit à une véritable mise en cause du travail associatif et témoigne plus largement de changements dans les rapports entre le ministère de l'Environnement et les associations. Les connaissances produites par le monde associatif sont jugées, dans ce nouveau contexte, hétérogènes, peu fiables, insuffisantes car focalisées sur les espèces remarquables au détriment de la « biodiversité ordinaire » et non cumulables du fait qu'elles s'appuient sur des méthodes et des protocoles différents. Les associations et plus largement l'ensemble des fournisseurs sont vivement incités à normaliser leurs données et à intensifier leurs efforts de collecte en s'adaptant aux nouvelles exigences en matière de protocoles et de traitement de l'information. (...) Alors que la production de connaissances était envisagée dans les décennies 1970-1980 comme un moyen au service de la protection locale de la nature, la collecte et la gestion des données acquièrent une importance cruciale dans le nouveau contexte de gouvernance globale de la biodiversité, au point d'apparaître désormais comme une fin en soi, détachée des projets locaux. »<sup>1366</sup> Le risque a ainsi été mis en avant que les données produites sur la base des standards définis d'en haut perdent de leur pertinence pour mener en commun des projets à l'échelle locale.

Malgré tout, le Système d'information sur la nature et les paysages (SINP) continue d'être présenté comme un travail en commun. Selon la déclaration sur les données pour la biodiversité, élaborée lors du Forum des données pour la biodiversité les 18 et 19 décembre 2017 :

« 17. Le SINP, dispositif exemplaire bien que perfectible, s'appuie sur une démarche collaborative associant les échelons régionaux et l'échelon national ; il contribue fortement à la connaissance de la biodiversité, notamment par le partage de données entre producteurs dans le cadre de l'inventaire du patrimoine naturel et sa contribution aux systèmes d'information mondiaux de la biodiversité ; les sociétés savantes et les associations naturalistes – en particulier leurs bénévoles – en sont des contributeurs historiques et restent aujourd'hui parmi les plus importants producteurs de données.

19. L'ONB [i.e. Observatoire National de la Biodiversité], comme les observatoires territoriaux de la biodiversité, s'appuient sur une démarche collaborative associant les porteurs d'enjeux, les producteurs de données et les experts, pour fournir des indicateurs à différentes échelles répondant à des questionnements sur la biodiversité et ses interactions avec la société.

[...] Acteurs de la donnée pour la biodiversité, nous préconisons...

[...] 26. De garantir la participation de tous à la construction du système d'information de la biodiversité, notamment au travers de plateformes de démocratie participative. »

---

<sup>1366</sup> *Ibid.*

Dans d'autres domaines, les parties prenantes se voient reconnaître une plus grande autonomie. Par exemple, les pouvoirs publics semblent pour l'instant peu prompts à homogénéiser l'information communiquée par les entreprises dans le cadre de leur politique de responsabilité sociétale. Voilà une vingtaine d'années que les entreprises sont de plus en plus souvent contraintes de publier (et donc de produire) des données environnementales indépendamment du caractère individuellement significatif des impacts environnementaux de leurs propres activités. Par exemple, les grandes sociétés – tous secteurs confondus – qui ont leur siège en France sont aujourd'hui astreintes à l'obligation d'insérer dans leur rapport de gestion « des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité »<sup>1367</sup>. Ces données sont peu normalisées, du fait que l'État n'en a pas besoin pour s'acquitter de ses propres responsabilités de consolidation de données sur les impacts environnementaux nationaux. Les entreprises disposent donc d'une grande marge de manœuvre pour concourir à la définition des indicateurs à restituer et des méthodes selon lesquelles les calculer ou les fabriquer. Les pouvoirs publics se tiennent en retrait. L'ambition de garantir un minimum de comparabilité et de crédibilité aux informations publiées les conduit parfois à formuler des recommandations générales sur le contenu des informations à restituer<sup>1368</sup>.

L'objectif de favoriser la circulation et la réutilisation des données collectées à des fins d'innovation pousse aussi les autorités publiques à inciter les entreprises à partager leurs données. Par exemple, l'initiative de l'ONU « *Data for Climate Action* » vise à encourager le partage de données collectées ou produites par des acteurs privés, venant de différents pays et d'industries variées. Il s'agit de permettre à des chercheurs d'imaginer, à partir de ces données agrégées et anonymisées, des solutions innovantes pour la résilience climatique.

Il reste souvent difficile pour l'observateur extérieur de déterminer la mesure dans laquelle la fabrication de l'information environnementale s'opère en commun. Ainsi, jusqu'à quel point l'élaboration des données secondaires s'effectue-t-elle dans un cadre collaboratif ? Les données secondaires sont des « données génériques ou données moyennes provenant de sources publiées, qui sont représentatives des activités de l'entreprise ou de ses produits », autrement dit des approximations permettant de calculer les impacts environnementaux d'une organisation ou d'un produit sans avoir besoin de recourir à un mesurage direct. L'élaboration de telles données répond à l'objectif de rendre la communication au public d'informations environnementales moins difficile et moins coûteuse. En France, la production des données secondaires s'opère pour une large part sur des bases collaboratives. Dans cette perspective, les pouvoirs publics ont mis en place des inventaires nationaux de données secondaires : certaines des données qui abondent ces inventaires sont achetées à des prestataires, d'autres sont co-produites avec les entreprises. Les entreprises ont ce faisant la possibilité de contribuer à l'émergence d'un fonds commun de données prêtes à l'emploi qui leur permettront, entre autres, de s'acquitter de leurs obligations légales à moindres frais. Les pouvoirs publics peuvent eux aussi employer ces données à diverses fins, par exemple pour les aider dans l'élaboration d'incitations fiscales. Cependant, qui a la maîtrise des méthodes de production des informations secondaires ? Les protocoles permettant d'extraire des données individuelles les données secondaires sont-ils exclusivement dans les mains des autorités publiques ? Qui détermine les modalités d'accès à la base et d'utilisation des données ? La difficulté de trancher ces questions témoigne du fait que les conditions de fabrication des informations environnementales restent encore relativement opaques, et avec elles les responsabilités encourues en cas de diffusion d'une information erronée.

---

<sup>1367</sup> Article L. 225-102-1, c. com.

<sup>1368</sup> V. par ex. Commission européenne, Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières), 2017/C 215/01 ; Lignes directrices sur l'information non financière : Supplément relatif aux informations en rapport avec le climat, 2019/C 209/01.

### 3.2.4. Approche téléologique des communs

Rappel : La qualification est adoptée en vue de garantir ou d'étendre l'accès à une ressource, d'optimiser sa gestion, d'organiser sa protection et/ou de démocratiser sa gouvernance, ou en fonction de la réalisation des droits fondamentaux. Le caractère commun de la chose vient *justifier* les atteintes à l'exclusivité et à l'absolutisme de la propriété, privée comme publique, au nom d'un intérêt collectif.

Cette approche est tout aussi applicable. Comme indiqué, les objectifs poursuivis à travers la qualification de bien commun peuvent être variés : garantir ou étendre l'accès à l'information environnementale, favoriser la protection des droits fondamentaux, contribuer à l'amélioration de la protection de l'environnement, favoriser la transparence des processus décisionnels publics ou privés ou la crédibilité des allégations environnementales diffusées dans le public, etc.

## 4. Propositions de réformes

Les développements qui suivent mettent en avant quelques réformes significatives qui permettraient de consolider la cohérence du régime d'accès aux informations relatives à l'environnement tout en reconnaissant qu'à travers elles, c'est un accès aux informations d'intérêt commun qui s'esquisse<sup>1369</sup>.

### 4.1. Imposer la communication des informations environnementales détenues matériellement pour le compte d'autorités publiques par d'autres organismes, mêmes privés

La première réforme proposée consisterait à faire évoluer la loi de façon à ce qu'elle impose la communication des informations environnementales détenues matériellement pour le compte d'autorités publiques par d'autres organismes, mêmes privés.

Cette réforme répond à la nécessité de mettre en adéquation le droit interne avec la directive 2003/4/CE du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement. Il résulte de l'article 3 de la directive que les États membres doivent veiller à ce que :

« les autorités publiques soient tenues [...] de mettre à la disposition de tout demandeur, et sans que celui-ci soit obligé de faire valoir un intérêt, les informations environnementales qu'elles détiennent ou qui sont détenues pour leur compte ».

L'information détenue pour le compte d'une autorité publique est définie comme « toute information environnementale qui est matériellement détenue par une personne physique ou morale pour le compte d'une autorité publique ».

La législation allemande en a tiré comme conséquence que toute information environnementale qu'un tiers – personne morale ou physique –, non débiteur lui-même des obligations de communication, doit tenir à la disposition d'une autorité publique, est réputée détenue par cette

---

<sup>1369</sup> V. *infra*, Annexe 1, n°15 – Propositions de réformes relatives au régime spécial de l'information relative à l'environnement.

autorité publique dès lors que cette dernière dispose juridiquement du pouvoir de contraindre le détenteur des données de les lui transmettre<sup>1370</sup>.

Aucune disposition de cet ordre n'a pour l'heure été consacrée dans le droit français. Certes, l'article L. 124-1 du Code de l'environnement évoque « [l]e droit de toute personne d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues, reçues ou établies par les autorités publiques mentionnées à l'article L. 124-3 ou pour leur compte ». Cependant, le droit d'accéder aux informations détenues pour le compte de personnes publiques n'a aucune effectivité. Aucune disposition spécifique ne lui est consacrée qui viendrait en expliciter les contours. Le risque est donc grand que la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) applique, en matière d'environnement, la même solution qu'en matière d'accès aux documents administratifs. Sur le fondement des dispositions qui organisent l'accès aux documents administratifs, la CADA a considéré que l'on ne pouvait pas assimiler les informations que les entreprises doivent tenir et mettre à disposition de l'Inspection des installations classées, à des informations détenues par l'administration. Pour la CADA, ces informations ne seraient communicables que dès lors que l'administration en prend et en conserve copie<sup>1371</sup>.

Il serait donc opportun de modifier l'article L. 124-3 du Code de l'environnement de façon à clarifier que toute personne qui en fait la demande reçoit communication des informations relatives à l'environnement détenues par « ou pour le compte de » l'État, des collectivités territoriales et leurs groupements, des établissements publics, etc. Le cas échéant, le délai de communication pourrait être allongé lorsqu'il incombe à l'autorité publique saisie de la demande de requérir ensuite les pièces demandées auprès d'une organisation tierce.

#### **4.2. Exclure l'existence de droits de propriété intellectuelle de la liste des motifs de refus de communication d'informations relatives à des émissions de substances dans l'environnement**

Le législateur français a autorisé les autorités publiques à refuser de communiquer des informations relatives à des émissions de substances dans l'environnement au cas où cette communication porterait atteinte à des droits de propriété intellectuelle<sup>1372</sup> (v. *supra*, § 2.2.3.). Ce n'était pas une obligation, mais une option ouverte par le droit international et européen<sup>1373</sup>. En mettant en œuvre cette option, le législateur français a introduit une incohérence notable dans notre système juridique.

---

<sup>1370</sup> V. l'article 2§4 de l'*Umweltinformationsgesetz* du 22 décembre 2004 : « *Eine informationspflichtige Stelle verfügt über Umweltinformationen, wenn diese bei ihr vorhanden sind oder für sie bereitgehalten werden. Ein Bereithalten liegt vor, wenn eine natürliche oder juristische Person, die selbst nicht informationspflichtige Stelle ist, Umweltinformationen für eine informationspflichtige Stelle im Sinne des Absatzes 1 aufbewahrt, auf die diese Stelle einen Übermittlungsanspruch hat.* » À rapprocher : *Encore Coll. Bookstores, Inc. v. Auxiliary Serv. Corp.*, 663 N.E.2d 302 (les informations détenues par une entreprise fournissant des services à une Université publique et conservées pour le compte de cette Université sont a priori destinées à être communiquées au public). Sur cette affaire, v. not. C. D. FEISER, "Protecting the Public's Right to Know: The Debate over Privatization and Access to Government Information Under State Law", *Florida State University Law Review*, 2000, vol. 27, n° 4, article 2, spec. pp. 845-846.

<sup>1371</sup> CADA, Conseil n° 20065147, 8 mars 2007, *Préfet du Rhône*.

<sup>1372</sup> Article L. 124-5, c. envir.

<sup>1373</sup> L'article 4 de la Convention d'Aarhus prévoit qu'« [u]ne demande d'informations sur l'environnement peut être rejetée au cas où la divulgation de ces informations aurait des incidences défavorables sur : (...) e) Les droits de propriété intellectuelle ». Dans cette même veine, la directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement prévoit que : « Les États membres peuvent prévoir qu'une demande d'informations environnementales peut être rejetée lorsque la divulgation des informations porterait atteinte : (...) e) à des droits de propriété intellectuelle (...) ».

En effet, les informations relatives à des émissions de substances dans l'environnement semblent, par leur objet, les plus promptes de se dérober à toute forme d'appropriation, ce qui a d'ailleurs conduit la Convention d'Aarhus à exclure, les concernant, l'opposabilité du secret industriel et commercial. Comment justifier alors que ces informations-là aient été jugées privatisables par l'intermédiaire des droits de propriété intellectuelle, là où l'accès aux autres informations environnementales ou encore aux documents administratifs n'était, quant à lui, pas susceptible d'être refusé pour ce motif ? Ni le régime général d'accès aux documents administratifs<sup>1374</sup> ni le régime général d'accès aux informations relatives à l'environnement<sup>1375</sup> ne prévoient en effet l'invocabilité des droits de propriété intellectuelle pour s'opposer à l'accès à l'information. Certes, l'article L. 311-4 du Code des relations entre le public et l'administration prévoit que les documents administratifs – et par renvoi de l'article L. 41-4 du Code de l'environnement les informations environnementales « de droit commun » – sont « communiqué(e)s ou publié(e)s sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique ». Cependant, les circulaires successives du ministre de l'Environnement ont souligné que cette disposition n'autorisait pas les autorités publiques à rejeter une demande d'accès à une information relative à l'environnement :

« L'information est toujours communiquée sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique. Le respect de ces droits ne doit pas avoir pour effet d'empêcher ou de restreindre la communication des informations, la communication n'est pas soumise à l'accord préalable de l'auteur. En revanche, cette communication ne dispense pas le demandeur du respect, dans l'usage qu'il entend faire des documents obtenus, des droits de propriété intellectuelle qui leur sont attachés. »<sup>1376</sup>

Dans cette même veine, la CADA considérait classiquement que l'article L. 311-4 du Code des relations entre le public et l'administration n'avait ni pour objet, ni pour effet d'empêcher ou de restreindre la communication des documents administratifs. Cette disposition se bornait, selon la CADA, à rappeler aux autorités publiques que les personnes qui accéderaient aux œuvres protégées ne pourraient ensuite les réutiliser que dans le respect des droits de propriété littéraire et artistique<sup>1377</sup>.

---

<sup>1374</sup> Article L. 311-5, CRPA.

<sup>1375</sup> Article L. 124-4, c. envir.

<sup>1376</sup> Circulaire relative à la mise en œuvre des dispositions régissant le droit d'accès à l'information relative à l'environnement, BO du MEDAD n° 22-2007 du 30 novembre 2007. Cette même explication est reprise dans la dernière circulaire du 11 mai 2020 de la ministre de la Transition écologique et solidaire relative à la mise en œuvre des dispositions régissant le droit d'accès à l'information relative à l'environnement.

<sup>1377</sup> V. not. CADA, Conseil 20091473, 30 avr. 2009. La demande d'accès portait sur des « relevés de mesures concernant l'écoulement des eaux souterraines, appelés traçages hydrogéologiques, ainsi que les rapports réalisés à partir de telles données par un cabinet d'études dans le cadre de la constitution d'un dossier de demande d'autorisation de création d'une carrière ». La CADA a constaté que « l'existence de droits de propriété intellectuelle ne saurait faire légalement obstacle à la communication d'informations relatives à l'environnement, sauf, en vertu du II de l'article L. 124-5 du code de l'environnement, lorsqu'il s'agit d'informations relatives à des émissions de substances dans l'environnement. La commission précise que, de manière générale, si la communication des documents administratifs s'opère, en application de l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978 « sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique », cette disposition n'a ni pour objet, ni pour effet d'empêcher ou de restreindre cette communication. Elle se borne, en rappelant les règles posées par le code de la propriété intellectuelle qui autorise l'usage privé d'une œuvre de l'esprit mais réprime l'utilisation collective qui pourrait en être faite, à limiter l'usage ultérieur que le demandeur, après communication, voudrait faire des documents. La commission, qui a pris connaissance des documents que vous lui avez adressés, considère, en l'espèce, que les rapports et mesures sollicités, qui font état de données relatives à un élément de l'environnement, doivent être regardés comme des documents administratifs contenant des informations relatives à l'environnement au sens des dispositions du code de l'environnement, mais non relatives à des émissions de substances. La commission estime par conséquent qu'ils sont intégralement communicables à l'entreprise qui vous les a demandés, ainsi, d'ailleurs, qu'à toute personne qui en ferait la demande en application des dispositions de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978 et des articles L. 124-1 et

La CADA n'a pas manqué d'exploiter l'incohérence juridique à l'œuvre pour neutraliser l'opposabilité des droits de propriété intellectuelle aux demandes d'informations sur des émissions de substances dans l'environnement. Lorsque c'était possible, elle a pris le parti de qualifier de « documents administratifs » des documents contenant des données pouvant s'apparenter à des informations sur des émissions de substances dans l'environnement, de façon à pouvoir en préconiser la communication en dépit de l'existence de droits de propriété intellectuelle<sup>1378</sup>.

Cependant, cette position de la CADA a été fragilisée ces dernières années, notamment des suites de l'arrêt du Conseil d'État du 8 novembre 2017<sup>1379</sup>. Le Conseil d'État y a jugé que l'article L. 311-4 du Code des relations entre le public et l'administration impliquait, « avant de procéder à la communication de supports d'enseignement n'ayant pas déjà fait l'objet d'une divulgation, au sens de l'article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle, de recueillir l'accord de leur auteur ». En l'absence d'accord de l'auteur de l'œuvre, cette dernière ne saurait donc être divulguée dans le cadre du régime d'accès aux documents administratifs<sup>1380</sup>. La CADA met dorénavant en application cette jurisprudence, tout en affirmant en retenir une interprétation restrictive<sup>1381</sup>. Quoi qu'il en soit, les droits de propriété littéraire et artistique sont à présent de nature à entraver non seulement la réutilisation de l'œuvre, mais aussi le simple accès à cette œuvre. L'accès aux documents administratifs et, par extension, aux informations environnementales, devient donc plus difficile.

Il n'en demeure pas moins que les droits de propriété *industrielle* restent, eux, sans incidence sur la communicabilité des documents administratifs et des informations environnementales de droit commun. Il serait donc *a minima* nécessaire de mettre le régime des informations sur les émissions de substance dans l'environnement en adéquation avec celui de l'accès aux documents administratifs et des autres informations environnementales. Pour ce faire, il conviendrait simplement de supprimer toute référence aux droits de propriété intellectuelle à l'article L. 124-5 du Code de l'environnement. En effet, rien ne justifie que ces informations-là soient les seules informations relatives à l'environnement dont l'accès puisse être refusé en raison de l'atteinte portée à des droits de propriété industrielle. Les données sur les émissions de substance seraient alors soumises au « droit commun » de l'article L. 311-4 du Code des relations entre le public et l'administration<sup>1382</sup>.

### **4.3. Préciser, par voie de circulaire ministérielle, les circonstances dans lesquelles la demande d'information pourrait être refusée**

Le Gouvernement et la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) ont déjà réalisé un travail important de vulgarisation du régime d'accessibilité et de diffusion des informations relatives à l'environnement. Des rapports de la CADA et des circulaires

---

suivants du code de l'environnement, sans qu'il y ait lieu de tenir compte des intentions réelles ou supposées du demandeur. »

<sup>1378</sup> CADA, Conseil 20091473, 30 avr. 2009 (demande d'accès sur des « relevés de mesures concernant l'écoulement des eaux souterraines, appelés traçages hydrogéologiques, ainsi que les rapports réalisés à partir de telles données par un cabinet d'études dans le cadre de la constitution d'un dossier de demande d'autorisation de création d'une carrière » ; CADA, Conseil 20120120, 12 janv. 2012 (examen de la communicabilité d'un rapport d'analyse de poussières inhalables d'amiante réalisé par Pôle Air concernant un préfabriqué d'une école publique).

<sup>1379</sup> CE (10<sup>e</sup> – 9<sup>e</sup> ch.), 8 nov. 2017, n° 375704, Publié au recueil Lebon.

<sup>1380</sup> Sur l'essor de la maîtrise, par l'auteur, de l'accès à son œuvre et le conflit qui en résulte avec les revendications à l'accès, v. not. A. STROWEL, « Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents », *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, 1999, vol. 12, n° 1.

<sup>1381</sup> CADA, [Rapport d'activité 2018](#), p. 22 et s.

<sup>1382</sup> V. *infra*, § 4.3.1.1. sur les conséquences à tirer de la protection par un droit de propriété littéraire et artistique.

ministérielles fournissent déjà une aide essentielle à la fois aux responsables de l'accès et aux personnes qui sollicitent la confidentialité des données qu'elles transmettent à l'administration. En dépit de l'importance du travail déjà accompli, celui-ci reste à approfondir. De nouvelles circulaires ministérielles devraient être adoptées en vue notamment de préciser l'interprétation de certains motifs de refus, de façon à pouvoir en garantir une interprétation stricte, seule à même d'assurer l'effectivité du droit d'accès. En effet, il résulte de la Convention d'Aarhus que les motifs de refus d'une demande d'accès à une information relative à l'environnement devraient être interprétés de manière restrictive<sup>1383</sup>.

#### 4.3.1. Des directives d'interprétation de certains motifs de refus

Une circulaire serait nécessaire afin de préciser le sens et la portée de certains motifs de refus de communiquer une information environnementale (et plus largement d'ailleurs tout type d'information en principe accessible). Une telle circulaire viendrait opportunément spécifier les conséquences à tirer de l'existence d'un droit de propriété intellectuelle, ou en tout cas d'un droit de propriété littéraire et artistique. De même, une circulaire devrait identifier les informations susceptibles d'être qualifiées de secret des affaires.

##### 4.3.1.1. Les conséquences à tirer de l'existence d'un droit de propriété littéraire et artistique

Le droit français (y compris le droit souple) reste extrêmement embryonnaire en ce qui concerne les conséquences à tirer de l'existence d'un droit de propriété littéraire et artistique. Les dispositions de l'article L. 124-5 du Code de l'environnement, par exemple, donnent l'impression que la question de l'accès se résout dans une alternative binaire entre l'autorisation et le refus d'accès, alors qu'en fonction de la nature des droits de propriété intellectuelle mis en cause, il s'agira davantage de *moduler les modalités d'accès* (par exemple : autoriser seulement la consultation sur place et/ou la délivrance d'une copie papier). Quant à l'article L. 311-4 du Code des relations entre le public et l'administration, il ne fournit aucune indication sur ce que signifie une communication « sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique ». Le risque est donc grand que les autorités publiques françaises se méprennent sur les conséquences à tirer du fait qu'un document serait couvert par un droit de propriété intellectuelle. D'autant plus que la CADA n'a pas suppléé au manque de précision légale : bien souvent, elle se borne à indiquer à l'autorité publique qui l'a saisi qu'un document est communicable sous réserve des droits de propriété intellectuelle, sans préciser plus avant les effets de cette réserve<sup>1384</sup>. En pratique, les autorités publiques ne savent donc généralement pas dans quelle mesure l'existence de droits de propriété intellectuelle est de nature à limiter l'accès aux informations relatives aux émissions de substance qu'elles détiennent (ni même parfois si un document est effectivement protégeable). Elles ont besoin d'orientations plus précises sur le sort à réserver aux demandes d'accès selon la nature des droits de propriété intellectuelle mis en cause et selon le support et le contenu des informations revendiquées.

La comparaison avec le droit belge est très éclairante sur ce point. Le législateur belge s'est en effet efforcé de déterminer les modalités d'articulation entre droits à l'information du public et droits de propriété intellectuelle avec davantage de précision que ne l'a fait le droit français. L'article 10 de la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes dispose ainsi que :

---

<sup>1383</sup> Art. 4.4. de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement: « Les motifs de rejet susmentionnés devront être interprétés de manière restrictive compte tenu de l'intérêt que la divulgation des informations demandées présenterait pour le public et selon que ces informations ont trait ou non aux émissions dans l'environnement. »

<sup>1384</sup> Ex : CADA, Avis 20163385, 15 oct. 2016.

« Lorsque la demande de publicité porte sur un document administratif d'une autorité administrative provinciale ou communale incluant une œuvre protégée par le droit d'auteur, l'autorisation de l'auteur ou de la personne à laquelle les droits de celui-ci ont été transmis n'est pas requise pour autoriser la consultation sur place du document ou pour fournir des explications à son propos.

Une communication sous forme de copie d'une œuvre protégée par le droit d'auteur n'est permise que moyennant l'autorisation préalable de l'auteur ou de la personne à laquelle les droits de celui-ci ont été transmis.

Dans tous les cas, l'autorité spécifie que l'œuvre est protégée par le droit d'auteur. »

Dans cette même veine, et bien que « le texte du Code de l'environnement n'en di[se] rien, la CRAIE [Commission de recours pour le droit d'accès à l'information en matière d'environnement] précise, en se fondant sur l'article 30 de la loi du 5 août 2006, que seule la délivrance de copies des documents protégés par des droits de propriété intellectuelle nécessite en principe l'accord de leur auteur, ces documents étant par ailleurs consultables en toute hypothèse sur place. »<sup>1385</sup>

À la lumière du droit belge, il semble ainsi que le fait de subordonner systématiquement l'accès aux informations contenues dans une œuvre de l'esprit à l'accord de l'auteur, comme l'exige le Conseil d'État français depuis 2017, aille au-delà de ce qui est rigoureusement nécessaire pour préserver l'intégrité du droit d'auteur. En effet, comme l'écrit Séverine Dusollier, le droit d'auteur ne confère pas, en principe, à son titulaire le pouvoir de s'opposer au seul accès individuel à l'œuvre :

« L'accès à l'œuvre, sa consultation et son utilisation ne nécessitent pas en tant que tels une autorisation de l'ayant-droit. A priori, il ne s'agit pas d'actes couverts par le droit d'auteur. Aucun droit d'interdire l'accès à une œuvre n'est accordé à son auteur, droit qui l'autoriserait non seulement à contrôler le premier accès à son œuvre, mais également chaque accès répété de l'utilisateur. Un tel droit d'accès habiliterait l'auteur d'une part à contrôler la jouissance matérielle ou l'acquisition du support matériel de l'œuvre ; d'autre part, à décider de l'étendue de son usage intellectuel. Dans cette hypothèse, l'auteur devrait consentir à l'achat de son livre et pourrait également déterminer le nombre de chapitres que l'acheteur serait autorisé à lire ainsi que le nombre de relectures qu'il pourrait envisager. Bien entendu, aucun droit de l'auteur ne l'investit d'un tel pouvoir. Toutefois, et ce sera le sujet principal de ce qui suit, la question du "droit d'accès" se pose de plus en plus en d'autres termes : n'existe-t-il pas, en droit positif un pouvoir potentiel des auteurs d'assurer un tel contrôle sur l'accès et l'utilisation de leurs œuvres ? La technique et les contrats ne permettent-ils pas à l'auteur d'exercer de fait un tel pouvoir ? Et si ce pouvoir n'existe qu'en fait, le droit ne vient-il pas légitimer voire normaliser ce contrôle ? »<sup>1386</sup>

Pour cette même raison, Alain Strowel a critiqué les dispositions de droit belge précitées en ce qu'elles donnent l'impression qu'elles instituent une exception à la nécessité de rechercher l'accord de l'auteur :

---

<sup>1385</sup> M. DELNOY et R. SMAL, « La publicité de l'administration en matière environnementale », in V. MICHIELS (dir.), *La Publicité de l'administration vingt ans après : bilan et perspectives*, Bruylant, 2015, p. 298.

<sup>1386</sup> S. DUSOLLIER, « Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès aux œuvres en droit européen », *Cahier du CRID* n° 18, 2000, p. 25.



« La loi semble faire comme si elle accordait par l'effet de l'article 10, alinéa 1er une dispense d'autorisation pour consultation, ce qui laisse présupposer que les droits de l'auteur permettraient d'interdire la simple consultation. Or, il n'en est rien. Du moins aussi longtemps que l'on a affaire à des documents ou informations sur support papier, ou, plus généralement sous forme analogique. En effet, faut-il rappeler que le droit d'auteur ne confère à son titulaire que le droit d'interdire (ou d'autoriser sous les conditions qu'il détermine) deux types d'actes permettant de mettre à la disposition du public une œuvre protégée : les actes de reproduction (au sens large 21 : voir en Belgique l'article 1er, §1er, al. 1er à 3 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins ; ci-après LDA), entendue comme mise à la disposition du public d'œuvres sous forme de copies sur support, ainsi que les actes de communication au public, entendue comme le fait de rendre l'œuvre accessible sans support durable (exécution sur scène, radiodiffusion, transmission par câble, etc.). Contrairement à ce que l'on a coutume de croire, le droit d'auteur ne confère en revanche pas de droit d'interdire tout usage de l'œuvre : seuls les usages qui nécessitent soit une reproduction, soit une communication au public tombent dans le champ du monopole de l'auteur. S'agissant des œuvres fixées sur un support analogique comme le papier, il est possible d'en prendre connaissance sans devoir faire de reproduction (ou de communication au public au sens du droit d'auteur), il suffit de lire le texte, de déchiffrer les notes de musique, d'examiner le plan d'architecture, etc. Par contre, l'accès à une œuvre numérisée, autrement dit traduite dans le langage binaire de l'informatique, nécessite la plupart du temps qu'il y ait une forme de reproduction, ne fût-ce que transitoire : ainsi, l'utilisation d'un logiciel nécessite la reproduction temporaire sur la mémoire-vive (RAM) de l'ordinateur (une telle reproduction a lieu lorsque l'ordinateur, au début d'une session de travail, « charge » le programme). Le titulaire du droit d'auteur sur un programme d'ordinateur peut, sur pied de son droit de reproduction, qui s'étend à la reproduction temporaire, interdire l'accès au programme ou la consultation du logiciel. »<sup>1387</sup>

En somme, les prérogatives des titulaires de droits de propriété intellectuelle varient en fonction de la nature du droit dont ils disposent et du support de la chose protégée. Autant l'accès à une œuvre fixée sur un support numérique pourrait requérir l'approbation préalable de l'auteur, autant le seul accès à une œuvre fixée sur support papier ne saurait être subordonné à l'accord de l'auteur.

Il serait donc pertinent qu'une circulaire ministérielle précise :

- les conditions auxquelles une information ou un document est effectivement protégé par un droit de propriété intellectuelle, notamment par un droit d'auteur ou le droit *sui generis* sur les bases de données ;
- les implications concrètes d'une telle protection en termes de diffusion et de communicabilité du document ;
- les conditions dans lesquelles l'accès à l'information ou sa diffusion peut intervenir sans qu'il soit porté atteinte au droit de propriété intellectuelle.

#### 4.3.1.2. L'identification des informations protégées par le secret des affaires

L'articulation entre droit d'accès à l'information relative à l'environnement et secret des affaires est difficile. Le rapport d'exécution de la Convention d'Aarhus en France pour 2017 cite d'ailleurs l'articulation entre secret des affaires et droit à l'information parmi les principaux obstacles à

---

<sup>1387</sup> A. STROWEL, « Droit d'auteur et accès à l'information ... », *op. cit.*

l'application de l'article 4 de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information<sup>1388</sup>.

Il résulte de la Convention d'Aarhus que les catégories d'informations protégées par le secret industriel et commercial devraient être expressément prévues<sup>1389</sup> et que ce secret ne devrait pouvoir justifier le rejet d'une demande d'information que s'il « défend[ait] un intérêt économique légitime »<sup>1390</sup>.

Pour l'heure, le droit français est toutefois en retrait par rapport à ces exigences<sup>1391</sup>, ce qui s'avère d'autant plus problématique que l'article L. 151-1 du Code de commerce, issu de la loi du 30 juillet 2018, retient une définition extensive de la notion de secret des affaires. Toute information, quel qu'en soit l'objet, peut être qualifiée de « secret des affaires » dès lors que des tiers sont susceptibles de lui attribuer une valeur économique du fait que le possesseur de l'information a pris des mesures pour en organiser la confidentialité. Le risque existe donc que cette définition favorise la confidentialité d'informations qui, loin d'être des données industrielles et commerciales indispensables à l'exercice d'une saine concurrence entre opérateurs, révéleraient les impacts sociaux et environnementaux néfastes des activités économiques.

Pour l'heure, la CADA a pris le parti de considérer que la nouvelle définition du Code de commerce n'affectait pas outre mesure sa conception classique du secret industriel et commercial<sup>1392</sup>. Certes, la notion de « secret industriel et commercial » qui figurait, à l'article L. 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration, parmi les motifs de refus d'accès aux documents administratifs (et par renvoi aux informations environnementales), a été remplacée par celle de « secret des affaires ». Cependant, la notion de « secret des affaires », au sens de l'article L. 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration, conserverait une relative autonomie par rapport à la définition commercialiste. Par conséquent, demeurerait d'actualité l'interprétation de la CADA suivant laquelle :

« trois types de mentions sont couvertes par le secret en matière commerciale et industrielle :

- les mentions protégées par le secret des procédés : il s'agit des informations qui permettent de connaître le savoir-faire, les techniques de fabrication telles que la description des matériels ou logiciels utilisés et du personnel employé ou le contenu des activités de recherche-développement des entreprises, dans la mesure où ces informations traduisent un savoir-faire propre qui pourrait être reproduit dans un autre marché. Cette

---

<sup>1388</sup> Disponible ici : [https://www.unece.org/ro/env/pp/reports\\_trc\\_implementation\\_2017.html](https://www.unece.org/ro/env/pp/reports_trc_implementation_2017.html).

<sup>1389</sup> Le Guide d'interprétation de la Convention d'Aarhus de 2014 observe, à propos du refus de communiquer l'information fondé sur le secret commercial et industriel, que : a) « le droit interne doit expressément protéger le caractère confidentiel de cette information. En d'autres termes, il doit protéger explicitement la catégorie d'informations en question en la qualifiant de secret commercial ou industriel ».

<sup>1390</sup> Art. 4 de la Convention d'Aarhus, repris à l'article 4 de la directive 2003/4/CE. En ce sens, v. par ex. H. P. GRAVER, « Business enterprises and the environmental information act in Norway », *Frontiers of law in China*, 2017, vol. 12, n° 1, p. 3 (« Under the Convention, national law may protect the confidentiality of commercial and industrial information in order to protect a legitimate economic interest. Not all types of information that might harm the enterprise if revealed can be regarded as commercial secrets. The legitimate interest of the enterprise to keep the information secret has to be taken into account. For this reason, information about defamatory matters that might lead to disinvestments by investors following a policy of socially responsible investment (SRI) or to consumer boycotts, are not included. The enterprise has no legitimate interest in keeping secret, for example, the fact that they are trading with business partners who are acting irresponsibly, or that they have neglected to perform due diligence in such matters. Rats in the kitchen are not a commercial secret that can be protected by a well-reputed restaurant, even if it would lead to bankruptcy should the acts be revealed. »)

<sup>1391</sup> En ce sens, v. égal. H. DELZANGLES, M. FLEURY et L. MONNIER, « Droit à l'information environnementale vs. Secret industriel et commercial : une conciliation à l'épreuve en droit nucléaire », *RJE*, 2018/4, vol. 43, p. 675.

<sup>1392</sup> CADA, Rapport d'activité pour 2018, p. 19 et s. V. à ce sujet A.-S. EPSTEIN, « La compatibilité du droit d'accès aux informations environnementales de source privée avec la protection du secret des affaires : prélude à la consécration d'un droit d'accès aux données d'intérêt général de source privée », *RJE* 2020 (à paraître).

exception au droit à communication peut couvrir, le cas échéant, les modalités de prise en compte des contraintes environnementales autres que celles qui sont relatives à des émissions dans l'environnement, sous réserve toutefois d'avoir apprécié l'intérêt d'une éventuelle communication, conformément à l'article L.124-4 du Code de l'environnement, ainsi que les informations relatives au dimensionnement ou au choix des technologies ;

- les mentions protégées par le secret des informations économiques et financières : entrent dans cette catégorie les informations qui ont trait à la situation économique d'une entreprise, à sa santé financière ou à l'état de son crédit, comme, par exemple, son chiffre d'affaires, ses documents comptables, ses effectifs et, généralement, toutes les informations de nature à révéler son niveau d'activité ;

- les mentions protégées par le secret des stratégies commerciales : sont ici visées des informations sur les prix et les pratiques commerciales telles que la liste des fournisseurs ou le montant des remises consenties. Sont également protégées les mentions qui ont trait à l'exposé de la stratégie technique et financière de la société, aux investissements matériels et au nombre de personnes employées ou affectées à chaque tâche ou au plan de financement ou à l'actionnariat. »<sup>1393</sup>

Des arguments de texte soutiennent l'affirmation de l'autonomie de la définition du secret des affaires au sens de l'article L. 311-6 par rapport à la définition qu'en donne l'article L. 151-1 du Code de commerce.

Tout d'abord, la nouvelle définition commercialiste du secret des affaires est issue de la transposition de la directive 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. Or l'article 1<sup>er</sup> de la directive énonce que :

« La présente directive ne porte pas atteinte à : (...) l'application de règles de l'Union ou de règles nationales obligeant ou autorisant les institutions et organes de l'Union ou les autorités publiques nationales à divulguer des informations communiquées par des entreprises que ces institutions, organes ou autorités détiennent en vertu des obligations et prérogatives établies par le droit de l'Union ou le droit national et conformément à celles-ci ».

Le nouvel article L. 151-7 du Code de commerce ne retranscrit pas clairement cette considération lorsqu'il affirme que :

« Le secret des affaires n'est pas opposable lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation du secret est requise ou autorisée par le droit de l'Union européenne, les traités ou accords internationaux en vigueur ou le droit national, notamment dans l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction des autorités juridictionnelles ou administratives. »

Cependant, ce texte doit être interprété à la lumière de la directive dont il est issu, et cette dernière exclut formellement tout impact sur le droit d'accès aux informations environnementales détenues par les autorités publiques. Par ailleurs, même après la réforme de l'article L. 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration issue de la loi du 30 juillet 2018 (qui a substitué l'expression « secret des affaires » à celle de « secret industriel et commercial »), cet article continue de doter le secret des affaires d'un contenu substantiel en disposant que :

---

<sup>1393</sup> CADA, Avis n° 20164715, 1<sup>er</sup> déc. 2016.

« Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs : 1° Dont la communication porterait atteinte [...] au secret des affaires, lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles et est apprécié en tenant compte, le cas échéant, du fait que la mission de service public de l'administration mentionnée au premier alinéa de l'article L. 300-2 est soumise à la concurrence ».

De la sorte, la notion de secret des affaires au sens de ce texte est ciblée sur le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles, là où la définition commercialiste met en exergue non pas le contenu de l'information, mais son contexte (valeur sur le marché et mesures de confidentialité prises par le titulaire de l'information).

La manière dont la CADA formule son interprétation de l'articulation entre Code de commerce et Code des relations entre le public et l'administration illustre cependant qu'elle doute que l'autonomie de la notion de secret des affaires au sens de l'article L. 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration puisse être absolue. Par exemple, elle note prendre dorénavant en compte les mesures prises par le titulaire de l'information pour en garantir la confidentialité lorsqu'il lui appartient de se prononcer sur le fondement de l'article L. 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration<sup>1394</sup>. Une circulaire ministérielle serait dès lors utile pour préciser que la loi relative à la protection du secret des affaires demeure sans incidence sur la portée du droit d'accès aux documents administratifs et sur les régimes assimilés de publicité légale.

Cette circulaire devrait par la même occasion dresser la liste des catégories d'informations qui peuvent prétendre à la qualification de secret des affaires au sens de l'article L. 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration. Le champ des données susceptibles d'être qualifiées de secret des affaires au sens de l'article L. 311-6 devrait être plus restreint que le périmètre des données susceptibles d'être ainsi qualifiées au sens de l'article L. 151-1 du Code de commerce. Des réglementations sectorielles incluent couramment des listes d'informations présumées confidentielles<sup>1395</sup> ou au contraire interdites de confidentialité<sup>1396</sup>. Comme indiqué, la CADA a elle-même déjà dressé une liste non exhaustive des données concernées et son site Internet donne des exemples d'informations protégées<sup>1397</sup>. Cependant, cette liste pourrait éventuellement être modifiée à la lumière de l'obligation internationale de donner une portée restrictive aux causes de refus. Florence Jamay a ainsi plaidé pour que le secret des affaires, au sens de l'article L. 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration soit « limité aux secrets de fabrication pour éviter qu'il ne permette de dissimuler des conséquences négatives ou potentiellement négatives

---

<sup>1394</sup> CADA, Rapport d'activité pour 2018, not. p. 21.

<sup>1395</sup> V. par ex. l'art. 63 du Règlement n° 1107/2009 du 21/10/09 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques.

<sup>1396</sup> V. par ex. l'article L. 535-3 du code de l'environnement qui interdit à l'autorité administrative de communiquer à des tiers certaines des informations qui lui ont été communiquées par le demandeur d'une autorisation de disséminer ou de mettre sur le marché des organismes génétiquement modifiés. En vertu de ce texte, le demandeur d'autorisation peut demander à l'administration de préserver la confidentialité des informations qu'il aura identifiées comme de nature à « nuire à sa position concurrentielle ». Cependant, « [n]e peuvent être considérées comme confidentielles les informations suivantes transmises à l'appui de la demande d'autorisation ou du renouvellement de l'autorisation et portant sur : a) La description générale du ou des organismes génétiquement modifiés ; b) Le nom et l'adresse du demandeur ; c) Le but de la dissémination et le lieu où elle sera pratiquée ainsi que les utilisations prévues ; d) Les méthodes et les plans de surveillance du ou des organismes génétiquement modifiés et d'intervention en cas d'urgence (...) ; e) L'évaluation des risques pour l'environnement et la santé publique (...) ». Ce texte présente l'avantage de lever tout doute sur la possibilité d'invoquer la confidentialité sur des données d'intérêt général.

<sup>1397</sup> Site Internet de la CADA, « [Les documents couverts par le secret en matière commerciale et industrielle](#) ».

pour la santé ou l'environnement connues de l'entreprise et des pouvoirs publics »<sup>1398</sup>. Quel que soit le contenu de la liste, à supposer qu'elle revête un caractère non exhaustif, elle pourrait être opportunément assortie d'une liste complémentaire des informations qui seraient insusceptibles d'être protégées au titre du secret des affaires.

#### 4.3.1.3. Des directives d'interprétation de la méthode de mise en balance entre l'intérêt public de la communication et l'intérêt protégé par la confidentialité

En matière d'information environnementale, la difficulté auxquels les responsables de l'accès font face tient non seulement à la nécessité d'interpréter des causes de refus que la législation exprime dans des termes très généraux, mais aussi à l'obligation de mettre en balance les intérêts respectivement servis par la communication de l'information et par son refus. En vertu du droit international et européen, dans chaque cas particulier, les motifs de refus doivent être interprétés restrictivement<sup>1399</sup>. En outre, la directive 2003/4/CE du 28 janvier 2003 affirme que « [d]ans chaque cas particulier, l'intérêt public servi par la divulgation est mis en balance avec l'intérêt servi par le refus de divulguer. »<sup>1400</sup> Le droit interne n'a pas transposé cette exigence dans toute sa rigueur, puisque l'article L. 124-4 du Code de l'environnement se borne à disposer qu'« [a]près avoir apprécié l'intérêt d'une communication, l'autorité publique peut rejeter la demande d'une information relative à l'environnement dont la consultation ou la communication porte atteinte » aux différents motifs de refus. Même si cette rédaction est plus floue que celle de la directive, il n'en demeure pas moins que les informations environnementales peuvent être communiquées quand bien même leur communication porterait atteinte à une cause de refus. Pour mémoire, il s'agit d'une spécificité de l'accès aux informations relatives à l'environnement, comparativement au régime d'accès aux documents administratifs (v. *supra*, § 2.2.1.).

Il semble qu'en pratique, les autorités publiques françaises soient mal à l'aise avec cette exigence de mise en balance, et qu'elles aient plutôt tendance à refuser systématiquement la communication des informations environnementales sollicitées dès lors qu'une cause de refus est présente, et notamment dès lors que le secret des affaires est invoqué<sup>1401</sup>. Il est difficile de mesurer la réalité de ce phénomène. En revanche, il est évident que les informations disponibles pour éclairer les autorités publiques nationales sur la mise en œuvre du droit à l'information environnementale (avis et rapports de la CADA, circulaires ministérielles, etc.) sont extrêmement pauvres en informations sur la manière de répondre en pratique à l'obligation légale de mise en balance. Par contraste, nombre d'États étrangers ont adopté des guides d'application qui explicitent que les causes de refus ne sont pas systématiquement opposables aux demandeurs et qui précisent les conditions auxquelles il peut être décidé de communiquer la donnée malgré l'atteinte portée ainsi à l'un ou l'autre des intérêts légitimes protégés. Ce genre de dispositions est conforme à la Convention d'Aarhus et à la directive 2003/4/UE : certes, la balance des intérêts doit être effectuée au cas par cas, mais les autorités publiques peuvent déterminer par une disposition à caractère général des critères permettant de faciliter cette appréciation comparée des intérêts en présence<sup>1402</sup>. D'ailleurs, le Guide pour l'application du Protocole de la Commission

---

<sup>1398</sup> F. JAMAY, « Principe de participation : droit à l'information », *JCL Environnement et développement durable*, 2016, n° 350.

<sup>1399</sup> Convention d'Aarhus, art. 4.4 ; Directive 2003/4/CE, art. 4.2.

<sup>1400</sup> Directive 2003/4/CE, art. 4.2.

<sup>1401</sup> Dans son rapport d'activité pour 2018, la CADA observe un surcroît de saisines sur l'articulation entre demande d'accès à des informations environnementales et sanitaires d'un côté et secret des affaires de l'autre. Dans cette même veine, le rapport d'exécution de la Convention d'Aarhus en France pour 2017 cite l'articulation entre secret des affaires et droit à l'information parmi les obstacles à l'application de l'article 4 de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information.

<sup>1402</sup> CJUE (4<sup>e</sup>ch.), 16 déc. 2010, aff. C-266/09, Stichting Natuur en Milieu et a. c/ College voor de toelating van gewasbeschermingsmiddelen en biociden, Rec. CJUE, p. 13119.

économique pour l'Europe des Nations unies (CEE-ONU) sur les Registres des Rejets et Transferts de Polluants (2008)<sup>1403</sup> recommande aux États :

« D'élaborer des directives sur la façon d'appliquer les exceptions à la règle de la divulgation. Ces directives pourraient indiquer les cas dans lesquels chaque motif pourrait être invoqué; la façon de concilier l'intérêt de la divulgation pour le public (en l'occurrence en rendant l'information publiquement disponible sur le site Web RRTP) et l'intérêt privé consistant à préserver la confidentialité de l'information; le type d'information qui pourrait être maintenu confidentiel, par exemple seulement le nom chimique ou seulement le nom et l'adresse de l'entreprise; et la façon de présenter les motifs de préservation de la confidentialité de l'information. Il n'est cependant pas possible, même avec l'aide de directives, d'appliquer automatiquement les exceptions. Dans tous les cas, il convient d'analyser chacune des requêtes en tenant compte du fait que les exceptions doivent être appliquées de manière restrictive. »

Dans cet esprit, des pays tels que le Royaume-Uni ou les États-Unis ont élaboré des guides visant à faciliter l'appréciation de l'intérêt de la communication<sup>1404</sup>. À notre connaissance, tel n'est pas le cas en France. Il serait utile de remédier à cette lacune.

#### **4.4. Reconnaître l'existence du droit à l'information environnementale détenue par les personnes morales de droit privé**

Les textes modernes sur l'accès à l'information environnementale accordent une place croissante aux informations détenues par les entités privées. Ainsi, l'article 6 de l'Accord d'Escazú prescrit à chaque Partie d'adopter « les mesures nécessaires, à travers des cadres légaux et administratifs, entre autres, pour promouvoir l'accès à l'information environnementale se trouvant entre les mains d'entités privées, en particulier relatives à leurs opérations et aux possibles risques et effets sur la santé humaine et l'environnement »<sup>1405</sup>. Dans cette même veine, le Gouvernement français devrait soutenir la création d'un droit d'accès aux informations environnementales détenues par les personnes privées auprès des parties à la Convention d'Aarhus et des autres États membres de l'Union européenne. Sans attendre une éventuelle révision du droit supranational sur ce point, la France pourrait officialiser le rôle des acteurs privés dans la mise en œuvre du droit à l'information environnementale du public. Compte tenu de l'état actuel de notre législation, la réforme principale consisterait à étendre le droit d'accès direct à l'information environnementale détenue par les entreprises privées tel qu'il existe pour l'instant dans certains secteurs (par exemple dans le domaine du nucléaire : v. *supra*, § 1.5.). Les justifications d'une telle réforme ne manquent pas (4.4.1.), tandis que les obstacles prétendus sont fragiles (4.4.2.).

---

<sup>1403</sup> [Guide pour l'application du Protocole sur les Registres des Rejets et Transferts de Polluants Nations Unies New York et Genève, 2008 à la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement](#), 2008.

<sup>1404</sup> V. notamment M. COOK, [Balancing the Public Interest: Applying the public interest test to exemptions in the UK Freedom Act 2000](#), The Constitution Unit, 2003 ; M. CARTER et A. BOURIS, [Freedom of information : Balancing the Public Interest](#), 2<sup>e</sup> éd., 2006. Certains ministères ont adopté des circulaires spécifiques afin d'éclairer leurs administrations. Ainsi, le Ministère de la Défense britannique a détaillé, dans une note dédiée, les modalités de mise en balance entre l'intérêt public de la communication et l'intérêt servi par la confidentialité (UK MINISTRY OF DEFENCE, [The Public Interest Test Access to Information Guidance Note](#), Version 6, juin 2009).

<sup>1405</sup> V. déjà la recommandation générale sur l'information environnementale de l'OCDE qui, dès 1998, avait recommandé aux États « d'inciter les entreprises à faire rapport de manière efficace et périodique en fournissant des informations appropriées et à jour relatives aux répercussions de leurs activités sur l'environnement [...] ainsi que des informations sur les progrès et réalisations des entreprises en matière d'environnement » (OCDE, *Recomm. du Conseil sur l'information environnementale*, 3 avr. 1998, C(98)67/FINAL).

## 4.4.1. Les justifications de la réforme

### 4.4.1.1. La privatisation des services publics

Un argument fréquemment avancé au soutien de la « privatisation » du droit de savoir consiste dans la privatisation préalable d'un certain nombre de missions traditionnellement dévolues aux pouvoirs publics. La privatisation conduit en effet à priver – au moins partiellement – le public de son droit de regard sur les activités conduites et sur leurs impacts sur la collectivité<sup>1406</sup>. Pour nombre de commentateurs, la privatisation des missions originellement publiques devrait donc avoir pour corollaire la consécration, à la charge des entités privées, d'obligations de transparence équivalentes à celles qui sont classiquement instituées à la charge des acteurs publics<sup>1407</sup>. Quoique relativement fréquente, cette justification présente des limites<sup>1408</sup>. D'une part il est très difficile de s'accorder sur des activités qui seraient en quelque sorte publiques par nature et dont la conduite seule justifierait le droit de savoir du public<sup>1409</sup>. D'autre part, la consécration d'un droit d'accès du public à l'information détenue par les personnes privées se voyant transférer des missions classiquement prises en charge par les pouvoirs publics n'est pas la seule manière d'astreindre ces opérateurs à une certaine transparence : des clauses de transparence peuvent être stipulées dans le contrat passé entre l'autorité publique et l'acteur privé considéré<sup>1410</sup>.

### 4.4.1.2. Le pouvoir des grandes entreprises

---

<sup>1406</sup> En droit français, le droit d'accès du public s'exerce en effet à l'égard non pas de toutes les informations produites ou détenues par une personne privée chargée d'une mission de service public, mais seulement à l'égard des données de celles qui sont chargées d'une mission de service public « en rapport avec l'environnement » et qui « concernent l'exercice de cette mission » (C. envir., art. L. 124-3).

<sup>1407</sup> V. par exemple Craig D. FEISER, "Privatization and the Freedom of Information Act: An Analysis of Public Access to Private Entities under Federal Law", *op. cit.* ; J. ZULUAGA MADRI, "Access to Environmental Information from Private Entities: A Rights-Based Approach", *op. cit.* ("The legal imposition of transparency and reporting obligations to private entities can be justified through several arguments. A first argument would be the increasing privatization of functions and services that used to be provided by the State, such as the exploitation of natural resources, the construction of public infrastructure and the supply of public utilities. The transfer of these services to private entities takes what has traditionally been public information away from public scrutiny, which goes against the principles of open society and administrative good practice.")

<sup>1408</sup> Sur lesquelles, v. not. J. EBBESSON, "Public participation and privatization in environmental matters: an assessment of the Aarhus convention", *Erasmus Law Review*, 2011, Vol. 4, n° 2; R. PELED, "Occupy Information: The Case for Freedom of Corporate Information", *op. cit.*

<sup>1409</sup> En ce sens, v. égal. I. NGUYÈN-DUY, "The Norwegian Freedom of Information Act: A not so Transparent Act?", *Revue internationale des Gouvernements ouverts*, 2015, vol. 2 ("Under FOIA, it is not always easy to define the term "public sector" for purposes of determining to whom the act applies. Indeed, it is not always easy to distinguish between the public and the private sector. Today, there are many services that are provided by private entities that used to be provided by state and local governments (for example kindergartens, health and care services, and education). (...) The expert committee in charge of the new FOIA took the position that FOIA's scope should be broadened and should extend to "all legal entities that provide services within specific areas, regardless of organizational form and who owns the businesses", but its advice was not followed.")

<sup>1410</sup> S. SHIK LAMDAN, "Sunshine for Sale: Environmental Contractors and the Freedom of Information Act", *Vt. J. Envtl. L.* 2014, vol. 15, p. 1 (2014) (« Contract clauses are an efficient, fast, and comfortable mechanism through which the government can engage its contractors and compel them to be environmentally transparent. ») En pratique, on constate un certain sous-développement de ce type de clause. Par exemple, en Finlande, une étude de 2015 a montré que seulement 31% des contrats passés par le Gouvernement contenaient des clauses de transparence (House of Commons, Public Administration and Constitutional Affairs Committee, After Carillion: Public sector outsourcing and contracting, Seventh Report of Session 2017–19: "The NAO estimated in 2015 that only 31 per cent of government contracts had open book clauses allowing the Government access to the provider's information about a service. In some cases, the Government relied on contractor information about performance without any verification.")

Il a également été soutenu que ce serait le pouvoir de certaines entreprises privées géantes qui justifierait qu'à l'instar des États, elles soient astreintes à des obligations de reddition de compte sur l'usage qu'elles font des ressources que la collectivité met à leur disposition<sup>1411</sup>. Même si cet argument a du poids, il reste assez abstrait. D'un point de vue plus pragmatique, on peut dire que le pouvoir économique privé met au défi nos régimes classiques de transparence du fait qu'il soustrait à la connaissance des autorités publiques quantité d'informations cruciales sur l'état du patrimoine commun environnemental, les atteintes qui lui sont portées et les mesures prises pour limiter ces dernières.

#### 4.4.1.3. La privatisation de la régulation environnementale

Il n'est plus possible de présumer que les autorités publiques disposeraient de toutes les données sur les impacts environnementaux des activités économiques qui sont pertinentes pour la protection de l'environnement et de la santé publique. Les entreprises peuvent tarder à communiquer leurs informations à l'Administration, voire organiser une vraie politique de rétention. Les données qui sont « détenues pour le compte » d'une autorité publique devraient donc être communicables (v. *supra*, 4.1.). Mais l'essentiel tient plutôt au fait que les pouvoirs publics ne contrôlent pas effectivement tous les dossiers de demande d'autorisation qui leur sont soumis (4.4.1.3.1.), qu'ils surveillent peu les impacts environnementaux des activités de service (4.4.1.3.2.) et qu'ils ne suivent pas l'application des normes associées à l'autorégulation de l'entreprise (4.4.1.3.3.).

##### *4.4.1.3.1. L'absence de contrôle effectif de tous les dossiers de demande d'autorisation*

Il est de plus en plus fréquent que les risques environnementaux soient évalués par le demandeur d'autorisation lui-même ou en tout cas pour son compte par un tiers mandaté et payé par lui<sup>1412</sup>. Cette privatisation de la production de l'information sur les risques est classiquement justifiée par « le fait que d'une part, le pétitionnaire est celui qui connaît le mieux son produit, que d'autre part, l'État n'a pas les moyens financiers de prendre en charge les évaluations, même s'il a une mission régalienne de sécurité »<sup>1413</sup>. On peut se demander si la croyance dans l'appropriation des données par le propriétaire de la chose qui en constitue le sous-jacent ne concourt pas également au désengagement de l'État de la production d'informations sur les risques que les activités économiques privées font courir au public. Par exemple, depuis que la réforme de la réglementation chimique issue du règlement dit « REACH » est entrée en vigueur en 2007<sup>1414</sup>, c'est aux entreprises, et non plus aux autorités publiques, qu'il incombe d'évaluer et de maîtriser les risques des substances chimiques. Or, le règlement REACH n'hésite pas à qualifier les déclarants de substances de « propriétaires des données »...

---

<sup>1411</sup> V. not. R. NADER, M. GREEN and J. SELIGMAN, *Taming the giant corporation*, W. W. Norton & Company, 1976. Plus récemment, dans une approche tirée des droits fondamentaux, v. J. ZULUAGA MADRI, "Access to Environmental Information from Private Entities: A Rights-Based Approach", 2017 ("Another argument, discussed by the Colombian Constitutional Court, rests with the necessity to compensate power asymmetries in society. Private entities often hold more power than even governments, and citizens may be found at a disadvantage when defending their rights. Access to information from private entities, in these cases, works as a mechanism for the protection of people's rights against others with greater power.")

<sup>1412</sup> V. not. A.-S. EPSTEIN, « L'information économique », in J.-B. RACINE (dir.), *Le Droit économique au XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, Droit et économie, (à paraître)

<sup>1413</sup> Haut Conseil des Biotechnologies, *Accès aux données brutes des pétitionnaires : État des lieux et propositions d'évolution*, sept. 2013, p. 2.

<sup>1414</sup> Règlement (CE) n° 1907/2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), et instituant une agence européenne des produits chimiques.



Ce mode de gouvernance des risques fait l'objet de critiques déjà anciennes<sup>1415</sup>. Certes, le propriétaire d'une chose est en théorie dans une excellente position pour rassembler les informations qui s'y rapportent, ne serait-ce que parce qu'il y a accès en permanence. Cependant, il n'a pas d'intérêt à ce que l'information sur les dangers de sa chose soit produite ou *a fortiori* publiée. Le « Dieselgate » a rappelé la résistance des gros pollueurs à la révélation des dangers que leurs activités imposent au corps social ainsi que la difficulté pour les tiers d'identifier d'éventuelles falsifications. Cette critique a été relayée devant le juge européen à l'occasion d'une question préjudicielle examinée par la Grande Chambre le 1<sup>er</sup> octobre 2019<sup>1416</sup>. La juridiction de renvoi avait interrogé la Cour sur la légalité du règlement n° 1107/2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques. En particulier, elle s'était demandé si le principe de précaution ne s'opposait pas à ce que ce soit le demandeur lui-même qui fournisse les essais, les études et les analyses nécessaires aux procédures d'approbation d'une substance active et d'autorisation d'un produit phytopharmaceutique, sans contre-analyse indépendante. La Cour de justice a répondu par la négative, au motif notamment que l'État saisi de la demande devait évaluer cette dernière de manière objective et indépendante.

Pourtant, les autorités publiques ne contrôlent pas systématiquement les dossiers qui leur sont présentés<sup>1417</sup>. Le risque existe donc qu'elles n'aient pas demandé d'informations complémentaires et qu'elles s'en soient tenues aux données communiquées par le demandeur d'autorisation. Loin d'être théorique, ce risque s'est vérifié par exemple lors de l'examen de la demande d'autorisation du Glyphosate, le tristement célèbre herbicide mis sur le marché par la société Monsanto : « Le rapport d'évaluation du glyphosate, socle de la décision européenne, prise fin 2017, de réautoriser le célèbre herbicide pour cinq ans, est un vaste plagiat. Mandaté par l'Union européenne pour produire l'expertise préliminaire sur le glyphosate – plus de 4 000 pages –, l'Institut fédéral d'évaluation des risques allemand (Bundesinstitut für Risikobewertung, ou BfR) a recopié, souvent mot pour mot, le dossier d'homologation du glyphosate transmis aux autorités européennes par Monsanto et ses alliés industriels, réunis au sein de la Glyphosate Task Force (GTF). »<sup>1418</sup> Il y a donc beaucoup à attendre de l'exercice d'une contre-expertise mandatée par des représentants des intérêts mis en péril par l'activité ou le produit proposé. Afin de parvenir à mettre à l'épreuve les conclusions du demandeur d'autorisation, le public devrait pouvoir disposer d'un droit de solliciter de l'entreprise des informations additionnelles par rapport à celles que cette dernière a déjà fournies aux autorités publiques. Sans doute le fait de doter le public d'un tel droit d'accès à l'information ne suffirait pas à rendre les tierces expertises suffisamment fréquentes. D'autres solutions mériteraient d'être identifiées pour, en particulier, pourvoir au financement de ces tierces expertises<sup>1419</sup>. Cependant, l'accès à l'information constitue un premier pas.

---

<sup>1415</sup> F. WALKER, «The Government's Function in Collecting Business Information», *Proceedings of the Academy of Political Science in the City of New York*, Vol. 11, n° 4, Trade Associations and Business Combinations, janv. 1926, p. 57 et s., spéc. p. 74 : « *The Government would appear negligent in leaving solely to private organizations, engaged in business for profit, the collection and distribution of information concerning the more fundamental facts of supply and demand and other economic conditions, which necessarily serve as a guide for the business of the entire nation. This does not mean, however, that private business should be excluded from this field, or from any part of it.* »

<sup>1416</sup> CJUE (Grande chambre), 1<sup>er</sup> oct. 2019, Aff. n° C-616/17.

<sup>1417</sup> Ainsi, en réponse aux lacunes détectées dans les dossiers de demande d'enregistrement de nouvelles substances chimiques, l'Agence européenne des produits chimiques a annoncé en 2019 son souhait de contrôler non plus 5% mais 20% des dossiers !

<sup>1418</sup> S. FOUCAIT, « Glyphosate : les autorités sanitaires ont plagié Monsanto », *LeMonde.fr*, 15 janv. 2019.

<sup>1419</sup> Sur ce point, v. not. A.-S. EPSTEIN, « L'information économique », in J.-B. RACINE (dir.), *Le Droit économique au XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, Droit et économie, à paraître (« On pourrait ainsi imaginer que le demandeur d'une autorisation de mise sur le marché d'une substance risquée pour l'environnement et la santé doive financer une contre-expertise mise en œuvre par un expert désigné par une association de protection de l'environnement. Sophistiquant ce schéma, il serait également concevable que les entités qui sont légalement tenues d'obtenir un certain type d'information intéressant la collectivité (une notation de crédit, une étude d'impact environnemental, etc.) et qui ont intérêt à ce que

#### 4.4.1.3.2. L'absence de suivi administratif des impacts environnementaux des activités de service

Les impacts environnementaux du secteur de services sont sous-administrés. D'un côté, l'administration de l'environnement supervise essentiellement les secteurs agricole et industriel. De l'autre, les impacts environnementaux des activités de services (par exemple les banques) n'entrent pas dans les missions des autorités de régulation économique. La situation commence à évoluer, mais très lentement... Il en résulte que les données sur les impacts environnementaux des activités de service sont essentiellement détenues par les entreprises elles-mêmes. Or, ces données sont devenues cruciales depuis que les grandes sociétés, tous secteurs confondus, se sont attribué et vu reconnaître la responsabilité de réguler les impacts sanitaires, sociaux et environnementaux dans l'ensemble de leur chaîne de valeur.

#### 4.4.1.3.3. L'absence de suivi administratif de l'autorégulation environnementale des entreprises privées

Les grandes entreprises sont aujourd'hui soumises à deux types de normes : les normes légales et réglementaires fixées par les autorités publiques et celles dont elles se dotent elles-mêmes. Les autorités publiques suivent la manière dont les entreprises appliquent les normes légales et réglementaires ; pour l'essentiel, elles n'ont pas d'obligation de suivre la manière dont les entreprises adoptent et appliquent les normes qui relèvent de leur pouvoir d'autorégulation. Par conséquent, les autorités publiques ne disposent généralement pas des données liées à la régulation, par la grande entreprise, des impacts environnementaux de ses propres activités et de celles de ses relations d'affaires<sup>1420</sup>. Faute d'une transparence suffisante, tant la légitimité que l'effectivité de cette régulation privée des impacts environnementaux et plus largement sociétaux sont aujourd'hui sujettes à caution<sup>1421</sup>.

La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre illustre bien les difficultés à l'œuvre<sup>1422</sup>. Elle charge les grandes sociétés françaises d'adopter un plan de vigilance devant comporter « les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces

---

cette information leur soit favorable soient redevables d'une redevance ou d'une taxe affectée au financement d'une agence qui serait, elle, responsable de mandater des experts indépendants afin de conduire l'expertise sur la base de laquelle l'autorité publique rendrait sa décision. Le budget d'une telle agence pourrait être abondé y compris par des dommages et intérêts non compensatoires ou des amendes majorées encourues en cas de délits informationnels. Les experts désignés par l'agence pourraient émaner du secteur public ou du secteur privé (cabinets d'études, universités, associations, etc.). Tout en supprimant le rapport contractuel direct entre l'émetteur [i.e. de l'information] et le contrôleur, ce type de dispositif ne scellerait donc pas pour autant une « étatisation » complète de l'information économique. En revanche, il favoriserait le financement d'expertises ou de contre-expertises authentiquement indépendantes et permettrait des débats plus constructifs entre les opérateurs économiques et leurs parties prenantes, en renforçant l'expertise de ces dernières. »)

<sup>1420</sup> J. EBBESSON, "Public participation and privatisation in environmental matters: an assessment of the Aarhus convention", *Erasmus Law Review*, Vol. 4, No. 2, 2011 ("corporate self-control is also a kind of privatisation of environmental control functions, where certain tasks and responsibility (...) are conferred on the operators themselves. Such self-control may be introduced in order to save public spending, but also as a means to make environmental management more effective. Unless the person in charge of the activity performs some service relating to the environment or broader control than its own unit, the requirement to control itself does not as such turn the operator into a public authority, with the duty to release its information directly to members of the public (unless required by national law).")

<sup>1421</sup> Parmi une littérature abondante, v. par ex. S. BERNSTEIN et B. CASHORE, « Can Non-State Global Governance be Legitimate ? An Analytical Framework. », *Regulation and Governance*, 2007, vol. 1, p. 1.

<sup>1422</sup> Sur cette régulation privée et ses limites en termes de transparence, v. not. M. P. VANDENBERGH, « The New Wal-Mart Effect: The Role of Private Contacting in Global Governance, » *UCLA L. Rev.*, 2007, vol. 54, p. 913.

activités sont rattachées à cette relation»<sup>1423</sup>. Les parties prenantes sont censées concourir à surveiller l'efficacité et l'effectivité des mesures mises en œuvre. Pourtant, mais ne se voient pas reconnaître le droit d'accéder à des informations autres que celles que les dirigeants de l'entreprise consentent à publier<sup>1424</sup>. Peuvent-elles espérer obtenir l'accès aux informations nécessaires en les sollicitant auprès d'une autorité publique ? Les articles L. 124-1 et suivants du Code de l'environnement leur permettraient tout au plus d'obtenir des données sur les impacts environnementaux des activités des sociétés établies en France. Afin d'obtenir la communication de données sur les impacts environnementaux des filiales et sous-traitants, encore faudra-t-il être capable d'identifier ces derniers et d'adresser la demande à l'autorité publique du pays où leurs activités sont localisées. S'il s'agit d'un pays à faible gouvernance, où le droit de l'environnement est peu effectif, l'espoir d'obtenir les informations en cause sera faible. En tout état de cause, le droit d'accès aux informations environnementales détenues par les autorités publiques sera généralement insusceptible de permettre l'accès aux normes que la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre a adoptées en vue de se conformer à son devoir de vigilance. La seule manière pour les parties prenantes d'obtenir ces précieuses informations sera d'engager un procès, ce qui présupposera qu'elles aient déjà pu rassembler des informations suffisantes à l'appui de leurs soupçons de violation de la loi sur le devoir de vigilance... En somme, l'une des faiblesses de la loi sur le devoir de vigilance est de n'avoir pas prévu un mécanisme non juridictionnel d'accès sur demande aux informations des entreprises sur la manière dont elles conçoivent leur plan de vigilance et le mettent en œuvre<sup>1425</sup>. Le législateur serait, pensons-nous, bien inspiré d'assortir la loi sur le devoir de vigilance d'un tel droit d'accès à l'information. Il pourrait éventuellement s'inspirer du précédent constitué par les articles L. 113-1 et L. 113-2 du Code de la consommation. Ces dispositions organisent un régime intéressant – encore que perfectible – d'accès à l'information détenue par les entreprises sur les conditions sociales de fabrication des produits qu'elles commercialisent.

Mais au-delà du cas particulier des informations utiles à la mise en œuvre de la loi sur le devoir de vigilance, l'objet même des informations environnementales pourrait justifier qu'un droit d'accès soit garanti à celles qui sont détenues par des entreprises privées.

#### 4.4.1.3.4. *Les informations relatives à l'environnement sont des biens communs*

Si les informations environnementales ont à être divulguées, c'est en raison de leur objet davantage qu'en raison du caractère public ou privé de la personne qui les détient. Ces informations se rapportent à l'environnement « *patrimoine commun des êtres humains* »<sup>1426</sup>. Celles des informations qui sont jugées d'intérêt commun par la collectivité politique devraient donc échapper à la privatisation, qu'elles soient produites/détenues par une personne publique ou une personne privée.

---

<sup>1423</sup> Article L. 225-102-4, c. com.

<sup>1424</sup> En ce sens, v. not. H. P. GRAVER, "Business enterprises and the environmental information act in Norway", *Frontiers of law in China*, 2017, vol. 12, n° 1, p. 3 (« *information is an important part of the possibility of private enforcement of environmental regulations. In practice, this is perhaps the most important background for most requests for information, at least requests made by non-governmental organizations (NGOs) on behalf of civil society* »). L'association SHERPA a récemment plaidé en faveur d'un « *droit d'accès des tiers aux informations extra-financières des entreprises transnationales* », conçu comme « *un moyen de garantir l'usage effectif par les tiers d'un arsenal répressif* » (Sherpa, *Réguler les entreprises transnationales : 46 propositions*, Rapport par Y. QUEINNEC et W. BOURDON, déc. 2010, proposition n° 13).

<sup>1425</sup> Plus généralement, l'un des défauts de la gouvernance transnationale privée tient au manque de transparence et de reddition de comptes. Parmi une littérature abondante, v. par ex. M. P. VANDENBERGH, "The New Wal-Mart Effect: The Role of Private Contacting in Global Governance", 54 *UCLA L. Rev.* 913 (2007), et les références citées par l'auteur.

<sup>1426</sup> Suivant la formule du Préambule de la Charte de l'environnement, à laquelle le Conseil constitutionnel a récemment donné une portée significative (Cons. Const., Décision n° 2019-823 QPC du 31 janv. 2020, Union des industries de la protection des plantes).

]

#### 4.4.2. Les obstacles prétendus

L'idée d'instituer un droit d'accès du public aux informations environnementales des entreprises privées se voit couramment opposer son caractère prétendument inconstitutionnel, inefficace, excessivement coûteux, attentatoire à l'interdiction de s'auto-incriminer, source d'un inexorable contentieux et enfin incompatible avec le secret des affaires. En réalité, ces contre-arguments sont assez fragiles...

La contrariété à l'article 7 de la Charte de l'environnement : ce texte dispose que :

« Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques (...) ».

Malgré cette focalisation sur les informations détenues par les autorités publiques, l'exposé des motifs de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la Charte de l'environnement a clairement indiqué que la Charte ne faisait « *pas obstacle à ce que le législateur étende le droit d'accès aux informations détenues par certaines personnes privées, notamment afin de tirer les conséquences de conventions internationales* ».

La violation des droits de propriété intellectuelle, du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre : cet argument a été invoqué par les auteurs du rapport sur les données d'intérêt général de 2015, qui ont, pour cette raison notamment, jugé préférable une ouverture ponctuelle et limitée des données d'intérêt général détenues par les entreprises privées<sup>1427</sup>. Pourtant, le régime du droit à l'information relative à l'environnement illustre la possibilité de moduler les modalités de mise à disposition ou de présentation des données de façon à éviter que leur communication soit attentatoire à des droits de propriété intellectuelle<sup>1428</sup>. Plus généralement, à supposer même qu'une obligation de communication de données puisse porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle, à un droit de propriété<sup>1429</sup> ou à la liberté d'entreprendre, la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'Homme admettent formellement que des atteintes soient portées à ces prérogatives pour autant qu'elles soient nécessaires et proportionnées à l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi. Suivant ce mode de raisonnement très classique, le Conseil constitutionnel a par exemple considéré que l'objectif de protection de l'environnement pouvait aller jusqu'à justifier l'interdiction totale d'une activité économique<sup>1430</sup>. Une obligation de transmission d'informations est moins attentatoire aux libertés qu'une interdiction d'exploitation. Une législation imposant de diffuser ou même de publier des informations sur les impacts sanitaires, sociaux ou environnementaux des activités économiques pourrait donc être jugée conforme à la Constitution, sous réserve de répondre de manière crédible et proportionnée à un objectif d'intérêt général.

L'argument de la protection du secret des affaires : c'est sans doute l'un des arguments auxquels nos contemporains sont les plus sensibles. C'est ainsi que les auteurs du rapport public conjoint des ministères de la Transition écologique et solidaire et de la Justice sur « Une justice pour l'environnement » et publié en octobre 2019 a fait le constat suivant :

<sup>1427</sup> L. CYTERMAN *et alii.*, [Rapport relatif aux données d'intérêt général](#), sept. 2015, p. 40 et s.

<sup>1428</sup> V. not. *supra*, § 4.3.1.1.

<sup>1429</sup> Disqualifiant l'existence d'un droit de propriété sur les données incluses dans des bases de données, v. Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

<sup>1430</sup> Dernièrement, v. par ex. Cons. Constit., Décision n° 2019-823 QPC, 31 janvier 2020, Union des industries de la protection des plantes.

« les règles applicables pour protéger le secret des affaires, récemment modifiées par une loi du 30 juillet 2018, comprennent une définition élargie, qui peut s’opposer à une transparence dans l’accès à des données environnementales détenues par les sociétés commerciales. Cela est avéré, selon plusieurs interlocuteurs de la mission dans certaines filières industrielles, telles que la chimie. Pour faire face à cette difficulté, plusieurs personnes entendues ont évoqué la possibilité d’introduire en droit interne une procédure analogue à celle existant dans la Common law, dite de discovery, consistant en un accès élargi aux données de l’entreprise, sous le contrôle du juge. Cependant, il n’est pas apparu que cette proposition était pertinente, en raison des bouleversements qu’elle engendrerait dans la procédure civile et des dérives possibles qu’elle peut entraîner au regard du respect du secret des affaires. »

Nous ne nous rallions pas à ce point de vue. Un régime d’accès direct aux informations des entreprises pourrait être organisé de façon à éviter des atteintes injustifiées ou disproportionnées au secret des affaires. À l’instar des autorités publiques, les entreprises privées devraient être autorisées à rejeter une demande d’information attentatoire au secret des affaires (entre autres causes de refus) ou à communiquer, si possible, une version non confidentielle du document (occultation des données sensibles, communication de données plus générales)<sup>1431</sup>. En ce sens, la loi norvégienne du 9 mai 2003 sur l’accès à l’information et la participation du public aux décisions relatives à l’environnement<sup>1432</sup> organise deux régimes d’accès aux informations environnementales détenues respectivement par les autorités publiques et les entreprises privées. Lorsque la demande est soumise à une entreprise, celle-ci peut refuser d’y faire droit si « *les informations demandées concernent des dispositifs et des procédures techniques ou des questions opérationnelles ou commerciales que, pour des raisons de concurrence, il est important de garder secrètes dans l’intérêt de la personne concernée par les informations* »<sup>1433</sup>.

L’argument de l’incitation à produire les données : comment inciter les personnes privées à produire des informations environnementales si la titularité exclusive ne leur en est pas reconnue ? La réponse est classique : par l’institution d’obligations de produire les informations considérées et/ou de les diffuser, car la diffusion postule la production. Il s’agit d’une technique juridique bien rodée qui n’est pas raisonnablement susceptible d’instituer une atteinte disproportionnée à la liberté d’entreprendre dès lors qu’elle est conçue en vue de mettre en œuvre les « objectifs de valeur constitutionnelle de protection de la santé et de l’environnement »<sup>1434</sup>.

L’argument du coût : la mise en œuvre du droit d’accès impliquerait un investissement coûteux que les petites organisations ne pourraient pas raisonnablement se permettre. L’argument n’est pas dirimant. En effet, la mise à disposition de l’information pourrait justifier l’obligation, pour le demandeur, de payer un prix correspondant au service rendu, comme c’est déjà le cas lorsque l’information est demandée à une autorité publique<sup>1435</sup>. Par ailleurs, l’État pourrait éventuellement fournir un accompagnement financier ou administratif pour aider les organisations privées à mettre en œuvre de leurs obligations. Un principe de subsidiarité pourrait même être envisagé : la personne privée sollicitée pourrait répondre au demandeur que les informations recherchées sont à sa disposition auprès de telle ou telle autorité publique nationale et ce serait seulement à défaut d’avoir pu les obtenir auprès de cette autorité que le demandeur aurait le droit de les obtenir de la

---

<sup>1431</sup> Article L. 311-6 et L. 311-7, c. envir.

<sup>1432</sup> Act of 9 May 2003 n°31 Relating to the Right to Environmental Information and Public Participation in Decision-making Processes Relating to the Environment. Cette loi maintient les exceptions à l’accès tirées du secret des affaires et institue une commission de recours contre les décisions de refus des entreprises.

<sup>1433</sup> Art. 4, § 17, c. (traduction de l’auteur).

<sup>1434</sup> Cons. Const., Décision n° 2019-823 QPC du 31 janv. 2020, Union des industries de la protection des plantes.

<sup>1435</sup> Article R. 311-11, CRPA.

personne privée. Si nécessaire, les petites organisations privées pourraient être finalement écartées du dispositif, mais le précédent norvégien<sup>1436</sup> illustre que le dispositif pourrait être rendu supportable même pour des petites entreprises.

L'argument tiré de l'interdiction de s'auto-incriminer : la législation pourrait spécifier, comme le faisait d'ailleurs la Convention de Lugano (v. *supra*, § 2.3.) que l'entreprise « peut refuser de fournir des informations lorsque ces dernières sont de nature incriminatoire ».

L'argument de l'emballement contentieux : la loi norvégienne du 9 mai 2003 sur l'accès à l'information et la participation du public aux décisions relatives à l'environnement organise un mécanisme de recours non contentieux contre les décisions de refus des entreprises : un comité, *l'Appeals Board for Environmental Information*, est chargé d'examiner les appels contre les décisions de refus des entreprises. Il est saisi seulement entre 10 et 15 fois par an<sup>1437</sup>, ce qui montre le caractère somme toute très limité des conflits liés à l'ouverture des informations environnementales des entreprises.

Pour conclure, la loi française devrait évoluer afin que les prérogatives du public en matière d'information environnementale soient reconnues dans leur plénitude. Le droit du public à l'égard des informations environnementales détenues par les personnes privées même non chargées d'une mission de service public en rapport avec l'environnement et non corrélées à une telle mission serait reconnu dans sa double dimension. D'un côté, les nombreuses obligations spéciales d'information environnementale destinées au public seraient officiellement rattachées au droit à l'information environnementale du public. De l'autre, un droit d'accès sur demande aux informations environnementales détenues par les personnes morales privées serait consacré. Son régime pourrait s'inspirer très largement de celui qui encadre aujourd'hui l'accès aux informations produites ou détenues par les autorités publiques. Il pourrait aussi présenter des spécificités.

#### **4.5. Mieux encadrer les revendications de confidentialité**

Il serait opportun que le droit français encadre mieux les revendications de confidentialité ou les refus de communication abusifs.

Certains régimes spécifiques de communication d'informations environnementales encadrent déjà les prétentions à la confidentialité des personnes qui transmettent des données aux autorités publiques. Par exemple, l'article 63 du règlement n° 1107/2009 du 21 octobre 2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques prévoit que :

« Toute personne demandant que les informations soumises en application du présent règlement soient traitées de façon confidentielle est tenue d'apporter une preuve vérifiable démontrant que la divulgation de ces informations pourrait porter atteinte à ses intérêts commerciaux ou à la protection de sa vie privée et de son intégrité. »

Le Guide pour l'application du Protocole de la Commission économique pour l'Europe des Nations unies (CEE-ONU) sur les Registres des Rejets et Transferts de Polluants (2008)<sup>1438</sup> précise dans le même sens que :

---

<sup>1436</sup> Sur lequel, v. *supra* § 2.1.

<sup>1437</sup> [Report on Norway's implementation of the Aarhus Convention in accordance with Decisions I/8, II/10 and IV/4, 2017.](#)

<sup>1438</sup> [Guide pour l'application du Protocole sur les Registres des Rejets et Transferts de Polluants Nations Unies New York et Genève, 2008 à la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, 2008.](#)

« [d]ans le Protocole, le postulat de base est que toute l'information est publique. Par suite, la charge de la preuve de l'existence d'une menace réelle contre l'intérêt commercial ou autre incombe à l'entreprise ou à la personne qui fait état de cette menace. »

Ainsi, la personne qui demande la confidentialité doit en justifier la nécessité et il appartient à l'autorité publique d'apprécier le bien-fondé de cette revendication.

En droit comparé, on peut citer l'exemple de « [l']Agence de protection de l'environnement des États-Unis (EPA) [qui] a établi une formule de cinq pages à utiliser pour invoquer le secret commercial lors de la communication d'informations destinées au Toxics Release Inventory (TRI). Si l'Agence estime que la demande est abusive, elle peut imposer une amende pouvant atteindre 25 000 dollars par demande. Si les informations fournies sont fausses ou induisent en erreur, l'auteur de la demande peut être puni d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement. »<sup>1439</sup>

Cependant, aucun régime de droit commun n'existe qui imposerait au moins un socle minimal de démonstration de la réalité de la confidentialité alléguée. Il en résulte un manque d'homogénéité dans le traitement des demandes de confidentialité et un risque pour la crédibilité du système français d'accès aux informations relatives à l'environnement.

Il serait opportun de remédier à cette lacune en adoptant un règlement transversal destiné à préciser les conditions auxquelles les revendications de confidentialité pourraient être soumises à une autorité publique et les sanctions encourues en cas de revendication de confidentialité abusive.

Dans les rapports avec les tiers, l'article L. 152-8 du Code de commerce sanctionne déjà assez lourdement les allégations de confidentialité abusives, en prévoyant que :

« [t]oute personne physique ou morale qui agit de manière dilatoire ou abusive sur le fondement du présent chapitre peut être condamnée au paiement d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts. En l'absence de demande de dommages et intérêts, le montant de l'amende civile ne peut excéder 60 000 €. »

Cependant, la portée du dispositif ainsi institué est limitée puisqu'il ne concerne que les procédures abusives intentées sur le fondement des articles L. 151-1 et suivants du Code de commerce. Une autre législation serait requise pour punir les abus du secret des affaires et des droits de propriété littéraire et artistique<sup>1440</sup> au sens des articles L. 311-1 et suivants du Code des relations entre le public et l'administration par l'infliction d'une sanction s'analysant comme une punition, telle une amende civile (principe de légalité des délits et des peines). Il faudrait soigneusement réfléchir aux conditions des sanctions prononcées, et notamment aux modalités de prise en compte de l'impact que la rétention d'information ou la communication d'informations erronées a eu ou aurait pu avoir<sup>1441</sup>.

---

<sup>1439</sup> *Ibid.*

<sup>1440</sup> Sur l'application des qualifications d'abus du droit d'auteur ou d'abus de position dominante dans certains cas de refus d'accès à l'information, v. par ex. A. STROWEL, « Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents », *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, 1999, vol. 12, n° 1.

<sup>1441</sup> En 2008, le rapport sur la gouvernance écologique établi sous la présidence de Corinne Lepage avait ainsi préconisé de renforcer les sanctions encourues en créant un délit de rétention d'information en matière

Enfin, il serait également opportun que les refus d'accès ou de diffusion d'une information environnementale confidentielle soient mieux motivés. En l'état actuel, l'article L. 311-14 du Code des relations entre le public et l'administration indique seulement que :

« Toute décision de refus d'accès aux documents administratifs est notifiée au demandeur sous la forme d'une décision écrite motivée comportant l'indication des voies et délais de recours. »

Par contraste, le Guide pour l'application du Protocole de la Commission économique pour l'Europe des Nations unies (CEE-ONU) sur les Registres des Rejets et Transferts de Polluants (2008) retient que :

« le registre devrait clairement mentionner, par exemple sur la page de chaque recherche, le nombre de cas dans lesquels une information a été tenue confidentielle et les motifs pour lesquels l'information n'a pas été divulguée. L'explication ne devrait pas être limitée à l'indication du motif retenu pour préserver la confidentialité de l'information, par exemple la protection de l'intérêt économique. Il conviendrait plutôt d'expliquer les raisons pour lesquelles on a jugé que la divulgation de l'information irait à l'encontre de l'intérêt économique de l'établissement, et de faire état de l'absence d'intérêt majeur de la divulgation pour le public. Un motif légitime pourrait être par exemple le fait que la divulgation du nom du produit chimique et des quantités rejetées permettrait à des concurrents de déduire le procédé de fabrication utilisé et le rendement de l'installation. »

#### **4.6. Adapter les institutions en charge du droit à l'information environnementale**

La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) est une autorité administrative indépendante française, créée par la loi du 17 juillet 1978, afin de renforcer la transparence de l'action administrative. Le choix a été fait de lui attribuer la mission de concourir à l'effectivité des droits du public en matière de communication d'informations relatives à l'environnement produites ou reçues par des autorités publiques. La CADA assume deux missions essentielles en matière d'accès aux documents administratifs et, par extension, d'accès aux informations relatives à l'environnement. D'un côté, elle « émet des avis lorsqu'elle est saisie par une personne à qui est opposé un refus de communication » : cette saisine pour avis « est un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux »<sup>1442</sup>. De l'autre, elle conseille les autorités publiques saisies d'une demande de communication, sur demande de ces dernières.

À l'étranger, d'autres formules institutionnelles ont été expérimentées : certains États ont mis en place un organisme spécial chargé de statuer sur les recours formés en matière d'accès aux informations relatives à l'environnement (par exemple la Commission de recours pour le droit d'accès à l'information en matière d'environnement instituée en Belgique, l'Appeals Board for Environmental Information en Norvège, etc.), d'autres ont confié les litiges relatifs à l'accès aux informations environnementales aux juridictions de droit commun, sans instituer d'organisation *ad hoc*.

---

environnementale, ainsi défini : « le fait de fournir délibérément et en connaissance du risque, des données ou informations inexactes ou incomplètes, ou de procéder à une rétention de données ou d'informations, concernant toutes substances de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux, ou le milieu naturel, objets de rejets, émissions, ou introductions, ou concernant la preuve de l'absence de dangerosité de telles substances » (proposition 31).

<sup>1442</sup> Article L. 342-1, CRPA.



Il faut, nous semble-t-il, se féliciter du fait qu'en France une commission de recours ait été instituée : vu le niveau d'engorgement des tribunaux, le recours préalable à un organisme non juridictionnel présente l'avantage de favoriser une résolution rapide des problèmes. La double vocation de la CADA d'émettre des avis, mais aussi des conseils constitue en outre un atout précieux sur un sujet complexe que les débiteurs du droit d'accès peinent à maîtriser.

Le professionnalisme avec lequel la CADA a exercé les missions qui lui ont été dévolues en matière environnementale n'est pas discuté. Cependant, est-elle en mesure d'accompagner l'évolution qui va du droit d'accès aux documents administratifs au droit à l'information environnementale voire au droit d'accès aux données d'intérêt commun ?

Cette institution n'est déjà pas parfaitement taillée aujourd'hui pour rendre effectif le droit à l'information environnementale du public. En effet, le dispositif institutionnel actuel est source de complexité<sup>1443</sup>, et il limite l'expression des spécificités du droit d'accès à l'information environnementale par rapport au droit d'accès aux documents administratifs :

- les décisions de la CADA restent assez générales : la CADA ne s'est jusqu'ici guère aventurée à requalifier les informations litigieuses (par exemple pour contester leur éventuelle protection au titre de la propriété intellectuelle ou du secret des affaires) ; en outre, tout en rappelant régulièrement aux autorités publiques l'obligation qui leur incombe de mettre en balance les prérogatives en présence, elle ne s'est pas elle-même livrée à cette mise en balance ;
- le droit à l'information environnementale inclut non seulement le droit d'obtenir les données sur demande, mais aussi celui de les recevoir sans avoir à les demander ; cette seconde prérogative est aujourd'hui dotée d'une effectivité limitée en l'absence de saisine possible de la CADA sur ce sujet ;
- même si la CADA peut être saisie de demandes d'accès à des informations environnementales détenues par des entreprises privées au titre de leur mission de service public, l'intitulé même de cette institution montre son rattachement consubstantiel à l'action des seules autorités publiques.

Trois options principales se présentent pour adapter le dispositif de recours aux spécificités du droit à l'information environnementale et plus largement au droit à l'accès aux données d'intérêt commun :

- étendre les missions et la composition de la CADA<sup>1444</sup>, de façon qu'elle œuvre au respect du droit à l'information environnementale dans toute sa plénitude, voire qu'elle contribue à l'effectivité du droit à l'accès aux données d'intérêt commun. Une telle évolution supposerait notamment d'institutionnaliser sa compétence à l'égard des informations détenues par des personnes morales de droit privé et du droit du public de recevoir des informations sans les avoir demandées.
- instituer une commission *ad hoc* centrée sur l'accès aux informations environnementales ou plus largement sur l'accès aux données d'intérêt commun détenues par les personnes privées. Il s'agirait en quelque sorte de l'équivalent fonctionnel de la CADA en droit privé. À l'instar de la CADA, cette commission d'accès aux informations de source privée aurait une double mission de conseil et d'avis.

---

<sup>1443</sup> Sur la grande complexité d'un dispositif qui voit coexister et s'entrecroiser sous les auspices d'une même instance différents droits d'accès à l'information. F. JAMAY, « Droit à l'information », *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, Fasc. 2430, n°37 ; F. JAMAY, « La mise en œuvre du régime spécifique d'accès aux informations relatives à l'environnement », in *Terres du droit : Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 619.

<sup>1444</sup> CRPA, art. L. 340-1 et s.

- créer une nouvelle organisation, une Commission pour le droit à l'information en matière d'environnement ou au-delà une Commission pour le droit d'accès aux données d'intérêt commun, qui hériterait des compétences aujourd'hui dévolues à la CADA en matière d'accès à l'information relative à l'environnement et qui serait compétente pour traiter les demandes d'information soumises aussi bien à des personnes publiques qu'à des personnes privées. Une telle commission inclurait opportunément des spécialistes du droit de la propriété intellectuelle, des représentants des associations de protection de l'environnement et des entreprises.

La CADA pourrait avantageusement initier une réflexion sur son avenir dans le contexte de l'épanouissement du droit d'accéder aux informations en considération de leur objet plutôt qu'au vu du caractère public de la personne qui les a produites ou qui les détient<sup>1445</sup>.

---

<sup>1445</sup> En vertu de l'article R. 342-5 du Code des relations entre le public et l'administration, la CADA peut proposer au Gouvernement des réformes de nature à faciliter l'accès aux documents administratifs.

## Section 2.2. Les droits à la participation et à la co-décision<sup>1446</sup>

Si la participation du public à la prise de décision administrative est régulièrement évoquée depuis les années 1960, c'est en matière environnementale que ce principe s'est réellement affirmé, notamment par la reconnaissance d'un véritable « principe de participation » par la loi Barnier du 2 février 1995 et la création de la Commission nationale du débat public (CNDP)<sup>1447</sup>. La participation du public aux décisions prises en matière environnementale a continué de prendre une importance croissante en droit français. Ce développement se mesure d'ailleurs tant au point de vue *qualitatif* – avec l'inscription du principe de participation à l'article 7 de la Charte de l'environnement<sup>1448</sup> – qu'au point *quantitatif*, avec l'extension continue du domaine de ces procédures<sup>1449</sup>.

Cette association du public à la gouvernance de certaines ressources peut être interprétée comme une manifestation de la communalité dont elles sont porteuses<sup>1450</sup>. Si l'environnement constitue le principal champ d'application du principe de participation, c'est bien parce qu'il est l'affaire de tous et que les décisions prises peuvent avoir un impact sur chacun. Il est dès lors tentant de relier le développement du principe de participation et les réflexions sur la gouvernance des « communs », en particulier celles liées à la pensée institutionnelle d'Elinor Ostrom<sup>1451</sup>.

Ce rapprochement peut permettre de suggérer des éléments de réforme en vue d'accentuer la « communalité » de la gouvernance des ressources admettant déjà un principe de participation du public à la prise de décision publique. Telle est du moins la piste que nous voudrions explorer dans les lignes qui suivent, qui ne constituent pas le résultat d'une recherche, mais plutôt un ensemble d'idées à explorer pour des travaux futurs.

Après avoir présenté les différentes modalités de la participation en droit positif (§1), nous montrerons la possibilité de croiser la problématique de la participation avec celle des « communs » ostromiens (§2). Les critères d'efficacité institutionnelle dégagés par Ostrom (§3) permettront de montrer que la participation ne constitue qu'une première étape de mise en œuvre de la gouvernance (§4), ce qui permettra d'en déduire des pistes de réforme (§5).

---

<sup>1446</sup> **Rédacteur** : Florent MASSON

<sup>1447</sup> Article L. 110-1-II 5°, C. envir. (rédaction issue de la loi du 27 déc. 2012) : « Le principe de participation en vertu duquel toute personne est informée des projets de décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement dans des conditions lui permettant de formuler ses observations, qui sont prises en considération par l'autorité compétente ».

<sup>1448</sup> Art. 7 : « Toute personne a le droit, dans les conditions et limites définies par la loi, [...] de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Au plan international, il faut signaler l'importance de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998, entrée en vigueur en 2001 et la directive n° 2003/35/CE du 26 mai 2003 dans la construction du droit à la participation.

<sup>1449</sup> La dernière étape est la loi du 2 mars 2018, ratifiant deux ordonnances du 3 août 2016 visant à améliorer la participation du public aux décisions environnementales. V. de manière générale A. VAN LANG, « Le principe de participation : un succès inattendu », *Nouv. Cab. Cons. Const.*, avril 2014, p. 25.

<sup>1450</sup> V. art. L. 120-1 I, c. envir. : « La participation du public à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement est mise en œuvre en vue [...] 2° D'assurer la préservation d'un environnement sain pour les générations actuelles et futures » ; M. PRIEUR *et alii*, *Droit de l'environnement*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2019, n° 200 : « L'environnement est la chose de tous, sa gestion et sa protection ne peuvent être confiées à des mandataires ».

<sup>1451</sup> E. OSTROM, *Governing the Commons - The evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990.

## §1. L'échelle de la participation : première approche

La participation désigne « une forme d'association et d'intervention des citoyens à la préparation et à la prise de décision administrative »<sup>1452</sup>. Le terme est cependant équivoque, car il renvoie juridiquement à des procédures différentes. À partir d'une gradation élaborée initialement par Pascale Idoux, on peut présenter une « échelle de participation » de la manière suivante<sup>1453</sup> :

- Niveau 0 : possibilité de contester la décision en justice *a posteriori* (c'est la forme la plus minimale de « participation »)
- Niveau 1 : L'accès à l'information
- Niveau 2 : La participation (au sens strict)
  - 2a : consultation du public sous formes d'observations écrites ou orales (sans débat)<sup>1454</sup>.
  - 2b : formes de consultation admettant un échange d'arguments : la concertation (art. L. 121-15-1 et s., C.envir. ; art. L.103-2, Code de l'urbanisme), l'enquête publique (art. L.123-2 et s., C. envir.) et le débat public (art. L. 121-8, C. envir.).
  - 2c : consultation locale (débat et vote de l'ensemble des électeurs)<sup>1455</sup>
- Niveau 3 : La gestion directe (un pouvoir de décision est accordé aux particuliers dans la gestion de la ressource).

L'échelle présentée est construite à partir des prérogatives que détiennent les particuliers dans la prise de décision, et non en partant des différentes structures juridiques de gouvernance (État, personnes morales publiques ou privées, groupements non personnifiés, etc.). Cette démarche, qui est aussi celle d'Ostrom, permet de traiter la problématique de la gouvernance sans la placer dans la stricte dépendance des différentes institutions d'un système juridique donné. Une institution de gouvernance, comme la personne morale par exemple, n'est pas appréhendée comme un objet juridique posé *a priori*, mais comme un *moyen* d'assurer un certain niveau de gouvernance par la distribution des prérogatives à une collectivité de membres. La diversité des groupements en droit français incite d'ailleurs à adopter cette approche, chaque forme de personne morale assurant une répartition différente, plus ou moins libre, selon les objets qu'elle a vocation à appréhender.

La séparation entre le niveau 2 et le niveau 3 est tout à fait nette en droit positif : la participation ne lie pas l'autorité administrative.

Les seules exigences sont d'ordre procédural : dans tous les cas, les observations et propositions du public doivent être « prises en considération » par l'autorité publique concernée. Dans les communes de plus de 2000 habitants, une synthèse des observations et propositions doit être

---

<sup>1452</sup> M. PRIEUR, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *RJE* 1988, p. 398.

<sup>1453</sup> P. IDOUX, « Les eaux troubles de la participation du public », *Environnement*, 2005, étude 26, n° 11 et s.

<sup>1454</sup> C'est le cas par exemple de la procédure de participation « de droit commun » (art. L. 123-19-1 et s., C. envir.), qui est applicable en l'absence de toute autre procédure spécifique (sauf dans les petites communes où elle prend la forme d'une réunion publique).

<sup>1455</sup> La consultation locale, introduite par l'ordonnance du 21 avril 2016 dans le contexte de l'affaire Notre-Dame-des-Landes, permet de « consulter les électeurs d'une aire territoriale déterminée afin de recueillir leur avis sur un projet d'infrastructure ou d'équipement susceptible d'avoir une incidence sur l'environnement » (art. L. 123-20, C. envir.).

effectuée par l'autorité publique. Ce n'est que dans les communes de plus de 10 000 habitants que les exigences s'accroissent sensiblement : l'autorité doit indiquer les observations et propositions « dont il a été tenu compte » et surtout indiquer les « motifs de la décision » dans un document séparé (art. L. 123-19-1 II, rédaction issue de l'ordonnance du 3 août 2016). Malgré les réformes, l'effectivité de la participation reste cantonnée à des volets purement procéduraux, du fait de l'absence de pouvoir décisionnel du public<sup>1456</sup>.

Comme le résume Yves Jégouzo : « tout le problème auquel s'est affronté le droit administratif depuis une vingtaine d'années a donc consisté à résoudre cette contradiction : la participation exige qu'elle ait une portée effective, mais celle-ci ne peut être que consultative »<sup>1457</sup>. La réflexion sur la gouvernance des communs peut-elle permettre de dépasser cette limite ?

## §2. Le principe de participation et la problématique des « communs » ostromiens

À première vue, le principe de participation ne peut être assimilé avec les modes de gouvernance étudiés par Elinor Ostrom. En effet, celle-ci se concentre sur les pools communs de ressources (CPR : *common-pool resources*) qui sont *auto-gérés* sur le long terme par les « propriétaires » (*appropriators*) eux-mêmes. Or loin d'être du « droit spontané » créée par des personnes privées, le droit à la participation s'apparenterait plutôt à une nouvelle vision de l'action publique elle-même adossée à une vision renouvelée de la démocratie et de l'État<sup>1458</sup>.

Pour autant, l'opposition entre une action publique mâtinée de participation et une pure auto-gouvernance privée ne doit pas être trop accentuée. Les autorités publiques jouent un rôle dans la gouvernance des ressources étudiées par Ostrom, notamment dans la résolution des conflits, dans l'expertise, voire dans la consolidation de l'institution de gouvernance elle-même<sup>1459</sup>. Certes, une insistance particulière est portée par Ostrom à la manière dont les institutions sont construites et maintenues par les acteurs eux-mêmes. Mais cette insistance s'explique sans peine par le cadre théorique d'Ostrom, l'économie néo-institutionnaliste<sup>1460</sup>. Le but principal de *Governing the Commons* n'est en effet pas d'étudier la communalité pour elle-même, mais de montrer la possibilité d'un modèle institutionnel de gouvernance en commun qui contredise – notamment – la théorie classique (selon laquelle les communs engendrent *nécessairement* une « tragédie ») et le modèle de l'action collective de Mancur Olson qui retient des conditions d'efficacité d'action collective très restrictives<sup>1461</sup>.

---

<sup>1456</sup> Même en restant sur le terrain procédural, on a fait remarquer que les exigences de la Convention d'Aarhus en son article 6 §8 (« Chaque Partie veille à ce que, au moment de prendre la décision, les résultats de la procédure de participation du public soient dûment pris en considération. ») étaient probablement plus fortes qu'une simple obligation d'information du public. V. en ce sens F. JAMAY, « L'ordonnance du 3 août 2016, un dialogue environnemental encore bien timide », *Energie - Environnement - Infrastructures*, déc. 2016, comm. 82).

<sup>1457</sup> Y. JÉGOUZO, « Principe et idéologie de la participation », in *Mélanges M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 585.

<sup>1458</sup> Sur les limites de la « démocratie participative », v. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, 2017, p. 253 : « En fin de compte, ces procédures apparaissent, non comme l'instrument permettant aux citoyens de définir, par le biais de leurs discussions, les contours de l'action publique, mais comme le moyen pour les gouvernants de consolider celle-ci, sur un plan pratique comme sur un plan symbolique ».

<sup>1459</sup> Ostrom montre ainsi que le succès des « accords de bassin » californiens dans la gestion de l'eau est du notamment au fait qu'ils furent « homologués » par les juges qui avaient été saisis au contentieux par les non-signataires (E. OSTROM, *Governing the commons*, op. cit., p. 114, à propos du Raymond Basin).

<sup>1460</sup> Cf. O. WEINSTEIN, « Comment comprendre les communs : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle théorie institutionnelle », *Revue de la Régulation*, 2013, n° 14, spéc. n° 68, qui pointe que les analyses micro-institutionnelles d'Ostrom pourraient être utilement complétées par la prise en compte des acteurs publics et des autres acteurs privés (notamment les marchés et la finance).

<sup>1461</sup> M. OLSON, *Collective Action - Public Goods and the Theory of Groups*, HUP, 1965 (trad. française : *Logique de l'action collective*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2011).

Dès lors que l'opposition tranchée gouvernance publique/gouvernance privée est abandonnée, la réflexion sur la gouvernance des choses porteuses de communalité peut s'atteler à une étude des mécanismes institutionnels associant les parties prenantes à la gouvernance de la ressource, quand bien même l'initiative et la mise en place des structures de gouvernance seraient publiques.

On y est d'autant plus incité que le droit français reconnaît déjà une telle figure « hybride » : la copropriété des immeubles bâtis. En effet, l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 10 juillet 1965 impose l'application du statut de la copropriété dès lors qu'un immeuble est divisé en lots entre plusieurs propriétaires, mais le statut ne règle pas tous les aspects de la gestion de la copropriété. Sous réserve des règles d'ordre public, les copropriétaires peuvent définir et établir les règles d'usage applicables à leur immeuble. Les grandes décisions relatives à leur propriété commune sont prises en assemblée. La gouvernance d'un immeuble en copropriété se fait donc par les copropriétaires eux-mêmes, mais dans un cadre institutionnel imposé et organisé dans une grande partie par l'autorité publique. C'est en ce sens qu'on peut qualifier ce mode de gouvernance d'hybride.

L'existence de ces systèmes hybrides incite donc à relire Ostrom en recherchant si sa réflexion institutionnelle ne pourrait pas aider à comprendre et à améliorer les systèmes de gouvernance d'origine publique.

### §3. Les critères de l'efficacité des institutions de gouvernance

Dans *Governing the commons*, Ostrom s'attache notamment à identifier quelles sont les conditions d'une gouvernance en commun efficace (*design principles*), à partir des cas empiriques étudiés<sup>1462</sup>. Ces paramètres permettent alors d'expliquer la « performance institutionnelle » (*institutional performance*) des modes de gouvernance, qui peuvent être soit « solides » (*robust*), soit « fragiles » (*fragile*), soit enfin des échecs (*failures*). Le succès ou l'échec se manifeste principalement par la conservation effective de la ressource, la durée de la structure institutionnelle choisie et par le degré d'adhésion des utilisateurs aux mécanismes de gouvernance mis en place<sup>1463</sup>.

Si ces paramètres intéressent la théorie économique institutionnaliste, ils permettent également au juriste de jeter un regard critique sur les mécanismes de participation qui ont été mis en place en droit français. Dans cette optique, après avoir présenté l'outillage théorique proposé par Elinor Ostrom (3.1) nous essaierons de les appliquer aux mécanismes de gouvernance d'origine publique existants en droit français, notamment en droit de l'eau (3.2).

#### 1. Présentation des design principles d'Elinor Ostrom

Les huit paramètres (*design principles*) dégagés par Elinor Ostrom pour évaluer la « performance institutionnelle » d'un système de gouvernance sont les suivants, par ordre d'importance<sup>1464</sup> :

##### 1/ *Clearly defined boundaries*

Des limites clairement fixées, que ce soit pour la ressource commune ou pour les personnes qui peuvent revendiquer des droits sur elle.

---

<sup>1462</sup> « By “design principle” I mean an essential element or condition that helps to account for the success of these institutions in sustaining the CPRs and gaining the compliance of generation after generation of appropriators to the rules in use » (*Governing the commons*, op. cit., p. 90).

<sup>1463</sup> E. OSTROM, *Governing the commons*, op. cit., p. 178.

<sup>1464</sup> E. OSTROM, *Governing the commons*, op. cit., p. 90 et s.

]

### **2/ *Congruence***

Il existe une congruence entre les règles applicables et les conditions locales d'utilisation de la ressource.

### **3/ *Collective-choice arrangements***

Les personnes impliquées par les règles peuvent participer aux décisions visant à les modifier.

### **4/ *Monitoring***

Les personnes chargées du respect des règles de gestion sont responsables à l'égard des utilisateurs.

### **5/ *Graduated sanctions***

Présence de sanctions graduées en cas de manquement aux règles, qui peuvent être demandées à la fois par les autres utilisateurs ou par les personnes chargées du respect des règles.

### **6/ *Conflict-resolution mechanisms***

Établissement de mécanismes peu coûteux de règlement des conflits survenant à propos de la ressource.

### **7/ *Minimal recognition of rights to organize***

Reconnaissance minimale par les autorités publiques d'une possibilité pour les *appropriators* de créer leurs propres institutions.

### **(8/ *Nested enterprises*)**

Ce critère n'est applicable que pour les ressources dont la gestion doit se faire à des échelles géographiques variables (eau, air, etc.). Dans ce cas, il est impératif que les différentes structures de gouvernance, locales ou générales, soient coordonnées entre elles.

## **2. L'application des critères à une institution publique de gouvernance : l'exemple de l'eau**

Il est intéressant de constater que beaucoup de ces critères d'efficacité ne sont pas spécifiques à une auto-organisation d'origine privée, mais peuvent être appliqués à des mécanismes de gouvernance institués par les pouvoirs publics.

Même si l'entreprise est délicate, on peut s'essayer à évaluer la structure de la gouvernance de l'eau au moyen des critères ostromiens<sup>1465</sup> :

**Tableau** : essai d'application des *design principles* à la gouvernance de l'eau en droit français.

	Absence	Présence partielle	Présence
<i>Clearly defined boundaries</i>			X
<i>Congruence</i>			X
<i>Collective choice arrangements</i>		X	
<i>Monitoring</i>		X	
<i>Graduated sanctions</i>		X	

<sup>1465</sup> Pour une présentation rapide des institutions de gestion de l'eau, v. *supra* Titre 1, Section 1.2 – Propositions de réformes relatives au patrimoine commun - L'eau comme patrimoine commun.

<i>Conflict-resolution mechanisms</i>		X	
<i>Minimal recognition of rights to organize</i>	X		
<i>Nested enterprises</i>			X

Les deux premiers principes peuvent être considérés comme remplis dans le cas de la gouvernance de l'eau. En effet, les différents bassins et sous-bassins du territoire sont clairement définis par la loi, de même que la composition des instances assurant la gestion de l'eau aux différents niveaux (*clearly defined boundaries*). La *congruence* est également remplie puisque les règles applicables aux prélèvements de la ressource sont adaptées aux types d'utilisation de l'eau et aux caractéristiques du milieu hydrique. L'établissement de schémas d'aménagement témoigne d'ailleurs de cette volonté d'adapter les règles au contexte local. Par ailleurs, les autorités publiques (et notamment les préfets) disposent en outre de pouvoirs étendus sur les prélèvements et les usages acceptés en cas de crise (sécheresse).

Enfin, l'eau étant une ressource nécessitant une gouvernance à plusieurs échelles, un effort de coordination a été fait sous l'égide du droit de l'Union (*nested enterprises*). C'est ainsi, par exemple, que les SAGE (Schémas d'aménagement et de gestion des eaux) doivent être rendus compatibles avec les SDAGE (Schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux).

Les critères 3 à 6 existent, mais ne peuvent être considérés que comme imparfaitement remplis. Il convient de préciser que le droit de l'eau admet une part de co-décision (*collective choice arrangements*), puisque la société civile, via les associations, est représentée dans les comités de bassin chargés de l'établissement des SDAGE (40% des membres : 20% usagers économiques et 20% usagers non économiques)<sup>1466</sup> et dans les commissions locales de l'eau, chargées de l'établissement des SAGE (25% des membres minimum)<sup>1467</sup>. Le droit de l'eau se situe donc déjà au-delà de la simple participation dans l'échelle de gouvernance présentée ci-dessus. Quant au contrôle des acteurs de la gouvernance, l'établissement de sanctions ou la résolution des conflits, ce sont les juridictions judiciaires ou administratives qui sont compétentes. Il est cependant de notoriété publique que les règles relatives aux prélèvements ne sont pas toujours respectées et ce de manière chronique<sup>1468</sup>.

Le seul *design principle* qui n'est pas présent dans la gouvernance de l'eau est la possibilité pour les parties prenantes de créer leurs propres institutions (*Minimal recognition of rights to organize*). Comme le note Ostrom, l'impossibilité de créer sa propre institution de gouvernance approuvée par les pouvoirs publics engendre une difficulté sur le long terme : toute tentative d'arrangement privé dans la répartition de l'usage risquera d'être niée par un utilisateur qui invoquera les règles publiques pour ne pas l'appliquer<sup>1469</sup>. On notera d'ailleurs qu'historiquement la première loi du 28 juin 1938 sur la copropriété des immeubles a été édictée du fait de l'impossibilité de rendre opposable à tous les contrats privés visant à gérer les parties communes de l'immeuble<sup>1470</sup>. Il fallait que les pouvoirs publics imposent l'édition d'un règlement, tout en laissant des libertés sur son contenu, pour que ce dernier puisse lier efficacement l'intégralité des copropriétaires.

<sup>1466</sup> Art. L. 213-8, c. envir.

<sup>1467</sup> Art. L. 212-4, c. envir.

<sup>1468</sup> Sur tous ces aspects, v. ci-dessus le rapport « L'eau comme patrimoine commun ».

<sup>1469</sup> E. OSTROM, *Governing the commons*, op. cit., p. 101.

<sup>1470</sup> P. CAPOULADE, D. THOMASIN, *La copropriété*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz Action, 2018-2019, §11.012.



En mettant en relation les critères ostromiens de l'efficacité des institutions avec les institutions déjà existantes en droit positif, il devient possible de compléter les différents niveaux dans la gouvernance.

#### §4. L'échelle de communalité appliquée à la gouvernance : participation, gestion directe, auto-gouvernance

À partir de l'exemple du droit de l'eau et des critères dégagés par Ostrom, il est possible de développer la « suite » de l'échelle de la participation présentée précédemment :

- **Niveau 0** : simple possibilité de contester la décision en justice a posteriori
- **Niveau 1 : Le droit à l'information**
- **Niveau 2 : Le droit à la participation** (au sens strict)
  - *2a* : consultation du public sous forme d'observations écrites ou orales (sans débat)<sup>1471</sup>.
  - *2b* : formes de consultation admettant un échange d'arguments : la concertation (art. L. 121-15-1 et s., C.envir. ; art. L.103-2, Code de l'urbanisme), l'enquête publique (art. L.123-2 et s., C. envir.) et le débat public (art. L.121-8, C. envir.).
  - *2c* : consultation locale (débat et vote de l'ensemble des électeurs)<sup>1472</sup>.
- **Niveau 3 : La gestion directe** (un pouvoir de décision est accordé aux particuliers dans la gestion de la ressource).
  - *3a* : Co-décision. Les particuliers sont associés aux autorités publiques dans la prise de décision.
  - *3b* : Gestion intégrale. Les particuliers prennent seuls les décisions, mais dans un cadre institutionnel défini par l'autorité publique.
- **Niveau 4 : Auto-gouvernance** : L'autorité publique permet aux particuliers de définir eux-mêmes les institutions de gouvernance de la ressource.

La séparation entre le niveau 3 et le niveau 4 peut s'appréhender de manière plus précise grâce à la distinction théorique entre règles primaires et règles secondaires<sup>1473</sup>. La capacité d'auto-gouvernance suppose que les particuliers aient la possibilité non seulement de créer ou abroger les règles d'usage de la ressource (règles primaires), mais également les règles définissant les organes de gestion de la ressource chargés d'édicter les règles d'usage (règles secondaires). À titre d'exemple, les copropriétaires d'un immeuble peuvent édicter des règles de comportement quant à l'usage de l'immeuble, mais ils ne peuvent pas édicter des règles modifiant les pouvoirs dévolus à chacun des organes de la copropriété.

Chaque objet empreint de communalité peut être placé sur cette échelle : les monuments historiques se situent pour ainsi dire au niveau 0 en termes de gouvernance ; l'environnement au niveau 2, avec dans le cas du droit de l'eau, quelques aspects se situant au niveau 3a. La copropriété des immeubles bâtis se situe, elle, au niveau 3b. Mis à part le logiciel libre, on ne voit guère d'exemple de « commun » significatif atteignant le niveau 4 en droit français, qui correspond pourtant au « commun » ostromien jugé « solide » (*robust*). Cette absence peut se justifier par l'assimilation historique entre intérêt commun, intérêt général et intérêt de l'État.

---

<sup>1471</sup> C'est le cas par exemple de la procédure de participation « de droit commun » (art. L. 123-19-1 et s., C. envir.), qui est applicable en l'absence de toute autre procédure spécifique (sauf dans les petites communes où elle prend la forme d'une réunion publique).

<sup>1472</sup> La consultation locale, introduite par l'ordonnance du 21 avril 2016 dans le contexte de l'affaire Notre-Dame-des-Landes, permet de « consulter les électeurs d'une aire territoriale déterminée afin de recueillir leur avis sur un projet d'infrastructure ou d'équipement susceptible d'avoir une incidence sur l'environnement » (art. L. 123-20, C. envir.).

<sup>1473</sup> H.L.A HART, *Le concept de droit*, 2<sup>e</sup> éd., Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 101.

Seules les autorités publiques sont jugées les plus à-mêmes de veiller à des intérêts communs dépassant les purs intérêts particuliers.

Outre qu'elle révèle cette criante absence, l'échelle proposée permet également de montrer la voie vers une « montée en communalité » dans la gouvernance de chacune des ressources.

## §5. Comment « monter en communalité » dans la gouvernance ?

Le droit français admet des structures de gouvernance qui se situent à tous les niveaux de l'échelle, mis à part peut-être au dernier niveau. On peut se demander, dès lors, si un programme général de réforme ne consisterait pas à faire passer chacune des ressources au niveau supérieur, en s'inspirant des modèles déjà existants dans la catégorie visée<sup>1474</sup>.

Quelques pistes peuvent être évoquées dans cette optique :

- Un principe de participation pourrait ainsi être reconnu pour les biens culturels, en accord avec leur qualification de patrimoine commun<sup>1475</sup>. En effet, comme cela a été noté, les raisons qui justifient le principe de participation en droit de l'environnement (et en premier le fait que la ressource est porteuse d'un intérêt commun) se retrouvent dans d'autres domaines<sup>1476</sup>. Le droit de l'environnement fournit un modèle de départ aisément transposable ou généralisable.
- Pour les biens environnementaux, les discussions récentes autour du principe de participation s'interrogent sur les moyens d'augmenter son effectivité. Même si l'introduction par l'ordonnance du 3 août 2016 d'une obligation minimale de motivation en cas de participation du public peut être saluée, le modèle participatif atteint sa limite « naturelle » du fait de son caractère non contraignant. Dès lors, ne faut-il pas plutôt réfléchir à laisser une place à la co-décision dans certains secteurs, sur le modèle des dispositifs existants déjà en droit de l'eau ?
- Pour le droit de l'eau, la gestion directe de certaines ressources pourrait être encouragée. Le régime juridique des cours d'eaux non navigables reste très individualiste et fait penser, par certains aspects, au régime de la copropriété des immeubles d'avant la loi de 1938. L'obligation individuelle d'entretien de ses seules rives (article L. 215-14, c. envir.) rappelle quelque peu la logique de l'ancien article 664 du Code civil<sup>1477</sup>. Certes, la possibilité de constituer des associations syndicales de propriétaires, y compris de manière forcée par le préfet, corrige cet individualisme dans ces aspects les plus criants<sup>1478</sup>. Néanmoins, il n'est pas interdit de réfléchir à un « statut de rivière » qui permettrait certes de répartir les frais d'entretien du cours d'eau, mais aussi de fixer collectivement des règles relatives aux éventuels droits de passages ou servitudes, voire même des règles de prélèvement et d'usage du cours d'eau lui-même.
- Enfin, pour la copropriété des immeubles bâtis, le caractère impératif du statut, empêchant tout arrangement institutionnel différent, pourrait être remise en cause. En effet, l'impérativité de la loi du 10 juillet 1965 se justifiait par la lutte contre les contrats d'adhésion attentatoires aux

---

<sup>1474</sup> V. *infra*, Annexe 1, n°16 – Propositions de réformes relatives au droit à la participation et à la co-décision.

<sup>1475</sup> V. Seconde partie, Titre 1, Section 1 Patrimoine commun, qui propose d'associer un principe constitutionnel de participation à tous les éléments reconnus comme faisant partie du patrimoine commun.

<sup>1476</sup> Y. JEGOUZO, « Principe et idéologie de la participation », in *Mélanges M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 578.

<sup>1477</sup> Anc. art. 664 : « Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode des réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit : Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient ; Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche ; Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit, le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui et ainsi de suite. »

<sup>1478</sup> Sur ces associations, v. J.-L. GAZZANIGA *et alii*, *Le droit de l'eau*, 3<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2011, n° 445 et s.

droits individuels des copropriétaires<sup>1479</sup>. Les outils de lutte contre les clauses abusives du droit de la consommation ou désormais du droit commun (article 1171, c. civ.), qui n'existaient pas en 1965, permettraient sans aucun doute de pallier les principales difficultés. Le statut de la copropriété pourrait ainsi devenir supplétif, comme il l'était sous la loi du 28 juin 1938, dès lors que les règles de protection essentielles restent d'ordre public. Les copropriétaires désireux d'un arrangement institutionnel différent pourraient ainsi le développer, ce qui renforcerait l'adhésion à la règle et réduirait probablement le contentieux. La copropriété des immeubles bâtis se rapprocherait ainsi des « communs » analysés par Ostrom.

---

<sup>1479</sup> P. CAPOULADE, D. TOMASIN, *La copropriété*, op. cit., §011.32.

## Section 2.3. Le droit d'accès à la justice et les actions en défense des intérêts communs<sup>1480</sup>

**Passer de la juridicité des intérêts communs à leur judiciarité.** Identifier et définir les intérêts communs n'a été qu'une première étape<sup>1481</sup>. Pour rendre ce concept opérationnel, il faut étudier comment il est possible de les défendre en justice, autrement dit de permettre que ces intérêts puissent faire l'objet d'un procès afin d'en obtenir le respect. C'est l'objet de la proposition d'une action diffuse, dont la reconnaissance participe à l'idée de gouvernance, en ce que, pour qu'il y ait commun, il faut non seulement un objet de communalité, une communauté autour d'un intérêt commun et des relations intra-communeurs inclusives (et entre l'objet et les communeurs), mais également une gouvernance de laquelle cet accès au juge participerait. Par ailleurs, ainsi qu'il l'a été précisé dans la partie consacrée au cadre conceptuel de la recherche<sup>1482</sup>, dans la distinction des attributaires, des bénéficiaires et des contrôleurs, le juge fait partie de la dernière catégorie.

Pour construire les propositions relatives à l'action diffuse, le droit comparé peut à nouveau être fortement mobilisé. On constatera en effet qu'il existe dans d'autres droits des actions qui permettent d'ores et déjà la défense en justice de la plupart des intérêts communs que nous avons définis. Il s'agit précisément d'actions qui, aux côtés de celles protégeant des intérêts individuels, présupposent l'existence d'intérêts qui dépassent la dimension individuelle et aboutissent à la prise en compte d'une certaine communalité<sup>1483</sup>. C'est pourquoi, après avoir livré une brève synthèse des actions existantes (§1), on présentera la proposition d'une action diffuse, en la distinguant bien de celles en défense d'un intérêt collectif, et en détaillant les deux formes qu'elle pourrait revêtir, à savoir celle d'une action populaire ou celle d'une action en défense d'un intérêt diffus (§2). Il faudra alors proposer une typologie des actions diffuses (§3) ainsi que les conséquences en termes de régime, que ce soit quant aux parties à l'action, en particulier ses titulaires et ses bénéficiaires, que quant aux mesures que pourrait ordonner le juge, judiciaire comme administratif (§4).

Le schéma ci-dessous permet d'ores et déjà de réunir les propositions de classification des intérêts à dimension pluri-individuelle et les actions en respect et défense afférentes.

---

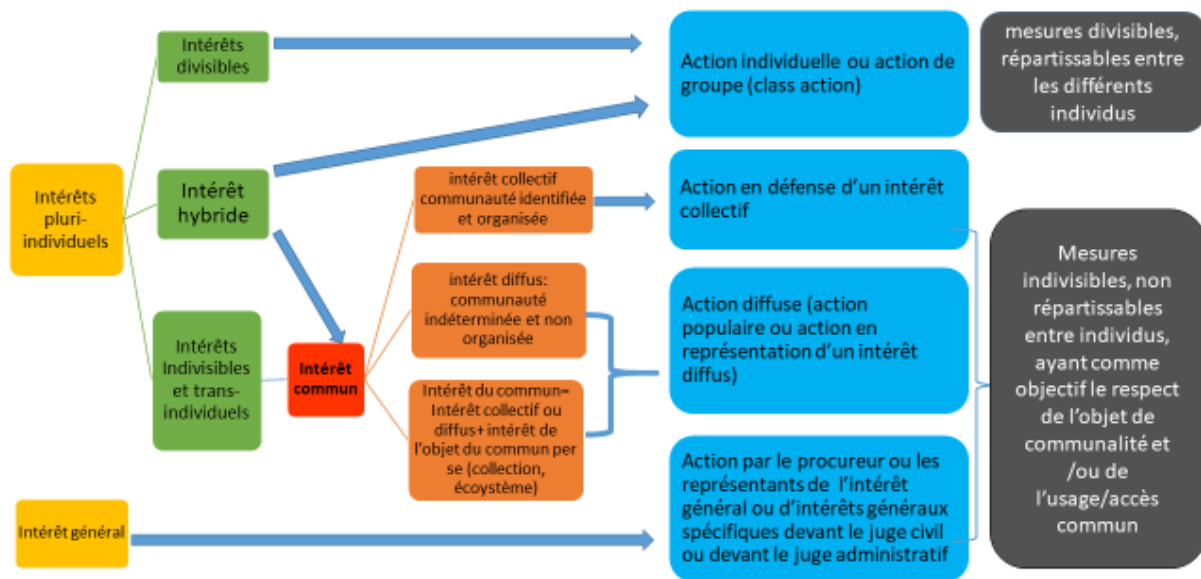
<sup>1480</sup> Rédacteurs : Chiara ANGIOLINI, Marie-Pierre CAMPROUX DUFFRENE, Rocio Del Pilar TRUJILLO SOSA, Daniela FESTA, Thomas PERROUD

<sup>1481</sup> V. *supra* Partie 2, Titre 2, Section 1, Les prérogatives à reconnaître.

<sup>1482</sup> V. *supra* Partie 1, Propriété et communalité.

<sup>1483</sup> À ce propos, W. VAN GERVEN définit les « *remedies* » comme « catégories des actions destinées à remédier aux atteintes aux droits concernés », v. « Id., Of rights, remedies, and procedures », *Common Market Law Review*, n° 37, 2000, p. 502.

## Proposition de classification des intérêts et actions en défense



### §1. État du droit positif en matière d'actions en défense d'intérêt commun

Dans les hypothèses qui nous occupent, l'action n'aurait pas pour objectif de revendiquer ou de sanctionner les atteintes à un droit subjectif individuel, mais de faire respecter un intérêt commun par définition transindividuel et indivisible.

L'orientation n'est pas inconnue du droit positif français. Il admet d'ores et déjà des actions en défense de certains intérêts collectifs (communauté déterminée et organisée de consommateurs<sup>1484</sup>, d'une profession<sup>1485</sup>). De plus, en matière environnementale, l'article L.142-2 du Code de l'environnement instaure l'action civile des associations de protection « en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre ». La Cour de cassation, dans l'affaire Erika de 2012, a d'ailleurs admis sur ce fondement la réparation du préjudice écologique en indemnisant les associations de protection de l'environnement qui en avait fait la demande<sup>1486</sup>.

Depuis, le législateur en 2016 a consacré une action en réparation du préjudice écologique dont le régime est spécifique et connaît des dérogations au droit commun. En cela, elle porte déjà, selon Marie-Pierre Camproux Duffrène, sur la défense d'un intérêt commun. En effet, le préjudice écologique correspond à l'atteinte d'un intérêt du commun, c'est-à-dire de l'intérêt d'un écosystème *per se* et de l'intérêt diffus d'une communauté bénéficiant de cet écosystème. Les titulaires de l'action en défense de cet intérêt « du commun » sont par ailleurs identifiés à l'article

<sup>1484</sup> G. BUSSEUIL, P. GUEZ, S. PIETRINI et S. ROZEZ, « Des décisions prises dans l'intérêt collectif », in *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, préc. p. 181 et la jurisprudence citée note 18. V. notamment l'attendu des arrêts de Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 2005, n° 03-13779, *Bull.* 2005, I, n° 60 et n° 03-16935, *Bull.* 2005, I, n° 59 : « les associations agréées de défense des consommateurs sont en droit, dans l'exercice de leur action préventive en suppression de clauses abusives devant les juridictions civiles, de demander la réparation notamment par l'octroi de dommages-intérêts de tout préjudice direct ou indirect porté à l'intérêt collectif des consommateurs. »

<sup>1485</sup> H. NASOM-TISSANDIER, *Recherche sur la notion juridique de profession*, thèse, Paris X, 1999, inédite.

<sup>1486</sup> V. notamment M.-P. CAMPROUX DUFFRENE et D. GUIHAL, « De l'audace, encore de l'audace, toujours de l'audace et l'environnement sera sauvé », Commentaire de la décision de la chambre criminelle de la cour de Cassation du 25 septembre 2012 dans l'affaire Erika, *RJE* 2013/03, p. 457.

1248 du Code civil comme toute personne ayant qualité et intérêt à agir, dont un certain nombre de personnes morales de droit privé et de droit public. Cet article prévoit ainsi une pluralité de titulaires et laisse la porte ouverte à une interprétation en termes de recevabilité d'une action populaire, l'action étant « ouverte à toute personne ayant intérêt et qualité pour agir »<sup>1487</sup>. Toujours dans le cadre de cette action, le juge peut prescrire des mesures de prévention ou de cessation du dommage selon l'article 1252 du Code civil, ce qui est plus large qu'une simple action en réparation. Il peut également ordonner, selon l'article 1249 du Code civil, des mesures de réparation du préjudice écologique en nature, à la charge du responsable, ou subsidiairement sous forme d'indemnisation attribuée soit au demandeur, s'il peut prendre les mesures utiles, soit à l'État. Dans tous les cas, l'objectif est que les mesures soient affectées à l'environnement.

Si ces actions en défense d'un intérêt que l'on peut qualifier de commun ne sont évidemment pas identifiées en tant que tels, certains éléments de fond et de procédure sont encourageants pour l'introduction en droit français d'une action générale en défense d'un intérêt commun, ou action diffuse.

Ils se retrouvent par exemple en Italie, où une évolution a eu lieu dans le même sens : alors que l'action en protection de l'intérêt diffus avait tout d'abord été ouverte à des personnes morales, telles que des associations agréées (à l'échelle nationale puis locale), le critère de la recevabilité a ensuite été élargi pour embrasser également des associations locales (non agréées) qui répondaient à trois attributs énoncés par la jurisprudence, à savoir : un degré d'organisation suffisant, une certaine représentativité, et un lien territorial particulier, la *vicinitas*. Le droit Italien est même allé encore plus loin en admettant que quiconque ayant un lien territorial particulier (*vicinitas*) avec la ressource, ou l'environnement ou même le service objet de la controverse, et faisant ainsi partie de la communauté diffuse concernée, pouvait agir. Seuls la Colombie et le Portugal ouvrent des actions à toute personne<sup>1488</sup>.

## §2. La distinction entre l'action en défense d'un intérêt collectif et l'action diffuse

La catégorie des intérêts communs recouvre, on l'a vu, les intérêts collectifs, les intérêts diffus et les intérêts du commun. En matière d'action, il peut être intéressant, au regard de l'état du droit français, de distinguer entre les actions en défense d'un intérêt collectif (1), déjà intégrée à la tradition juridique bien qu'elles ne suscitent guère l'attention, et les actions en défense d'un intérêt diffus ou du commun (2)<sup>1489</sup>.

### 1. L'action en défense d'un intérêt collectif

On rappelle en effet que si l'action concerne les intérêts d'une **communauté identifiée et organisée**, l'intérêt commun en question est un **intérêt collectif**. Les règles statutaires de l'entité organisée (en France avec l'attribution de la personnalité morale<sup>1490</sup>) permettent alors d'identifier

---

<sup>1487</sup> Article 1248 du code civil : « L'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'Etat, l'Office français de la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement. »

<sup>1488</sup> V. *infra* Annexe 2, Les leçons du droit comparé, n°4 et 5.

<sup>1489</sup> V. *infra*, Annexe 1, n°16 – Propositions de réformes relatives au droit d'accès à la justice.

<sup>1490</sup> Il faut toutefois considérer l'assouplissement progressif de l'impératif « pas d'action sans personnalité, pas des personnalités sans loi ». Même dans le cadre de la tradition juridique française, très fidèle à cette maxime, des arrêts de premier plan ont adopté une approche mixte, en considérant la personne morale comme dépendant principalement d'exigences opérationnelles. En conséquence, la personnalité juridique, si elle n'est pas officiellement attribuée par la loi dans le respect des procédures légales, pourrait finalement être attribuée par le juge, pendant le

le (ou les) représentant(s) qui peuvent agir au nom et pour le compte de l'entité, que ce soit vis-à-vis des tiers et en justice, afin de poursuivre et de défendre les intérêts communs. Des mécanismes sont donc déjà à l'œuvre pour permettre l'identification d'un représentant de l'intérêt commun et sa protection en justice et il « suffit » de reporter aux règles statutaires d'habilitation. Il s'agit alors d'une **action en défense d'un intérêt collectif**. En droit français, elle est principalement aux mains des syndicats ou des associations de consommateurs agréées, qui ont la possibilité d'agir en justice en cas d'atteinte à l'intérêt collectif de la profession ou des consommateurs. Il est clair toutefois qu'il s'agit bien d'une action en défense d'un intérêt commun puisque la réparation ne pourra pas être répartie<sup>1491</sup>. Cette action ne soulève plus de difficultés et est d'ores et déjà identifiée et à l'œuvre dans la jurisprudence française<sup>1492</sup>.

## 2. L'action diffuse

En revanche, si la communauté n'est ni déterminée (dans ses membres) ni organisée, l'intérêt commun ou de la communauté se présente comme un **intérêt diffus**, dans la mesure où il n'est pas représenté par des structures organisées. L'action qui accompagnera l'atteinte à cet intérêt sera alors spécifique et nous proposons de l'appeler **action diffuse**<sup>1493</sup> : il s'agira d'une **action en défense d'intérêts transindividuels et indivisibles qualifiés d'intérêt diffus ou du commun**, rappel étant fait que les objets de communalité concernés peuvent être très divers (environnement, biens culturels, données, connaissance). Dans ce cas, le porteur de l'intérêt commun à défendre est la communauté, mais, comme cette dernière n'est ni organisée, ni représentée, il est non seulement nécessaire d'admettre une pluralité de titulaires de l'action et, mais de reconnaître qu'elle vise à favoriser la protection effective de l'intérêt commun. Celles-ci pourraient toutefois prendre deux formes.

## §3. Typologie des formes de l'action diffuse

En s'inspirant du droit comparé et des propositions relatives à la reconnaissance de l'intérêt commun émises antérieurement, il est en effet possible de distinguer **l'action populaire** de **l'action en défense d'un intérêt diffus**.

### 1. L'action diffuse : action populaire

Dans une première forme, l'action diffuse peut revêtir les attributs d'une action populaire totalement ouverte à quiconque : ce type d'action correspond bien, en effet, à la situation où il n'existe ni détermination *a priori* des membres de la communauté, ni organisation, et où la communauté considérée est la plus large possible (humanité, nation, etc.). Puisqu'il n'existe pas d'entité unique chargée de représenter cette communauté (sinon il s'agirait d'un intérêt collectif), l'action serait ouverte à chacun *uti cives*, pour porter l'intérêt de la communauté (dans lequel est intégré son propre intérêt en ce qu'il rejoint l'intérêt des autres usagers et vient se fondre dans l'intérêt commun). L'action pourra s'exercer de manière individuelle ou collective. Cette direction est déjà admise dans les systèmes portugais, brésilien et colombien. Elle est

---

procès, en considération de qualités substantielles comme l'organisation interne et le fonctionnement social, cf. Cass., Civ. 2<sup>ème</sup>, 28 janvier 1954.

<sup>1491</sup> Il ne s'agit pas d'une action de groupe (addition d'intérêts individuels), mais bien d'une action en défense d'un intérêt collectif et, dans ce cas, les associations représentatives auront pour but la sanction de l'atteinte à cet intérêt collectif, de sorte qu'elle ne sera pas à répartir entre les consommateurs.

<sup>1492</sup> V. par ex. Cass. Crim., 6 décembre 2011, n° 10-86.829, *Bull. crim.* 2012, n° 473.

<sup>1493</sup> Cf. J. ROCHFELD, « Communauté négative, positive, diffuse », in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (eds.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017.

préconisée en matière environnementale par une partie de la doctrine française<sup>1494</sup>. Elle renvoie à une action typiquement diffuse.

Concrètement, pour l'introduire en droit français, **trois propositions sont ici émises** :

En premier lieu, il serait souhaitable de ne pas lister de manière exhaustive les intérêts communs concernés, mais d'instaurer un **socle commun** de principes pour l'action diffuse, à l'instar de l'action de groupe (v. la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle)<sup>1495</sup>.

En deuxième lieu et subsidiairement, des précisions pourraient être livrées dans chaque code, à l'instar à nouveau de l'action de groupe, pour spécification en matière environnementale, culturelle, etc., de sorte que des **actions diffuses spéciales** s'appliqueraient dans les **domaines particuliers** identifiés comme d'intérêt commun. Cette spécialisation aurait l'avantage de renforcer la reconnaissance de ces intérêts communs et de justifier plus facilement l'admission d'une titularité diffuse, même en cas de communautés plus restreintes, parfois organisées, ou de représentants attitrés (associations agréées, etc.).

En troisième lieu et plus subsidiairement encore, le législateur pourrait énoncer une liste de domaines (environnement, domaine public matériel ou immatériel ...) où ils existent des impératifs majeurs de protection des intérêts communs. Ces domaines seraient en conséquence couverts par une **action populaire spéciale** dotée d'une légitimation objective, suivant en cela l'exemple portugais. Ces domaines seraient des domaines de titularité diffuse et seraient protégés de manière renforcée par la loi (comme dans le cas des actions populaires au Portugal, en Colombie et au Brésil).

Dans l'attente de ces évolutions néanmoins, et en matière de préjudice écologique, **une interprétation dans le sens de cette orientation pourrait d'ores et déjà être appliquée concernant l'action prévue à l'article 1248 du Code civil** : la disposition pourrait être comprise comme ouvrant à une action populaire et servir de modèle pour d'autres matières. En l'absence d'énumération, les titulaires devraient prouver qu'ils sont bien porteurs de l'intérêt commun sur le fondement de la réunion de certaines conditions de rattachement et de connexion (comme celui italien, de rattachement géographique).

## 2. L'action diffuse : action en défense d'un intérêt diffus

Une autre forme d'action diffuse tient en une action en défense d'un intérêt diffus, à ouverture limitée. Elle est adaptée lorsque la communauté est partiellement ouverte et non totalement organisée.

Précisément, cette forme d'action permettrait d'agir au nom de ce même intérêt diffus, mais en réduisant le nombre des titulaires de l'action : ils devront prouver leur lien de rattachement à la

---

<sup>1494</sup> E. TRUIHLE et M. HAUTEREAU-BOUONNET (dir.), *Le procès environnemental - Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, mai 2019, Rapport final de recherche (Mission de recherche droit et justice), page 12 ; M.-P. CAMPROUX DUFFRENE, Les communs naturels comme expression de la solidarité écologique, RJE 4/2020, p. 689 à 713.

<sup>1495</sup> Sont soumises aux règles communes établies par la loi du 18 novembre 2016 les actions de groupe exercées en matière de discrimination, de discrimination au travail, d'environnement, de données personnelles et dans le domaine de la santé. La loi opère une distinction entre les actions de groupe qui sont introduites devant le juge judiciaire et celles qui le sont devant le juge administratif, mais les règles sont transposables d'un ordre juridictionnel à l'autre. L'objet de l'action est dual, il s'agit de faire cesser un manquement à une obligation légale ou contractuelle et/ou de statuer sur la responsabilité en vue d'obtenir la réparation de préjudices.



communauté lésée ou, pour les organisations ou collectivités, que les intérêts qu'elles défendent sont inclus dans cet intérêt diffus.

Dans cette hypothèse, il pourrait ainsi se cumuler défense d'un intérêt collectif et défense d'un intérêt diffus. Par exemple, une communauté définie et organisée (celle des pêcheurs d'un bassin précis) peut défendre son intérêt collectif *via* ses représentants (selon les règles statutaires), mais l'intérêt défendu peut aussi dépasser l'intérêt de cette seule collectivité et être diffus (la défense de la faune de ce bassin). D'autres sujets pourront alors demander la protection de l'intérêt et, inversement, le représentant de l'intérêt collectif pourra agir dans un intérêt plus large que celui, collectif, qu'il est sensé représenter.

En conséquence, cette forme d'action diffuse pourrait être portée par chaque membre de la communauté diffuse *uti cives*, de manière individuelle ou collective, mais également par des associations, fondations, ONG (selon l'exemple portugais), à la condition de prouver un rattachement spécifique (d'ordre géographique ou autre) à la communauté diffuse. De même, pourraient agir les collectivités territoriales ou des associations dont les intérêts participeraient de cet intérêt diffus, sans parler du Procureur de la république, d'une autorité indépendante ou de fonds spécialisés si l'intérêt diffus revenait à leur compétence. La reconnaissance légale d'une telle action impose donc au législateur la désignation d'une pluralité de titulaires de l'action, comme en France pour le préjudice écologique.

*In fine*, on précisera que les deux formes d'action populaire ou en représentation d'un intérêt diffus peuvent co-exister : en fonction de l'objet de la communalité ou des caractères plus ou moins ouvert et organisé de la communauté, elles pourraient se superposer. Pour autant, l'action en défense d'un intérêt diffus avec désignation d'une liste de titulaires de l'action pourrait être préférée par le législateur (indépendamment de l'ouverture de la communauté ou de l'objet de communalité), avec pour conséquence de réduire l'accès au juge. Mais il faut aller davantage en précisions relativement aux titulaires de l'action.

## §4. Propositions de réformes relatives aux parties à l'action diffuse

### 1. Les titulaires de l'action diffuse

L'introduction en droit français d'une action diffuse ne va pas de soi. Les conditions posées à l'article 31 du Code de procédure civile sont en sens contraire, imposant la personnalité et l'individualité de l'action. Des dérogations ont été admises en cas d'intérêts collectifs, hypothèses dans laquelle la communauté est organisée et la représentation en justice de ses intérêts prévus statutairement. Dans le cadre d'une action diffuse, les difficultés sont accrues, la communauté n'étant pas organisée ou l'action concernant une chose commune à tous. **Il est donc nécessaire d'élargir le cercle des titulaires.**

En premier lieu, on doit considérer que l'intérêt de la communauté peut être porté **par chacun *uti cives*, non pas dans son propre et unique intérêt, mais dans l'intérêt de la communauté dont il fait partie.** Ainsi, chaque membre de la communauté devrait pouvoir agir *uti cives*, soit individuellement (selon le schéma traditionnel de l'*actio popularis* romaine) soit de manière collective (dans le prolongement des doctrines sur les intérêts diffus) dans des matières ou/et selon des critères à préciser (cf. les critères prévus dans les différentes traditions qui admettent ces intérêts). Mais on l'a dit, en fonction du degré d'ouverture de la communauté et de l'objet de communalité concernés, une distinction pourrait être effectuée :

- En cas de communauté ouverte et d'un large objet commun, tel que l'air, l'eau, l'écosystème planétaire ou la biodiversité, chacun *uti cives*, devrait pouvoir porter l'intérêt de la communauté. L'action pourrait s'exercer de manière individuelle ou collective.
- En cas de communauté moins ouverte ou d'objet non universel (un lac donné, un logiciel), chacun/chacune *uti cives* devrait pouvoir agir de manière individuelle ou collective à la condition de prouver un rattachement spécifique à la communauté diffuse (d'ordre géographique, comme en droit italien, ou autre).

En deuxième lieu, une place importante devrait être réservée aux **structures personnifiées**. En effet, des enjeux d'efficacité procédurale poussent à constater que l'individu n'est pas toujours en mesure d'assurer jusqu'au bout son rôle de défenseur de cet intérêt commun dans des procès souvent complexes et coûteux. Pour garantir en conséquence la tenue de l'action et la protection effective de l'intérêt commun, il est proposé d'élargir la palette du cercle des titulaires potentiels de l'action à des structures organisées. Ainsi, pour défendre l'intérêt commun face au juge (civil ou administratif, parfois même pénal) des personnes morales, sujets représentant le collectif (association, fondations, ONG de tous ordres, selon les critères de rattachement et de représentativité applicables), pourraient être porteurs de l'intérêt commun, distinct des intérêts de chaque collectif. Elles devraient pouvoir agir *uti cives*, en tant que membre de la communauté concernée.

En troisième lieu, des **collectivités territoriales ou des établissements publics défendant des intérêts généraux spécifiques ou localisés participant de cet intérêt commun** devraient également pouvoir agir. En effet, il a été démontré en Amérique Latine et au Portugal, que l'intérêt diffus peut se superposer à l'intérêt général d'une collectivité territoriale ou même nationale<sup>1496</sup>. Des autorités indépendantes (en raison de leur compétence), un fonds spécialisé dans la protection de cet intérêt commun, ou le cas échéant un procureur général ou spécial, devraient donc pouvoir également agir en défense de l'intérêt diffus.

Il faut cependant insister sur le fait que si l'intérêt commun peut être placé au cœur d'une organisation (association, etc.), cela n'empêche pas *a priori* d'autres sujets d'agir, qu'ils soient publics ou privés, ou que ce soient des représentants d'entités non-humaines ou de groupes informels rattachés (ou rattachables) au même intérêt. Les institutions collectives reconnues ne représentent ainsi pas tous les intérêts, et pas l'intégralité de l'intérêt commun. C'est pourquoi ces autres sujets pourront éventuellement réclamer (directement ou indirectement dans le cas des générations futures ou des non humains) un rôle actif dans la protection de l'intérêt, mais cette fois en raison d'un rattachement purement factuel à la communauté d'intérêts sous-jacente et en tant que porteurs de son intérêt diffus. Il peut également y avoir superposition de l'intérêt commun et de l'intérêt général défendu par le procureur général, des autorités indépendantes ou un fond spécialisé. D'ailleurs, cette représentation plurielle semble, à l'étude du droit comparé, la garantie d'une meilleure protection de l'intérêt diffus, tout particulièrement dans le cas d'une communauté ouverte et d'un objet de communalité tel que l'air ou la biodiversité (soit des communs universels).

## 2. Les bénéficiaires de l'action diffuse

Par ailleurs, dans la mesure où les intérêts communs sont des intérêts indivisibles et transindividuels portant sur un objet de communalité, dont l'usage est commun ou dont la conservation est un intérêt commun, les bénéfices de l'action seront non divisibles entre

---

<sup>1496</sup> Ailleurs, comme en Italie, l'intérêt diffus tend à rester séparé et différencié de l'intérêt général en raison de son caractère territorial et localisé. Toutefois, une action reste envisageable pour des intérêts portants sur des biens ayant des fonctions à la fois territoriales et administratives.

individus. Il faut donc, dans la procédure, dissocier les personnes habilitées à agir dans l'intérêt diffus de la communauté (et de la chose, objet de la communalité), d'un côté, de celles habilitées à bénéficier des mesures ordonnées par le juge, d'un autre côté.

En effet, même si tout titulaire potentiel pourra bénéficier indirectement et inclusivement de la décision judiciaire reconnaissant le bien-fondé de l'action, les bénéficiaires légaux ou désignés par le juge doivent être réduits à ceux qui, au regard de leur qualité ou compétence, peuvent permettre la bonne exécution et l'effectivité de la décision judiciaire. Notons d'ailleurs que, en matière de préjudice écologique, l'article 1249 du Code civil prévoit qu'en cas de réparation par indemnisation, celle-ci, bien qu'affectée à la réparation de l'environnement, doit être attribuée au demandeur ou, si celui-ci ne peut pas prendre les mesures utiles à cette fin, à l'État. Cette dissociation entre demandeurs et bénéficiaires de l'action existe donc déjà en droit positif et mérite d'être soulignée en ce qu'elle opère une brèche dans l'unicité théorique<sup>1497</sup>. Ainsi, dans le cadre de l'action diffuse, les mesures pourraient être affectées à un ou des bénéficiaire(s) habilité(s) légalement et/ou simplement désigné(s) par le juge. En outre, dans le cas spécifique d'une réparation en nature, ou de l'attribution de sommes d'argent affectés à la protection de la chose objet de communalité (donc d'une affectation directe à la chose elle-même), il faudrait désigner non pas un bénéficiaire au sens littéral, mais un gardien de l'intérêt commun chargé de s'assurer de l'effectivité de la réparation.

### **3. L'intérêt d'un fonds dédié à la protection des ou d'un intérêt(s) commun(s)**

C'est dans ce cadre qu'apparaît tout l'intérêt d'un fonds dédié à la protection des ou d'un intérêt commun : il pourrait être titulaire, bénéficiaire ou gardien de l'effectivité des mesures affectées. En effet, dans tous les cas où une dimension commune de l'intérêt serait caractérisée, la réparation pourrait être octroyée à un fonds dont l'objet serait sa protection, afin que tout ou partie des sommes allouées par le juge (un pourcentage par exemple) puisse être affecté non seulement à la réparation du commun, mais aussi au soutien des actions en justice à venir en défense des intérêts communs. Il est évident que la création d'un tel fonds simplifierait la tâche des juges. Cette entité exécuterait également les mesures de prévention, de cessation ou de réparation, ou contrôlerait l'exécution de ces mesures par le débiteur ou les bénéficiaires de la décision de justice. Inversement, il devrait être prévu, dans le cas où le fonds serait en charge de l'exécution des mesures, que le(s) titulaire(s) de l'action puissent s'assurer de la bonne exécution des mesures au regard de l'intérêt commun en jeu.

### **4. Les défendeurs à l'action diffuse**

Quant au défendeur à l'action diffuse, il pourra ou non faire partie de la communauté intéressée. Ainsi, il pourrait être propriétaire d'une chose objet de communalité. Dans ce cas, sa responsabilité pourrait être plus importante, étant plus en charge que les autres, voire pour les autres, du bon état de cet objet.

Le défendeur peut être une personne physique, mais également et surtout des personnes morales de droit privé (en sachant que les conséquences de leurs actes peuvent être fonction de l'activité et de la taille de l'entreprise) ou de droit public. Il faut noter que d'ores et déjà les actions en défense d'un intérêt collectif menées par les syndicats et les associations de consommateurs<sup>1498</sup>

---

<sup>1497</sup> V. *infra*, 4.3 et les propositions du Rapport Y. JEGOZO, 17 septembre 2013, <http://www.justice.gouv.fr/la-garde-des-sceaux-10016/groupe-de-travail-sur-la-responsabilite-environnementale-25473.html>

<sup>1498</sup> G. BUSSEUIL, P. GUEZ, S. PIETRINI et S. ROZEZ, « Des décisions prises dans l'intérêt collectif », in *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, préc. p. 181 et la jurisprudence citée note 18. V. notamment l'attendu des arrêts de Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 2005, n° 03-13779, *Bull.* 2005, I, n° 60 et n° 03-16935, *Bull.* 2005, I, n° 59 : « les associations agréées de

sont dirigées contre des entreprises. Dans le cadre du procès Erika les associations de protection de l'environnement ont demandé et obtenu réparation sur le fondement de l'article L. 142-2 du Code de l'environnement à la société Total. Notons également que l'action en réparation du préjudice écologique a été intégrée dans le Code civil. Il ne l'a pas été dans le Code de l'environnement ce qui pourrait cantonner cette action aux juridictions judiciaires<sup>1499</sup>. Il faut cependant relever que récemment en mai 2019 l'État a été assigné devant le tribunal administratif de Paris par quatre associations dans un recours de plein contentieux notamment en réparation du préjudice écologique<sup>1500</sup>. Et que les arguments limitant les responsabilités aux personnes de droit privé ne tiennent pas juridiquement.

**Ainsi, il est proposé que l'action diffuse puisse se faire devant le juge judiciaire comme devant le juge administratif et donc que les défendeurs à l'action puissent être tout autant des personnes privées que des personnes de droit public.**

En cas de pluralité de responsables, la question peut se poser de l'articulation de responsabilités et d'obligations entre personnes de droit public et privé. Cette question ne doit pas être un frein à la reconnaissance d'un cercle élargi de défendeurs. Celle-ci est plutôt incitatrice à une plus grande vigilance des responsables potentiels si l'on se réfère aux récents contentieux en matière de santé environnementale (amiante)<sup>1501</sup>.

Dans le domaine des dommages causés à l'environnement, il faut également relever que le cas a été prévu de manière spécifique en matière d'obligations à réparation. Sans rentrer dans les détails, il a été pris en compte une certaine articulation des mesures prises en cas d'une même atteinte à l'environnement traitée par le juge judiciaire et les autorités administratives compétentes. Il est, en effet, prévu à l'article 1249 du Code civil alinéa 3 du chapitre III (action en réparation du préjudice écologique) du sous-titre II du titre III du livre III du Code civil que « L'évaluation du préjudice tient compte, le cas échéant, des mesures de réparation déjà intervenues (*dans le cadre d'une police administrative*), en particulier dans le cadre de la mise en œuvre du titre VI du livre Ier du Code de l'environnement ». Et dans le Code de l'environnement dans le titre VI du livre Ier sur « Prévention et réparation de certains dommages causés à l'environnement » (transposition de la directive 2004/35 sur la responsabilité environnementale) il est prévu à l'article L. 164-2. Que « Les mesures de réparation prises en application du présent titre (*police administrative relative à la responsabilité environnementale des entreprises*) tiennent compte de celles intervenues, le cas échéant, en application du chapitre III du sous-titre II du titre III du livre III du Code civil (*action en réparation du préjudice écologique*) ».

## 5. Préconisations relatives à certaines spécificités procédurales

Au regard de la pluralité des titulaires de l'action et du caractère transindividuel de l'intérêt concerné, des mécanismes processuels spécifiques doivent être prévus, notamment :

---

*défense des consommateurs sont en droit, dans l'exercice de leur action préventive en suppression de clauses abusives devant les juridictions civiles, de demander la réparation notamment par l'octroi de dommages-intérêts de tout préjudice direct ou indirect porté à l'intérêt collectif des consommateurs. »*

<sup>1499</sup> Alors que dans le cadre des actions de groupe dans le domaine de l'environnement il est possible d'agir devant les juridictions judiciaires et les juridictions administratives (Article L142-3-1 du code de l'environnement).

<sup>1500</sup> C. CURNIL et al., « L'affaire du siècle, entre continuité et innovations juridiques », *AJDA*, 30 septembre 2019, dossier n° 1864

<sup>1501</sup> V. Le contentieux de l'amiante dans lequel l'entreprise ayant indemnisé les victimes demande et obtient un remboursement partiel de cette indemnisation par l'État considéré comme co-responsable des dommages causés par un chantier de construction navale, dont les salariés avaient été exposés à l'amiante : CE 9/11/2015, n° 342458 SAS Constructions mécaniques de Normandie.

- a) Un système d'information relatif aux actions en justice en cours de constitution ou pendant le procès ;
- b) La possibilité pour tout titulaire de l'intérêt n'étant pas encore partie à l'action d'intervenir à tout moment dans l'action diffuse engagée, y compris en faisant appel de la décision sans nécessité d'avoir participé au procès en première instance ;
- c) La possibilité de jonction des procès commencés par différents porteurs d'intérêts pour les réunir, l'intérêt étant commun,
- d) Une modulation des effets de la chose jugée doit être prévue, au regard à la fois de l'objet de communalité et de la communauté concernée, de la qualité des demandeurs de l'action et de la sanction obtenue.

## §5. Propositions de réformes relatives aux mesures à disposition du juge

### 1. Les mesures de cessation ou de prévention des atteintes à l'intérêt commun

L'objectif de ces mesures est de prévenir ou de mettre fin à l'origine du préjudice afin d'éviter les préjudices futurs.

Il est admis en droit français que le juge puisse prescrire toutes les mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite à des droits extrapatrimoniaux ou à des choses non appropriées (corps humain à l'article 16-2 du Code civil). Il est également possible de prendre appui à la fois sur l'article 1252 du Code civil et sur le projet de réforme du droit des obligations<sup>1502</sup>. L'article 1252 précise qu'« *indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248 du Code civil, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage* ». Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile de 2017 prévoit une action en cessation du trouble ou préventive générale dans le futur article 1266 du Code civil : « *En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur* ». Il y ajoute un article 1279-6 selon lequel « *Les dispositions de l'article 1266 sont applicables au trouble illicite auquel est exposé l'environnement* ». Il était ainsi reconnu en droit français qu'au-delà de l'intérêt d'une personne, une action puisse être engagée pour prévenir les dommages ou faire cesser le trouble illicite à l'environnement.

Ces mesures comme en matière de réparation peuvent être exécutées par le défendeur lui-même (ou son mandataire) et il faut en prévoir le suivi. Elles pourraient aussi être effectuées par le demandeur s'il en a la possibilité ou la volonté ou par des entités spécialisées dans le domaine commun (autorités administratives indépendantes, fonds, associations, ...), elles pourraient alors prendre la forme de sommes attribuées par le défendeur aux bénéficiaires prévus pour prendre ces mesures (sommes affectées au respect de l'intérêt commun, y compris dans sa forme contentieuse).

### 2. Les mesures de réparation des atteintes à l'intérêt commun

En cas d'atteinte à un intérêt commun (indivisible et non répartissable), la réparation doit avoir pour objectif le rétablissement et le respect de cet intérêt commun, en cas d'impossibilité de remise en état initial, il faut envisager la réparation par équivalent. L'indemnisation (équivalent monétaire) n'étant pas forcément adaptée en cas de non-marchandisation ou d'absence de fongibilité des éléments atteints, il faut privilégier la réparation par équivalent non monétaire (en nature), en sachant que cette réparation aura un coût. Le coût des mesures de réparation est alors

<sup>1502</sup> *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017, J-J URVOAS, 30 p., [http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf)

chiffré monétairement. Mais dans ce cas l'évaluation monétaire porte non pas sur l'évaluation de l'atteinte, mais sur le coût de la réparation en nature (ex : le lynx n'a pas de prix, mais sa réintroduction peut être coûteuse, ex de la restauration d'une collection).

Soit le responsable est en charge d'exécuter les mesures (y compris par délégation, en restant responsable juridiquement de l'exécution des mesures) et il faut en prévoir le suivi. Soit le responsable peut verser le montant correspondant à cette réparation (en remboursement des sommes déjà dépensées ou sous forme d'indemnisation) à une personne (bénéficiaire de l'action) qui sera alors en charge d'exécuter la mesure concrète et qui doit être en mesure, au regard de sa compétence, de le faire. Quoi qu'il en soit des mesures de suivi de l'exécution de la réparation doivent être prévues et ordonnées en accessoire.

### 3. L'articulation entre action en réparation d'un préjudice individuel et action diffuse en réparation d'un préjudice commun

La possibilité pour une personne d'agir au regard d'un préjudice individuel *via* une action individuelle, voire une action de groupe si elle est prévue, n'exclue pas pour cette même personne la possibilité d'agir au nom d'un intérêt commun. En effet l'action individuelle aura pour objectif la réparation de son préjudice individuel (corporel, moral ou matériel), alors que l'action en défense d'un intérêt commun aura pour objectif la prévention, la cessation ou la réparation des atteintes à l'objet de la communalité ou des atteintes aux intérêts de la communauté.

Par exemple l'indemnisation du demandeur de son préjudice corporel (cancer) dû à une pollution n'empêcherait pas une action diffuse qui aurait pour but la cessation de l'origine de la pollution (fin de l'émission) ou la réparation/restauration du milieu. Le fait que la réparation de l'atteinte à l'intérêt commun soit affectée à la communauté ou à l'objet de communalité empêche le cumul de réparation d'un même préjudice.

Le seul point de jonction serait dans la situation où la même personne exerce une action en cessation du trouble, par exemple par le biais d'une action pour trouble anormal du voisinage par laquelle la personne demanderait non seulement réparation de son préjudice, mais également la prise de mesures visant à la cessation du trouble. Et une action diffuse (ici atteinte à l'environnement) par laquelle il serait demandé non seulement la réparation en nature des atteintes portées à l'environnement, mais également la cessation du trouble et donc la fin de l'activité à l'origine de la pollution.

Dans ce cas même si les préjudices ne sont pas les mêmes, les mesures de cessation de l'illicéité peuvent éventuellement se chevaucher. Est-ce problématique ? N'est-ce pas la même chose lorsque deux voisins agissent pour trouble anormal du voisinage. Quoi qu'il en soit le juge pourra éventuellement prendre en considération d'office ou à la demande du défendeur le fait que le trouble ait cessé, que les mesures de cessation ont déjà été prises ou de penser leur articulation.

### 4. Les mesures punitives pour atteintes à l'intérêt commun

Il pourrait être prévu au regard de l'irréversibilité ou de la gravité de l'atteinte (avérée ou à venir) faite à l'intérêt commun des **dommages et intérêts punitifs** (article 1279-1 ss. Projet de réforme responsabilité civile 2017) qui seraient affectés à la défense de cet intérêt commun (*via* le fonds éventuellement).

Il paraît utile également au regard de l'importance des intérêts en jeu de prévoir la possibilité de recourir à des **astreintes** concernant les mesures de prévention, de cessation ou de réparation (V. Art. 1250 du Code civil) en les octroyant au profit du demandeur, qui les affectent à la défense de l'intérêt commun concerné ou, si le demandeur ne peut ou ne veut prendre les mesures utiles à cette fin, au profit du fonds porteur de l'intérêt commun s'il existe, ou à une

personne morale ayant les capacités de les prendre, ou en son absence et en dernier recours à l'État qui seront en charge de les affecter à la réparation de l'atteinte ou à la protection de l'intérêt commun.

## ANNEXES



# ANNEXE N° 1 :

## PROPOSITIONS DE RÉFORMES

### **Sommaire des propositions**

#### **1. Propositions de réformes relatives au patrimoine commun**

2. Propositions de réformes relatives aux biens culturels comme patrimoine commun
3. Propositions de réformes relatives à l'eau comme patrimoine commun
4. Propositions de réforme relatives à la protection pénale du patrimoine commun des êtres vivants (environnement)

#### **5. Propositions de réformes relatives à la chose commune**

6. Propositions de réformes relatives à la biodiversité comme chose commune
7. Propositions de réforme relatives au domaine public informationnel comme chose commune

#### **8. Propositions de réforme relatives aux biens publics**

9. Propositions de réformes relatives à la protection des espaces publics

#### **10. Propositions de réformes relatives aux techniques d'affectation volontaire**

11. Propositions de réformes relatives à la fiducie
12. Propositions de réformes relatives à l'obligation réelle environnementale

#### **13. Propositions de réformes relatives aux intérêts à reconnaître**

14. Propositions de réformes relatives au droit à l'information et au droit à l'accès aux données
15. Propositions de réformes relatives au régime spécial de l'information relative à l'environnement
16. Propositions de réformes relatives au droit à la participation et à la codécision

#### **17. Propositions de réformes relatives au droit d'accès à la justice et aux actions en défense des intérêts communs**

Les propositions de réformes qui suivent ont été justifiées dans la deuxième partie du rapport. Elles s'expriment soit sous la forme d'une proposition de texte nouveau, soit sous la forme d'une proposition de révision de textes existants, soit enfin par le simple exposé d'idées de réformes. Chaque proposition renvoie aux développements du rapport qui l'analysent et la justifient.

## 1. PROPOSITIONS DE REFORMES RELATIVES AU PATRIMOINE COMMUN

**Proposition n° 1 :** Introduire une notion générale de patrimoine commun.

Il est proposé d'introduire dans le bloc de constitutionnalité un texte reconnaissant les droits et principes suivants pour les choses relevant du patrimoine commun (Propositions n° 2 à 4).

**Proposition n° 2 :** Reconnaître un droit à la conservation

*« Lorsque la loi répute qu'une chose relève d'un patrimoine commun, la chose est considérée comme d'intérêt commun. L'intérêt commun porté par la chose ne remet pas en cause les droits légalement acquis sur cette dernière. Toutefois, ces droits sont définis et s'exercent dans le respect des droits et principes suivants :*

*1° Le droit à la conservation, selon lequel toute personne a droit à ce que les éléments relevant du patrimoine commun ne fassent pas l'objet d'atteintes graves.*

**Proposition n° 3 :** Reconnaissance d'un droit à l'information et d'un droit à la participation

*2° Le droit à l'information, selon lequel toute personne a le droit, dans les conditions et limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives au patrimoine commun détenues par les autorités publiques ou privées.*

*3° Le droit à la participation, selon lequel toute personne a le droit, dans les conditions et limites définies par la loi, de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur le patrimoine commun.*

**Proposition n° 4 :** Reconnaissance d'un principe de non-régression

*4° Le principe de non-régression, selon lequel la protection du caractère commun du patrimoine ne peut faire l'objet que d'un renforcement ou d'une conciliation avec d'autres règles ou principes constitutionnels. »*

## 2. PROPOSITIONS DE REFORMES RELATIVES AUX BIENS CULTURELS COMME PATRIMOINE COMMUN

Propositions de réformes relatives au régime spécial des biens culturels comme patrimoine commun

Ces propositions sont à lire en complément des propositions émises dans le cadre du rapport général sur le patrimoine commun.

**Proposition n° 1 :** Définir le patrimoine culturel en mettant l'accent sur l'intérêt commun et la responsabilité des acteurs :

*« Le patrimoine au sens du présent Code relève du patrimoine commun de la nation et réunit l'ensemble des biens ou ressources culturels dont la désignation, la jouissance et la transmission sont d'intérêt commun. Le propriétaire et l'affectataire domanial sont responsables de la conservation, de l'accès et de l'utilisation durable du bien qui lui appartient ou qui lui est affecté (la formule est déjà dans les textes à propos des immeubles et objets classés au titre des monuments historiques, a. L. 621-29-1 CP). L'État est responsable des biens culturels qu'il a sous sa garde ».*

Une autre version inspirée de la Convention de Faro de 2005 pourrait être suggérée :

*« Le patrimoine culturel relève du patrimoine commun de la nation et constitue un ensemble de ressources héritées du passé, qui, par-delà leur régime de propriété, sont d'intérêt commun. Leur conservation, accès, utilisation durable et transmission sont de la responsabilité des propriétaires, affectataires et des collectivités publiques qui les ont sous leur garde ».*

**Proposition n° 2 :** Énoncer, à l'article L.2 du Code du patrimoine et au titre des dispositions communes, un ensemble de principes spécifiant ceux, transversaux, énoncés pour le patrimoine commun.

**Principe général d'accès :**

« Sans préjudice des dispositions légales applicables à certains biens culturels, l'État garantit un égal accès au patrimoine culturel ». Principe d'information et de participation en matière patrimoniale Règles organisant la pluralisation de la décision en fonction des secteurs considérés Principe de précaution culturelle ou « d'usage culturel raisonnable » « Les usages du patrimoine culturel doivent être compatibles avec sa destination collective ».

**Principe de non régression en matière de servitudes patrimoniales**

**Proposition n° 3 :** Élaborer un régime transversal propre au patrimoine public renforçant la responsabilité.

**Réitération d'un principe de libre accès :**

« Le patrimoine culturel public appartient à tous. L'État en garantit l'accès libre et gratuit sous réserve des exceptions prévues pour chaque catégorie de bien culturel ».

**Règles concernant l'usage dans le respect de l'affectation :**

« Les occupations privatives du patrimoine culturel public ne peuvent avoir pour effet de porter atteinte (ou une atteinte excessive) aux activités conduites dans le cadre du service public culturel ».

**Règles concernant l'ouverture des données culturelles publiques, vecteur du droit à l'information ;**

« L'information publique émanant du secteur culturel est un bien d'intérêt commun insusceptible d'un droit de propriété et dont l'usage libre et gratuit est garanti à tous ».

**Proposition n° 4 :** Elaborer un régime transversal propre au patrimoine privé.

**Rappel de la règle de non-régression des protections patrimoniales. Dispositifs à organiser en fonction des secteurs.**

**Proposition n° 5 :** Créer une catégorie de bien culturel d'intérêt universel ou d'intérêt partagé entre Etats.

Il s'agit ici d'imaginer une catégorie de bien culturel d'intérêt universel qui concernerait des biens présents dans les collections publiques françaises, qui seraient insusceptibles d'appropriation. Les conditions de gestion, de garde, d'accès, de conservation seraient décidées non dans le seul intérêt national mais dans l'intérêt de l'humanité et auraient vocation à la circulation internationale afin d'en assurer l'accès au plus grand nombre. Cette catégorie pourrait concerner les biens faisant l'objet d'une revendication émanant d'autres États. Imaginer un dispositif de dation en paiement pour les biens en mains privées correspondant à cette définition, qui permette d'enrichir les collections publiques tout en réservant à ces biens un statut particulier.

### 3. PROPOSITIONS DE REFORMES RELATIVES A L'EAU COMME PATRIMOINE COMMUN

Propositions de réformes relatives au régime spécial de l'eau comme patrimoine commun

Ces propositions sont à lire en complément des propositions émises dans le cadre du rapport général sur le patrimoine commun.

**Proposition n° 1 :** Rejeter la possibilité d'un droit « absolu » sur les eaux.

Rejeter toute idée de « propriété privée » des eaux, au profit d'un simple droit d'usage.

Reconnaître un simple droit de garde et non une propriété sur les eaux non captées relevant des lacs et cours d'eaux domaniaux.

**Proposition n° 2 :** Reconnaître un principe général d'usage raisonnable de l'eau. Proposition d'insertion de deux alinéas à l'article L. 210-1 du Code de l'environnement :

*« L'eau fait partie du patrimoine commun de la nation. Sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général. L'usage de l'eau s'effectue dans le cadre des lois et règlements. Toutefois, quelle que soit la nature du droit exercé sur l'eau, l'usage de cette ressource doit être raisonnable. Le caractère raisonnable de l'usage s'apprécie notamment en fonction de la rareté de la ressource, de la vitesse de restitution au milieu, des besoins légitimes des différents utilisateurs et de l'atteinte éventuelle faite à l'écosystème. Ne peut être considéré comme déraisonnable l'usage non polluant de l'eau pour de stricts besoins domestiques. Toute personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiquement acceptables par tous. »*

#### 4. PROPOSITIONS DE REFORME RELATIVES A LA PROTECTION PENALE DU PATRIMOINE COMMUN DES ETRES VIVANTS (ENVIRONNEMENT)

**Proposition n° 1 :** Consacrer la notion de « patrimoine commun des êtres vivants » et une définition universelle ouverte venant fonder la mise en œuvre d'une protection pénale spéciale.

- Réhabiliter le concept de « Patrimoine commun » qui serait l'élément d'identification des communs naturels à protéger, élément global et unificateur.
- Remplacer le terme d'« humanité » par « êtres vivants » pour conférer une dimension écocentrée et complète au patrimoine commun à protéger.
- Définir le patrimoine commun des êtres vivants comme celui constitué de l'ensemble des communs naturels qui, dans un rapport d'interdépendance, assurent l'équilibre de la biosphère et la perpétuation du vivant humain et non humain.
- Etablir une liste (ouverte) dont feraient partie : l'air ou l'atmosphère, les sols, les eaux et milieux aquatiques, les espèces de faunes et de flores, ainsi que les fonctions écologiques de l'ensemble de ces éléments c'est-à-dire le rôle qu'ils jouent au sein des écosystèmes.

**Proposition n° 2 :** Consacrer de nouvelles incriminations pénales dont l'objet est le patrimoine commun des êtres vivants et la valeur protégée, la sûreté de la planète.

- Reconnaître l'écocide en tant que 5<sup>e</sup> crime du Statut de Rome ou en tant que crime autonome consacré dans le cadre d'une convention internationale dédiée (« Convention Écocide ») de portée universelle. L'écocide renverrait à tout acte intentionnel portant une atteinte substantielle et/ou durable au patrimoine commun des êtres vivants qui met en péril la sûreté de la planète.
- Reconnaître la mise en danger de l'environnement, infraction-obstacle à l'écocide, sanctionnant des comportements présentant des risques graves pour l'intégrité du patrimoine commun des êtres vivants et la sûreté de la planète. Cet écocime viserait tout acte ou omission commis par négligence grave faisant peser un risque d'atteinte substantielle et/ou durable au patrimoine commun des êtres vivants qui met en péril la sûreté de la planète. Ces nouvelles qualifications pénales du XXI<sup>e</sup> siècle seront à débattre par les États, les acteurs économiques et la société civile pour aboutir à un consensus et une reconnaissance universels formalisés par une convention internationale dédiée « Ecocrime/Écocide ».

**Proposition n° 3 :** Reconnaître, dans les droits nationaux et en droit pénal international, la responsabilité pénale des personnes morales.

- Reconnaître la responsabilité pénale des personnes morales à la fois dans les droits pénaux nationaux des États du monde (harmonisation) et dans les textes internationaux, notamment le Statut de Rome de la CPI (en l'état) ou la future Convention « Ecocrime/Écocide » (innovation).
- Elargir le cercle des personnes pénalement responsables. A cette fin, la globalisation de la responsabilité pénale devrait s'effectuer à deux niveaux :
  - par une modification du Statut de Rome de la CPI pour consacrer cette nouvelle responsabilité à l'échelle internationale ou par une reconnaissance en tant que principe général du droit international ;
  - par une harmonisation des législations nationales sur ce point (à l'image de l'Allemagne qui va, dans les prochains temps, introduire cette responsabilité dans son droit pénal). - La cible principale de cette nouvelle responsabilité pénale au niveau international serait

les entreprises transnationales ou multinationales exerçant des activités gravement attentatoires à l'environnement dans les pays émergents.

**Proposition n° 4** : Créer une structure juridictionnelle internationale spécialisée en droit pénal de l'environnement

- Soit en tant que chambre spécialisée au sein d'une juridiction préexistante (CPI ou CIJ).
- Soit en tant que nouvelle juridiction pénale internationale de l'environnement, autonome et indépendante, avec des moyens propres et suffisants.

**Proposition n° 5** : Reconnaître un « intérêt commun universel » pour une meilleure représentation du patrimoine commun des êtres vivants devant le juge pénal

## 5. PROPOSITIONS DE REFORMES RELATIVES A LA CHOSE COMMUNE

**Proposition n° 1** : Garantir le caractère inappropriable de la chose commune

*Article 714-1, du Code civil à créer :*

*« Nul n'a le droit de s'approprier une chose commune dans sa globalité. Toutefois, lorsque des fragments détachés de la chose commune se prêtent à une appropriation, cette appropriation n'est licite que dans la mesure où elle ne porte pas atteinte à la substance de la chose commune, ni ne contrarie l'usage de tous »*

**Proposition n° 2** : Garantir l'usage commun

*Article 714-2 du Code civil à créer :*

*« Chacun a le [droit ou privilège] de jouir des choses communes »*

*Article 714-3 du Code civil à créer :*

*« L'usage de la chose commune est libre, égal et gratuit, sous réserve de ne porter atteinte ni à l'usage des autres ni à l'intégrité de la chose ».*

*Article 714-4 du Code civil à créer :*

*« Toute personne peut revendiquer l'accès ou l'usage commun de la chose commune. Chacun peut agir lorsque l'usage commun est restreint ou entravé. Cette action est ouverte contre toute personne publique ou privée. Elle permet notamment d'interdire les revendications indues de droit exclusif sur la chose commune ». Proposition n° 3 : Protéger la chose commune*

*Article 714-5 du Code civil à créer*

*« Chacun est tenu à un devoir de conservation des choses communes. Tout un chacun peut exercer une action en manquement à l'obligation de conservation de la chose commune. Cette action est ouverte contre toute personne publique ou privée. Elle est ouverte lorsque la substance ou l'intégrité de la chose commune est menacée ou altérée. La réparation s'effectue par priorité en nature. En cas d'impossibilité ou d'insuffisances des mesures de réparation, le juge condamne le responsable à verser des dommages et intérêts, affectés à la reconstitution de la chose commune ».*

## 6. PROPOSITIONS DE REFORMES RELATIVES A LA BIODIVERSITE COMME CHOSE COMMUNE

Ces propositions sont à lire en complément des propositions émises dans le cadre du rapport général sur la chose commune.

**Proposition n° 1** : Modifier l'article 1246 du Code civil en y ajoutant un alinéa 1<sup>er</sup> :

« Au regard de l'article 1<sup>er</sup> et 2 de la Charte de l'environnement et de l'article 714 actuel et des articles 714 -1 à -4 du code civil [proposés], nul ne doit causer de trouble anormal aux écosystèmes ou à leur usage commun. Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer. »

**Proposition n° 2 :** Consacrer la définition des communs naturels

« Un commun naturel forme une entité relationnelle et systémique réunissant un objet composite (eau, écosystème planétaire, biodiversité, forêt) qualifiable de chose commune et une communauté de taille variable d'usagers (ou commeneurs) humains (humanité, population autochtone, groupe de pêcheurs,...) et non humains (biodiversité, espèce, population, spécimens d'un milieu). »

**Proposition n° 3 :** Qualifier le préjudice écologique de préjudice commun puisque constitutif de la lésion d'un intérêt commun

« Le préjudice écologique étant constitué par l'atteinte à des intérêts d'entités non humains, (écosystèmes dans leurs éléments ou leurs fonctions) et à des intérêts collectifs/diffus humains en lien avec l'écosystème atteint (bénéfices collectifs humains). Il s'agit de la lésion d'un intérêt commun pouvant réunir des intérêts non humains et des intérêts collectifs et/ou diffus humains. »

## 7. PROPOSITIONS DE REFORME RELATIVES AU DOMAINE PUBLIC INFORMATIONNEL COMME CHOSE COMMUNE

Ces propositions sont à lire en complément des propositions émises dans le cadre du rapport général sur la chose commune.

**Proposition n° 1 :** Inscrire une définition et un régime du domaine commun informationnel dans le code de la propriété intellectuelle dans un chapitre IV, titre 1<sup>er</sup>, Livre 1<sup>er</sup>, de la première partie du code de la propriété intellectuelle intitulé : « Le domaine commun informationnel » :

**Article L. 114-1 du code de la propriété intellectuelle à créer :**

« Le domaine commun informationnel est constitué des quatre éléments suivants : 1/ Les éléments qui ne remplissent pas les conditions légales de protection par un droit de propriété intellectuelle, tels que notamment les idées, les découvertes, les principes, méthodes, les simples faits 2/ Les éléments qui sont exclus de la protection, tels que notamment les actes officiels ou les nouvelles de presse 3/ Les œuvres de l'esprit, dessins, modèles, inventions, bases de données, vidéogrammes et phonogrammes dont la durée de protection légale a expiré, sous réserve du droit moral de l'auteur. 4/ Les œuvres de l'esprit sur lesquelles l'auteur a renoncé ses droits ».

**Article L. 114-2 du code de la propriété intellectuelle à créer :**

« Les choses qui composent le domaine commun informationnel sont des choses communes au sens de l'article 714 du code civil Elles sont inappropriables, car leur usage doit être commun à tous. Ne sont pas permises les exclusivités de fait ou de droit sur les choses composant le domaine commun informationnel retraignant ou entravant l'usage commun de tous Tout un chacun peut agir en justice lorsque l'usage commun est restreint ou entravé »

**Proposition n° 2 :** Créer un registre des œuvres entrées dans le domaine commun

**L'article L. 131-1 du code du patrimoine est complété par trois alinéas ainsi rédigés :**

« Un registre national recense les œuvres de l'esprit appartenant au domaine commun informationnel en application de cette même législation. Ce registre est tenu à jour par la Bibliothèque nationale de France, à partir des données dont elle dispose, et mis à la disposition du public par le biais d'un accès en ligne libre et gratuit. L'ensemble des données servant à la constitution de ce registre sont mises à la disposition du public et rendues librement réutilisables à toutes fins.

« Chaque premier janvier de chaque année, la Bibliothèque nationale de France ajoute dans le registre national les œuvres des auteurs entrant dans le domaine public. Elle procède à une publicité visant à faire connaître au public ces nouveaux ajouts au registre.

« Les auteurs souhaitant verser par anticipation leurs œuvres dans le domaine commun, peuvent demander à ce que leurs œuvres soient inscrites dans le registre national par la Bibliothèque nationale de France. »

## 8. PROPOSITIONS DE REFORMES RELATIVES AUX BIENS PUBLICS

**Proposition n° 1 :** Retourner à une conception de la garde pour les biens du domaine public.

Renommer le Code général de la propriété des personnes publiques en « Code général des biens publics »

Réviser l'article L. 2111-1 :

Version en vigueur : « *Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public.* »

Nouvelle version : « *Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public ~~d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1~~ est constitué des biens ~~lui appartenant~~ dont les personnes publiques mentionnée à l'article L.1 ont la garde, qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public.* »

**Proposition n° 2 :** Décliner la substitution de la garde dans l'ensemble du code

Par exemple, à l'article L. 2111-4 :

Version en vigueur : « *Le domaine public maritime naturel de l'État comprend ...* ».

Nouvelle version : « *Le domaine public maritime dont l'État a la garde comprend...* ».

**Proposition n° 3 :** S'inspirer du modèle de conseils des communs mis en place au Royaume-Uni pour accroître la participation du public dans la gestion du domaine public

**Proposition n° 4 :** Consacrer une domanialité renforcée pour les biens à l'usage direct du public et constituant la base de l'exercice de libertés fondamentales.

Prévoir dans ce cas une obligation de préservation de l'affectation à l'usage collectif et une hiérarchisation des usages pour faire primer la garantie des libertés

**Proposition n° 5 :** Prévoir, en cas de privatisation emportant nécessairement la privatisation de biens publics, une étude préalable pour définir la structure privée qui serait la mieux à même d'assurer les utilités du bien

Exiger que toute entité privée propriétaire d'un bien affecté à un intérêt ou à l'exercice des libertés publiques soit dépourvue de but lucratif.

## 9. PROPOSITIONS DE REFORMES RELATIVES A LA PROTECTION DES ESPACES PUBLICS

**Proposition :** Ajouter un chapitre préliminaire au titre II sur l'utilisation du domaine, qui pourrait être libellé de la façon suivante :

*TITRE II : UTILISATION DU DOMAINE PUBLIC*

*Chapitre Préliminaire :*

*Article L. 2121 :*



« *L'organe de gestion du domaine*

*Pour chaque portion du domaine public, il est institué un Comité des parties prenantes du domaine public représentant équitablement l'ensemble des citoyens concernés et en charge d'établir la politique d'utilisation du domaine. Ses décisions ne peuvent en aucun cas porter atteinte au droit de tous d'accéder et de jouir également des utilités du domaine, dans le respect de sa conservation et de la vocation non-commerciale du domaine.*

*L'exécutif de ce comité est collégial. Son organe délibérant comprend : les organes délibérants des collectivités publiques ainsi que l'ensemble des publics concernés par l'utilisation du domaine, les associations de protection de l'environnement, l'autorité de police administrative.*

*Il comprend aussi un comité scientifique en charge d'attester de la durabilité des utilisations.*

*Il est en charge d'organiser les modalités d'occupation et la compétition pour l'utilisation privative du domaine. Cette compétition doit être transparente. Le comité doit privilégier les modes d'utilisation privative qui favorise la conservation et le développement durable des ressources, et les entreprises à but non lucratif.*

*Le comité doit publier sa politique, publier les appels à candidature pour l'occupation privative et inviter le public à voter sur ces candidatures.*

*L'ensemble des décisions portant sur l'utilisation du domaine doivent obéir à la procédure participative prévue à l'article L131-1 du Code des relations entre le public et l'administration.*

*L'ensemble des actes unilatéraux et contractuels relatifs à l'utilisation privative du domaine doivent être publiés de façon électronique. »*

## 10. PROPOSITIONS DE REFORMES RELATIVES AUX TECHNIQUES D'AFFECTION VOLONTAIRE

**Proposition n° 1 :** Garantir la pérennité de l'affectation volontaire en augmentant la durée possible de l'affectation en matière de fiducie et d'obligation réelle environnementale (modification des articles 2018 et 2029, c. civ., et L. 132-3, c. envir. : les modifications apparaissent en caractères barrés, quand les propositions portent sur des suppressions ; en caractères gras quand il s'agit d'ajouts).

**Pour la fiducie :**

***Article 2018, du Code civil :***

*« Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité : 1° Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ; 2° La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat, qui peut être fixée pour un temps déterminé ou jusqu'à la réalisation du but poursuivi ; 3° L'identité du ou des constituants ; 4° L'identité du ou des fiduciaires ; 5° L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation ; 6° La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition. »*

***Article 2029 du Code civil :***

*« Le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique, par la survenance du terme ou par la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme ».*

**Pour l'obligation réelle environnementale**

***Article L. 132-3 du code de l'environnement :***

*« Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions*



*écologiques. Les obligations réelles environnementales peuvent être utilisées à des fins de compensation. La durée des obligations, les engagements réciproques et les possibilités de révision et de résiliation doivent figurer dans le contrat. Les obligations peuvent être prévues pour durer aussi longtemps que le requiert la réalisation de la finalité poursuivie. [...] »*

**Proposition n° 2 :** Améliorer l'effectivité de l'affectation par la reconnaissance de l'imprévision en matière de fiducie et d'obligation réelle environnementale (modification des articles 2029, c. civ., et L. 132-3, c. envir.).

#### **Pour la fiducie**

##### ***Article 2029 du code civil :***

*« Le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique, par la survenance du terme ou par la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme. Si la réalisation du but, du fait d'un changement de circonstances non prévu au contrat, devient impossible ou très difficile sans modification de l'étendue des pouvoirs du fiduciaire, le juge peut être saisi par un bénéficiaire, le fiduciaire, le constituant ou le tiers nommé en vertu de l'article 2017 afin de modifier l'étendue des pouvoirs du fiduciaire dans la stricte mesure nécessaire à la réalisation du but de la fiducie. Le contrat ne peut interdire ou limiter cette faculté d'intervention du juge, à moins que la mission d'adaptation définie à l'alinéa précédent ne soit confiée, par clause expresse, à un comité ad hoc. Le contrat définit alors la composition, les pouvoirs et l'organisation de ce comité. Lorsque la totalité des bénéficiaires renonce à la fiducie, il prend également fin de plein droit, sauf stipulations du contrat prévoyant les conditions dans lesquelles il se poursuit. Sous la même réserve, il prend fin lorsque le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution ou disparaît par suite d'une cession ou d'une absorption et, s'il est avocat, en cas d'interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau. »*

#### **Pour l'obligation réelle environnementale**

##### ***Article L. 132-3 du code de l'environnement :***

*« [...] La durée des obligations, les engagements réciproques et les possibilités de révision et de résiliation doivent figurer dans le contrat. Les obligations peuvent être prévues pour durer aussi longtemps que le requiert la réalisation de la finalité poursuivie. En cas de changement de circonstances non prévu au contrat rendant l'exécution des obligations excessivement onéreuse ou la poursuite de la finalité impossible ou très difficile, toute partie au contrat peut saisir le juge afin d'adapter les obligations dans la mesure nécessaire à la réduction de leur onérosité ou à la poursuite de la finalité. Le contrat ne peut interdire ou limiter cette faculté d'intervention du juge, à moins que la mission d'adaptation définie à l'alinéa précédent ne soit confiée, par clause expresse, à un comité ad hoc. Le contrat définit alors la composition, les pouvoirs et l'organisation de ce comité. Établi en la forme authentique, le contrat faisant naître l'obligation réelle n'est pas passible de droits d'enregistrement et ne donne pas lieu à la perception de la taxe de publicité foncière prévus, respectivement, aux articles 662 et 663 du code général des impôts. [...] »*

**Proposition n° 3 :** Supprimer les obstacles liés au caractère onéreux de l'affectation en matière de fiducie et d'obligation réelle environnementale.

#### **Dans le cadre de la fiducie**

##### ***Article 2013 du code civil :***

*« Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public. »*

#### **Dans le cadre de l'obligation réelle environnementale**

##### ***Article L. 132-3 du code de l'environnement :***

*« La durée des obligations, les engagements réciproques et les possibilités de révision et de résiliation doivent figurer dans le contrat. »*

**Proposition n° 4 :** Généraliser l'obligation réelle environnementale pour permettre la défense d'autres intérêts communs sous la forme d'une « obligation réelle d'intérêt commun » (ORIC)

*Création d'un article 2031 dans le Code civil.*

*Création d'un Titre XIV bis dans le Livre 3 du Code civil - De l'obligation réelle d'intérêt commun*

*Article 2031 du code civil :*

« Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé à but non lucratif en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité la protection d'un intérêt commun, qui peut être environnemental, culturel, social ou scientifique. La durée des obligations, les engagements réciproques et les possibilités de révision et de résiliation doivent figurer dans le contrat. Les obligations peuvent être prévues pour durer aussi longtemps que le requiert la réalisation de la finalité poursuivie. En cas de changement de circonstances non prévu au contrat rendant l'exécution des obligations excessivement onéreuse ou la poursuite de la finalité impossible ou très difficile, toute partie au contrat peut saisir le juge afin d'adapter les obligations dans la mesure nécessaire à la réduction de leur onérosité ou à la poursuite de la finalité. Le contrat ne peut interdire ou limiter cette faculté d'intervention du juge, à moins que la mission d'adaptation définie à l'alinéa précédent ne soit confiée, par clause expresse, à un comité ad hoc. Le contrat définit alors la composition, les pouvoirs et l'organisation de ce comité. Etabli en la forme authentique, le contrat faisant naître l'obligation réelle n'est pas passible de droits d'enregistrement et ne donne pas lieu à la perception de la taxe de publicité foncière prévus, respectivement, aux articles 662 et 663 du code général des impôts. Le propriétaire qui a consenti un bail rural sur son fonds ne peut, à peine de nullité absolue, mettre en œuvre une obligation réelle d'intérêt commun environnementale qu'avec l'accord préalable du preneur et sous réserve des droits des tiers. L'absence de réponse à une demande d'accord dans le délai de deux mois vaut acceptation. Tout refus doit être motivé. »

## 11. PROPOSITIONS DE REFORMES RELATIVES A LA FIDUCIE

Ces propositions sont à lire en complément des propositions émises dans le cadre du rapport général sur les techniques d'affectation volontaire.

**Proposition n° 1 :** Supprimer la durée maximale (99 ans) de la fiducie ;

*Article 2018, 2° du code civil :*

**Abrogation de** « qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat ».

**Proposition n° 2 :** Permettre l'utilisation de la fiducie dans le cadre d'une libéralité.

*Abrogation de l'article 2013 du code civil*

**Proposition n° 3 :** Ouvrir plus largement la qualité de fiduciaire à des organismes autres que les seuls avocats et établissements financiers et d'assurance

*Réécriture de l'article 2015 du code civil*

## 12. PROPOSITIONS DE REFORMES RELATIVES A L'OBLIGATION REELLE ENVIRONNEMENTALE

Ces propositions sont à lire en complément des propositions émises dans le cadre du rapport général sur les techniques d'affectation volontaire.

**Proposition n° 1 :** Admettre la constitution d'une ORE à titre purement gratuit, et donc supprimer la référence à la nécessité d'« engagements réciproques »

**Art. L. 132-3, al. 3, du code l'environnement :**

« [...] La durée des obligations, ~~les engagements réciproques~~ et les possibilités de révision et de résiliation doivent figurer dans le contrat. »

**Proposition n° 2 :** Supprimer la référence exclusive au contrat et viser aussi l'acte unilatéral afin de permettre que l'ORE soit établie par testament

**Art. L.132-3, al. 1, du code de l'environnement :**

« Les propriétaires de biens immobiliers peuvent instituer par testament ou conclure un contrat synallagmatique ou unilatéral au profit de ou avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques. »

**Proposition n° 3 :** Rendre le régime fiscal plus incitatif

### 13. PROPOSITIONS DE REFORMES RELATIVES AUX INTERETS A RECONNAITRE

**Proposition 1 :** Reconnaître les catégories des intérêts communs, transindividuel et indivisible, et définir l'intérêt collectif, l'intérêt diffus et l'intérêt du commun :

- l'intérêt collectif traduit les intérêts transindividuels indivisibles relatifs à une communauté identifiée et organisée (par exemple, en France, la communauté des consommateurs ou des membres d'une profession).
- l'intérêt diffus traduit des intérêts transindividuels et indivisibles relatifs à une communauté indéterminée et qui n'est pas organisée *a priori*. L'intérêt diffus est l'intérêt de la communauté dans lequel est intégré l'intérêt de chacun en ce qu'il rejoint l'intérêt de la communauté et vient se fondre dans l'intérêt commun. Le lien transindividuel est diffus même si le rattachement de l'individu à la communauté est identifiable. Il concerne ce qui rassemble la communauté, ce qui fait le lien entre ses membres, c'est-à-dire les intérêts relatifs à la conservation, la transmission, l'usage ou l'accessibilité d'une chose, objet de communalité. La communauté peut être très large et inclure jusqu'aux générations futures (intérêt environnemental notamment).
- L'intérêt du commun dépasse les intérêts de la communauté, qu'ils soient collectifs ou diffus pour englober l'intérêt de l'objet même de la communalité (collection de musée, écosystème). Ils peuvent également comprendre les intérêts d'une communauté *largo sensu* comprenant les générations futures et des entités naturelles (vivant non humain). Ces intérêts communs sont susceptibles d'être défendus en justice.

### 14. PROPOSITIONS DE REFORMES RELATIVES AU DROIT A L'INFORMATION ET AU DROIT A L'ACCES AUX DONNEES

**Proposition n° 1 :** Basculer des données d'intérêt général aux données d'intérêt commun et relancer la réflexion sur la définition de ces données.

Raisonner sur le fondement d'un droit à une information concernant les décisions ayant une incidence sur le patrimoine commun.

**Proposition n° 2 :** Adopter, pour leur régime, le modèle de l'accès aux informations en matière d'environnement plutôt que celui actuel de l'accès aux documents administratifs.

**Proposition n° 3 :** Préciser, par voie de circulaire, les motifs de refus d'une demande de communication (existence d'un droit de propriété littéraire et artistique, secret des affaires).

**Proposition n° 4 :** Consacrer un droit d'accès aux données relatives au patrimoine commun, indépendamment du caractère public ou privé de leur détenteur

## 15. PROPOSITIONS DE REFORMES RELATIVES AU REGIME SPECIAL DE L'INFORMATION RELATIVE A L'ENVIRONNEMENT

**Proposition n° 1 :** Imposer la communication des informations environnementales détenues matériellement pour le compte d'autorités publiques par d'autres organismes, mêmes privés

**Proposition n° 2 :** Exclure l'existence de droits de propriété intellectuelle de la liste des motifs de refus d'accès à des informations relatives à des émissions de substances dans l'environnement

**Proposition n° 3 :** Préciser, par voie de circulaire, les motifs de refus d'une demande de communication (existence d'un droit de propriété littéraire et artistique, secret des affaires, etc.) et la méthode de mise en balance entre l'intérêt public de la communication et l'intérêt protégé par la confidentialité

**Proposition n° 4 :** Reconnaître l'existence du droit à l'information environnementale détenue par les personnes morales de droit privé

**Proposition n° 5 :** Mieux encadrer les revendications de confidentialité

**Proposition n° 6 :** Adapter les institutions en charge du droit à l'information environnementale au nouveau contexte lié à l'essor des obligations de diffusion active des données et à l'extension des débiteurs des droits du public

## 16. PROPOSITIONS DE REFORMES RELATIVES AU DROIT A LA PARTICIPATION ET A LA CO-DECISION

**Proposition n° 1 :** Etendre le principe de participation à tous les patrimoines communs

**Proposition n° 2 :** Réfléchir, sur le modèle du droit de l'eau et en matière environnementale, à des modes de co-décision qui aillent au-delà de la consultation

**Proposition n° 3 :** Réfléchir, en matière de gestion de l'eau, à un « statut de rivière » qui permettrait de répartir les frais d'entretien du cours d'eau, mais aussi de fixer collectivement des règles relatives aux éventuels droits de passages ou servitudes, voire même des règles de prélèvement et d'usage du cours d'eau lui-même

**Proposition n° 4 :** Rendre le statut de la copropriété supplétif, comme il l'était sous la loi du 28 juin 1938, sauf les règles de protection essentielles restant d'ordre public, de sorte à ce que les copropriétaires puissent développer des arrangements institutionnels propres

## 17. PROPOSITIONS DE REFORMES RELATIVES AUX DROIT D'ACCES A LA JUSTICE ET AUX ACTIONS EN DEFENSE DES INTERETS COMMUNS

**Proposition n° 1 :** Reconnaître une action diffuse en s'inspirant soit du modèle de l'action populaire soit du modèle de l'action en défense d'un intérêt collectif, soit encore de l'action en réparation du préjudice écologique.

Permettre d'agir au nom d'un intérêt diffus et de défendre l'intérêt d'une communauté dont les membres ne sont ni déterminés ni organisés *a priori*.

**Version n° 1 :**

L'action serait ouverte à chacun *uti cives*, pour porter l'intérêt de la communauté.

Les résultats de l'action bénéficieraient à l'ensemble de la communauté.

**Version n° 2 :**

L'action en défense d'un intérêt diffus serait pensée sur le modèle de la défense d'un intérêt collectif et permettrait d'agir au nom d'un intérêt diffus mais avec l'idée de réduire les titulaires de l'action.

Elle serait ouverte à toute personne pouvant prouver un lien de rattachement à la communauté lésée et/ou aux organisations et collectivités démontrant que les intérêts qu'elles défendent se rattachent à l'intérêt diffus.

Les deux formes d'actions pourraient co-exister.

Elles pourraient se mener devant le juge judiciaire comme devant le juge administratif (les défendeurs à l'action pourraient être tout autant des personnes privées que des personnes de droit public).

**Proposition n° 2 :** Identifier les spécificités du régime de l'action diffuse

Les titulaires de l'action diffuse : Chaque membre de la communauté a la qualité pour agir *uti cives* pour porter l'intérêt de la communauté, soit individuellement soit de manière collective.

Chacun doit pouvoir agir non dans son propre et unique intérêt, mais dans l'intérêt de la communauté dont il fait partie.

Pour garantir les possibilités d'action et la protection effective de l'intérêt commun, il est également conseillé d'ouvrir l'action à un cercle de titulaires comprenant des personnes morales telles que des associations, fondations, collectivités territoriales, établissements publics défendant des intérêts généraux spécifiques ou localisés participant de cet intérêt commun, des autorités indépendantes (selon des critères de rattachement et des modes de représentativité différents) en tant que porteurs de l'intérêt commun et membre de la communauté concernée distinct des intérêts de chaque personne morale.

Un fonds spécialisé devrait être envisagé dédié à la protection de l'intérêt commun ainsi qu'un procureur général.

Les bénéficiaires de l'action : Les bénéficiaires doivent être compris comme les personnes qui, au regard de leur qualité ou compétence, peuvent permettre la bonne exécution et l'effectivité de la décision judiciaire.

Les mesures ordonnées doivent être affectées à un ou des bénéficiaire(s) habilité(s) légalement et/ou simplement désigné(s) par le juge.

En cas de réparation en nature ou d'attribution de sommes d'argent affectés à la protection de la chose objet de communalité — affectation directe à la chose elle-même—, il faut désigner non pas un bénéficiaire au sens littéral, mais un gardien des intérêts communs veillant à s'assurer de l'effectivité de la réparation.

Un fonds spécialisé pourrait être titulaire de l'action et surtout bénéficiaire ou simplement gardien de l'effectivité des mesures affectées.

Les modalités judiciaires de prévention ou de réparation : L'action diffuse doit permettre de prévenir ou de réparer les atteintes.

Les atteintes à un intérêt commun justifient des mesures qui doivent avoir pour objectif le respect et le rétablissement de cet intérêt (l'accès ou l'usage commun par la communauté ou l'intégrité de l'objet de communalité).

Les mesures de prévention ou de réparation des atteintes à l'intérêt commun ou les mesures de cessation du trouble illicite peuvent être exécutées par le défendeur (sous contrôle et astreinte) ou par le bénéficiaire désigné par la décision (sous contrôle également, l'intérêt étant commun).

Elles doivent nécessairement comprendre des mesures de suivi et de contrôle.

Les mesures non indemnitaires doivent être privilégiées. En cas d'impossibilité de remise en état initial de l'objet de communalité, il faut envisager la réparation par équivalent et, subsidiairement, l'attribution de dommages et intérêts qui doivent être affectés exclusivement à la réparation des lésions de l'intérêt commun.

Autres spécificités procédurales : Au regard de la pluralité des titulaires de l'action et du caractère transindividuel de l'intérêt concerné, des mécanismes processuels spécifiques doivent être prévus, notamment :

- Un système d'information relatif aux actions en justice en cours de constitution ou en cours de procès ;
- Une possibilité pour tout titulaire de l'intérêt n'étant pas encore partie à l'action d'intervenir à tout moment dans l'action diffuse engagée, y compris en faisant appel de la décision sans nécessité d'avoir participé au procès en première instance ;
- Une possibilité de jonction à des procès au bénéfice de différents porteurs d'intérêts, l'intérêt étant commun ;
- Une modulation des effets de la chose jugée, au regard à la fois de l'objet de communalité et de la communauté concernées, de la qualité des demandeurs de l'action et de la sanction obtenue.

## ANNEXE N° 2 :

### LEÇONS DE DROIT COMPARES

#### Sommaire

**Leçon de droit comparé n° 1 :** Le *Public Trust* comme guide d'un régime de la chose commune.

**Leçon de droit comparé n° 2 :** Les limitations aux privatisations des espaces publics dans les pays anglo-américains et en Allemagne.

**Leçon de droit comparé n° 3 :** Les *Conservation Easements* dans les pays de *Common law*.

**Leçon de droit comparé n° 4 :** Les exemples de reconnaissance d'intérêts transindividuels dans les droits étrangers.

**Leçon de droit comparé n° 5 :** La reconnaissance des intérêts diffus au Portugal.

**Leçon de droit comparé n° 6 :** La reconnaissance de l'intérêt commun en rapport avec les droits fondamentaux au sein des *beni comuni* en Italie.

Cette annexe comporte six leçons de droit comparé. Ces leçons ont servi de source d'inspiration pour construire les notions, les techniques ou encore les prérogatives de la communalité et avancer vers des propositions de réformes.

## LEÇON DE DROIT COMPARE N°1 :

### LE *PUBLIC TRUST* COMME GUIDE D'UN REGIME DE LA CHOSE COMMUNE<sup>1</sup>

#### 1. Présentation de l'institution juridique

L'institution du *Public Trust*, telle qu'elle se présente aux États-Unis, puiserait à des origines anciennes. Elle découlerait pour certains auteurs du droit romain et de sa catégorie des *res communes*<sup>2</sup>. Elle se serait transmise à l'époque médiévale sous la forme d'un « *domain of common property* » dont le roi serait le gardien (le point ne fait cependant pas consensus, l'institution découlant, pour d'autres auteurs, d'une construction du Common Law anglais et d'une volonté de limitation du pouvoir royal)<sup>3</sup>. Aujourd'hui, dans une première approche générale, elle se présente sous la forme de l'identification d'un ensemble de ressources, inappropriées ou sous appropriation publique ou privée, gérées par l'État fédéral des États-Unis ou les États fédérés, dans l'intérêt d'un *public* saisi comme les générations présentes et futures<sup>4</sup>.

Nonobstant cette histoire, elle a récemment étendu son domaine. En effet, à l'origine et d'une part, la « doctrine » du *Public Trust* a permis d'asseoir un principe de libre accès de tous à un cercle limité de ressources, traditionnellement regardées comme ne devant pas être privatisées : les eaux navigables, leurs rives, la mer et les ressources halieutiques (voir notamment la décision *Illinois Central Railroad v. Illinois* de 1892<sup>5</sup>) ; ce pour des usages circonscrits de commerce, de navigation et de pêche. À partir des années 1970 néanmoins et sous l'influence de la doctrine (d'un auteur principalement : Joseph Sax<sup>6</sup>), elle a été l'instrument de fortes velléités d'extension de la protection qu'elle permettrait à l'environnement, et plus précisément à des zones de vie sauvage, à des parcs naturels, ou à des ressources vitales (comme l'eau potable, ou l'air actuellement) : en raison de leurs enjeux pour la vie humaine et les écosystèmes, ces ressources devraient être placées en *trust*, sous la garde des États fédérés, ou de l'État fédéral, et soumises à une gestion dans l'intérêt du bénéficiaire, à savoir le *public*, compris comme les générations présentes et futures. Cette idée s'est diffusée et certaines constitutions des États fédérés reconnaissent aujourd'hui un *Public Trust* sur des éléments identifiés de l'environnement (davantage d'ailleurs que sur l'environnement dans son ensemble). Sur le fondement de cette proposition, les cours ont également fait évoluer le concept, selon une approche dynamique des besoins sociaux (la Cour suprême du New Jersey a par exemple affirmé son potentiel d'outil d'adaptation : “[W]e perceive the public trust doctrine not to be ‘fixed or static,’ but one to ‘be molded and extended to meet changing conditions and needs of the public it was created to benefit’”), en reprenant souvent les

<sup>1</sup> Rédactrice : Judith ROCHFELD.

<sup>2</sup> Les auteurs américains citent fréquemment les Institutes de Justinien, § 2.1.1 at 55 : “[b]y the law of nature, these things are common to mankind: the air, running water, the sea, and consequently the shores of the sea.”

<sup>3</sup> Sur l'ensemble de ces développements *cf.*, par ex. et entre autres, M. C. BLUMM & M. C. WOOD (eds), *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, Carolina Academic Press, 2013 ; en langue française : T. PERROUD, V° « Public Trust », in *Dictionnaire des biens communs*, PUF, Quadrige, 2017.

<sup>4</sup> Pour une présentation historique plus fournie, v. T. Perroud, V° Public Trust, in *Dictionnaire des biens communs*, PUF, Quadrige, 2017.

<sup>5</sup> United States Supreme Court, *Illinois Central Railroad Company v. Illinois*, 146 U.S. 387 (1892) : la décision concernait la vente de 1000 acres de terrain des rives du lac Michigan. Elle donne toujours lieu à des interprétations variées selon qu'on la comprend comme faisant barrage à l'aliénation des ressources en question ou interdisant à l'autorité publique de se départir de son autorité pour en réguler les usages.

<sup>6</sup> J. L. SAX, “The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention”, 68 *Mich. L.Rev.* 471 (1970).

<sup>7</sup> Suprem Court of New Jersey, *Raleigh Avenue Beach Ass'n v. Atlantis Beach Club, Inc.*, 879 A.2d 112, 121 (N.J. 2005) (citant *Matthews v. Bay Head Improvement Ass'n*, 471 A.2d 355, 365 (N.J. 1984), cité par M. C. BLUMM & M. C. WOOD (eds), *op. cit.*, Introduction, p. 9.



justifications écologiques<sup>8</sup>. Les discussions les plus récentes concernent l'air et l'atmosphère. Par ailleurs, toujours dans ce premier mouvement d'extension, il faut relever que les usages défendus et protégés à ce titre se sont diversifiés : ils s'étendent désormais à des utilisations de loisir (baignade par exemple), de protection de la vie, ou encore à des préoccupations esthétiques.

D'autre part, l'extension a également touché les appropriations concernées : alors que la « doctrine » concernait des ressources laissées en dehors de la propriété, elle embrasse aujourd'hui des espaces et biens sous appropriation publique ou privée<sup>9</sup>. Cette extension a en conséquence ouvert à des conflits (*v. infra*) et illustre les superpositions possibles d'une propriété et d'une titularité tierce ou d'une double titularité : une titularité « dominante » du public — *jus publicum*, « *bundle of trust rights* » — d'user et de jouir des ressources concernées pour tous les usages qu'elles offrent ; une titularité soumise du propriétaire privé — le *jus privatum*<sup>10</sup>.

Pour toutes ces raisons et implications, la notion reste néanmoins très controversée : d'aucuns la décrivent comme inutile ou *a minima* moins légitime depuis que l'État fédéral ou les États se sont dotés de textes protecteurs de l'environnement, généraux ou sectoriels ; ces textes suffiraient à élire ces dernières et à en organiser la gestion (au niveau fédéral, on compte notamment le *Clean Water Act*, le *National Environmental Policy Act* (NEPA), le *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* (CERCLA), le *Marine Mammal Protection Act*, etc.)<sup>11</sup>. La critique se trouve cependant minimisée par d'autres, considérant que, même en présence de *statutes*, l'échec des politiques publiques en matière environnementale — que ce soit par absence de volonté (contournement des finalités, privatisation, etc.) ou difficultés réelles de réalisation — n'a pas tari l'intérêt de disposer de l'instrument.

## 2. Description synthétique du régime actuel de l'institution et apports pour la construction d'un régime de la chose commune

La reconnaissance d'un *Public Trust* emporte des conséquences non négligeables, que l'on peut mettre en parallèle avec les propositions de réforme émises ici, relativement à la construction d'un régime de la chose commune. Ce parallèle permet en effet de confirmer la pertinence des directions tracées.

### 2.1. Un devoir de protection

En premier lieu en effet, cette reconnaissance charrie **un devoir de protection à la charge des personnes publiques, mais également de personnes privées, devoir du même ordre que celui prôné dans les propositions de réformes.**

Quant aux personnes publiques, le *public trust* investit le *trustee*, majoritairement les États des États-Unis (ou le gouvernement fédéral pour les terres qu'il détient, ou encore en matière environnementale où ce dernier est reconnu de plus en plus compétent en tant que *trustee* ou de *co-trustee*<sup>12</sup>), d'un devoir de protection au bénéfice des générations présentes comme futures (les obligations qui en découlent pouvant être déléguées à des « *agencies* »

---

<sup>8</sup> Par ex., très rapidement après l'article de 1970, *Suprem Cour of California, Marks v. Whitney*, 91 P.2d 374 (Cal. 1971). Pour une cartographie complète de cette évolution et des décisions importantes, *v. R. M. FRANK*, « The Public Trust Doctrine: Assessing Its Recent Past & Charting Its Future », *UC Davis Law Review* 2012, 45, pp. 665-691.

<sup>9</sup> D. SHELTON, « Nature as a legal person », *VertigO - La revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 22 | septembre 2015, n° 11 et s.

<sup>10</sup> M. C. BLUMM & M. C. WOOD (eds), *op. cit.*, Introduction, p. 15.

<sup>11</sup> R. J. LAZARUS, « Changing Conceptions of Property and Sovereignty in Natural Resources: Questioning the Public Trust Doctrine », 71 *Iowa L. Rev.* 631 (1986). Ils insistent parfois sur la différence faite par certaines cours selon qu'il s'agit de *common law public trust* ou de protection résultant d'un *statute*, retenant davantage la seconde et citant souvent *California Court of Appeal, Emtl. Prot. Info. Ctr. v. Cal. Dep't of Forestry & Fire Prot.*, 44 Cal. 4th 459, 515 (2008); *Ctr. for Biological Diversity, Inc. v. FPL Grp., Inc.*, 166 Cal. App. 4th 1349 (2008). Certains sont en passe de démantèlement sous l'action de l'actuelle présidence des États-Unis.

<sup>12</sup> US District Court for the District of Massachusetts, *United States v. 1.58 Acres of Land, etc.*, 523 F.Supp. 124 (D. Mass. 1981) ; sauf recul actuellement constaté, *v. la remarque note n° 10*.

spécialisées<sup>13</sup>). Ce devoir peut se concrétiser par l'obligation de réserver une partie de territoire, ou certaines ressources, au « public ». En conséquence, la « doctrine » se trouve au cœur d'arbitrages entre propriété publique (ou *trust*) et propriétaires privés revendiquant des rives ou des terres dans l'assiette de leur propriété ; plus profondément parfois, entre valorisation économique et préservation des ressources écologiques ou libre accès et usage à ces dernières (*cf. infra*). Le devoir de protection peut également signifier, en corollaire, faire obstacle au transfert de certaines ressources vers des patrimoines privés, ou encore à certains transferts décidés pour des finalités en contrariété avec la protection.

Par ailleurs, outre l'État ou les États fédérés, la doctrine du *Public Trust* a également dessiné des voies pour faire peser des devoirs de protection sur des propriétaires privés (quand les éléments saisis sont appropriés), notamment à l'égard de terrains autrefois saisis comme communs (des marécages par exemple), mais devenus privatifs. De façon générale, la reconnaissance d'un *Public Trust* peut aussi entraîner des limites à l'activité dommageable d'une personne sur ces ressources (« *servitude* »).

Ce devoir de protection est stipulé, en outre, au bénéfice du « Public », saisi comme les générations présentes, mais également futures, avec parfois une catégorisation effectuée entre les bénéficiaires<sup>14</sup>. On trouve ainsi, dans certaines des Constitutions des États fédérés, des énonciations faisant clairement référence à ce bénéficiaire. Par exemple, l'Article XI, section 1, de la Constitution de Hawaï déclare que « *All public natural resources are held in trust by the State for the benefit of the people* », tandis que la Cour suprême de cet État a pu déclarer que « *the state has a comparable duty to ensure the continued availability and existence of its water resources for present and future generations* »<sup>15</sup>.

Or c'est exactement en ce sens que les réformes proposées ici invitent à aller.

## 2.2. La reconnaissance de droits au bénéfice d'un public large

Outre ce devoir de protection et en deuxième lieu, le *Public Trust* entraîne **la reconnaissance de « droits » au bénéfice du public**. De nouveau, le parallèle pourrait s'avérer fructueux avec les propositions émises car ces droits ont été cartographiés outre-Atlantique. À ce titre, on compte ainsi un droit d'accès aux « ressources » (sous la figure de l' *easement*), ainsi que, selon les « ressources », un droit d'usage – *diffuse public uses* –. On notera que ces droits peuvent trouver à s'exercer même si les ressources concernées sont privativement appropriées (ce qui intéresserait davantage, en conséquence, les propositions émises relativement à la construction d'un régime primaire de « patrimoine commun ») : des rives, des chemins vers l'Océan, etc., ont été saisis comme tels ; il y a plus de difficultés pour les plages et les terres<sup>16</sup>. En outre, ainsi que mentionné également, les usages admis et imposés au propriétaire ont évolué : lorsque la doctrine concernait les cours d'eau et leurs rives, le droit d'usage était ouvert pour la navigation, le commerce, la pêche ; il peut être plus varié aujourd'hui (pour la baignade ou des loisirs, la vie, etc.)

En conséquence de ces droits, bien évidemment, une réflexion s'est élevée sur la conciliation de la reconnaissance d'un *Public Trust* et de la propriété privée, assiette des ressources concernées (v. *supra* si l'on se trouvait face à des éléments appropriés, relevant d'un patrimoine commun). De nombreux contentieux ont ainsi été portés par des propriétaires arguant précisément de l'atteinte à leur propriété – *takings* – et avançant une violation de la protection garantie par le 5<sup>e</sup> amendement de la Constitution américaine (parallèle de l'indemnisation en cas d'expropriation pour utilité publique : *from taking "private property for public use, without just compensation."*)<sup>17</sup>. La « doctrine » de certaines cours a alors précisé qu'il ne s'agissait pas d'atteintes et de droits nouveaux – d'usage ou d'accès – mais seulement d'empêcher que les ressources soient endommagées. Plus avant, ces droits du public ont parfois légitimé des limitations aux possibilités du propriétaire de changer l'affectation de ses biens ou de les céder : des projets commerciaux dérivant de ressources en *public trust* ont pu être victorieusement attaqués en justice, sur le

---

<sup>13</sup> V. M. C. BLUMM & R. D. GUTHRIE, "Internationalizing the Public Trust Doctrine: Natural Law and Constitutional and Statutory Approaches to Fulfilling the Saxion Vision", *University of California Davis Law Review*, Vol. 45, 2012, p. 741; D. SHELTON, art. préc.

<sup>14</sup> J. Sax distingue, toujours à l'égard des ressources naturelles, une « majorité diffuse » et une « majorité concertée » (*concerted*).

<sup>15</sup> *Waiahole Ditch case*, cité par M. C. BLUMM & M. C. WOOD (eds), *op. cit.*, Introduction, p. 7.

<sup>16</sup> Suprem Court of New Jersey, *Matthews v. Bay Head Improvement Assn.*, 471 A.2d 355 (N.J. 1984).

<sup>17</sup> J. BRAMLEY, "Supreme Foresight: Judicial Takings, Regulatory Takings, and the Public Trust Doctrine", 38B.C. *Envtl. Aff. L. Rev.*445(2011).

fondement d'une présomption selon laquelle l'État ne pourrait pas vouloir atteindre les usages du public (un espace montagneux et boisé a dû être conservé comme tel, par exemple)<sup>18</sup> ; des cessions ont pu être entravées du fait de l'existence d'un *public trust*. Cela ne veut pas dire que celles-ci soient totalement prohibées, mais elles doivent « seulement » être compatibles avec les droits du *Public*<sup>19</sup>, au même titre que les changements d'affectation<sup>20</sup>.

### 2.3. La reconnaissance de la légitimité de l'intérêt à agir du « Public »

Enfin, et c'est certainement la conséquence la plus spectaculaire actuellement, la « doctrine » du *Public Trust* a pu fonder, dans certains États, **la reconnaissance de la légitimité de l'intérêt à agir de citoyens en défense de l'usage ou de la conservation des ressources concernées**, légitimité dont se réclament également les orientations tracées dans les propositions de réformes émises *supra*. Il faut ici préciser que le droit états-unien, comme le droit français, est assis sur la *Standing Doctrine* – article III de la Constitution américaine – selon laquelle seuls ont un intérêt à agir ceux qui peuvent démontrer un intérêt personnel, concret, direct et immédiat<sup>21</sup>. Pourtant, face à des gestions de la part des autorités qu'ils jugeaient trop peu protectrices, des citoyens ont été autorisés à demander des comptes. Il faut néanmoins distinguer selon qu'il existe ou non, dans l'État considéré, une loi autorisant cette action : la recevabilité de l'action est plus facilement admise, bien évidemment, quand il existe une loi habilitant le « public » à agir. Mais, même dans l'hypothèse où aucun texte ne la prévoit, elle tend aujourd'hui à être admise. Le *Public Trust* peut donc servir de fondement à des actions citoyennes à l'égard du protecteur défaillant qu'est le *trustee*, au titre de l'intérêt dont chacun serait investi en tant que *beneficiary* de ces ressources. On peut y lire une application de l'intérêt diffus à agir en protection d'une ressource commune.

L'exemple le plus actuel tient en celui de la « justice climatique »<sup>22</sup>. C'est également celui où se lisent les hésitations, les flux et reflux de cette orientation, ainsi que la passe d'armes à laquelle l'institution donne lieu (son admission n'est pas consensuelle, tant s'en faut). En effet, de nombreuses actions sont aujourd'hui menées par des associations et des citoyens en insuffisance des politiques environnementales de l'administration américaine (États fédéral et fédérés et contre des « agences »), et notamment de réduction des gaz à effet de serre<sup>23</sup>. Or, alors qu'elles n'avaient pas prospéré pendant longtemps, elles ont commencé à être davantage accueillies dans les années 2010 et suivantes. Des individus se sont ainsi vus reconnaître le droit de réclamer une gestion « active » des ressources par l'État, *trustee*<sup>24</sup> ; leur intérêt à agir a été admis par certaines cours. Les actions les plus médiatiques ont été menées par *Our Childrens Trust*, accompagné par des enfants et jeunes adultes de 10 à 21 ans (âges à l'origine des actions, 9 sont aujourd'hui pendantes), à l'encontre de l'État fédéral, notamment dans un contentieux confinant à une véritable saga judiciaire connue sous l'appellation *Juliana v. United States*. La recevabilité de l'action

---

<sup>18</sup> Suprem Judicial Court of Mass., *Gould v. Greylock Reservation Commission*, 350 Mass. at 410, 215 N.E.2d 114 (1966).

<sup>19</sup> Suprem Court of Wisconsin, *Just v. Marinette County*, 56 Wis.2d 7, 201 N.W. 2d 761 (1972) : en l'occurrence, des rives de lac navigable

<sup>20</sup> Suprem Judicial Court of Mass., *Gould v. Greylock Reservation Commission*, préc.

<sup>21</sup> De nouveau, sur les étapes de cette évolution, à partir de l'article séminal de J. L. Sax de 1970, cf. E. Cornu-Thenard, art. préc., n° 39 et s.

<sup>22</sup> Pour la construction théorique en la matière, cf. K. S. COPLAN, « Public Trust Limits on Greenhouse Gas Trading Schemes: A Sustainable Middle Ground », 35 *Colum. J. Envtl. L.* 287 (2010); M. C. WOOD, « Advancing the Sovereign Trust of Government to Safeguard the Environment for Present and Future Generations (Part I)—Ecological Realism and the Need for a Paradigm Shift », 39 *Envtl. L.* 43 (Winter 2009); « Atmospheric Trust and Fiduciary Duty », in Ken COGHILL (ed.), *Fiduciary Duty and the Atmospheric Commons*, 2010. Pour une réception européenne, v. E. CORNU-THENARD, « Éléments sur l'apport de la doctrine américaine du *public trust* à la représentation de l'environnement devant le juge », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement*, Hors-série 22 | septembre 2015.

<sup>23</sup> *Mass.*, 549 U.S. at 497 (seeking review of EPA's decision not to regulate GHG emissions from new motor vehicles); *Ctr. for Biological Diversity v. Envtl. Prot. Agency*, No. 10-cv-00985-FJS (D.D.C. filed June 11, 2010) (seeking to compel rulemaking for emissions from marine vessels, aircraft and other nonroad engines and vehicles); *N.Y. v. Envtl. Prot. Agency*, No. 08-1279 (D.C. Cir. filed Aug. 25, 2008) (challenging EPA's failure to include GHG limits in NSPS for petroleum refineries), citées par E. Washburn & A. Núñez, « Is the Public Trust a Viable Mechanism to Regulate Climate Change? », *Natural Resources and Environment*, Vol. 27 No. 2 (2012).

<sup>24</sup> Not. *Robinson Township et al v. Pa. Public Utility Commission* – Nos. 63, 64, 72, and 73 MAP 2012, PA, du 19 décembre 2013.

avait ainsi été admise en 2016 par l'U.S. District Court for the District of Oregon<sup>25</sup>, avant d'être rejetée en appel le 17 janvier 2020<sup>26</sup> (mais le contentieux se poursuit).

Nonobstant ces hésitations et tâtonnements, ces contentieux permettent d'illustrer une question importante : celle du public admis à agir. Or sa délimitation varie en fonction des États : la Californie ouvre largement la voie à toute personne du *Public* – « *Tout membre du public a intérêt pour agir dans le cadre d'un dommage au public trust* »<sup>27</sup> – quand d'autres États réservent l'action à des personnes spécialement intéressées à la jouissance de la « ressource », que ce soit pour leur santé ou leur subsistance par exemple ; dans d'autres encore, c'est la loi qui a admis la « plainte des citoyens » (au Connecticut et Dakota par exemple). Enfin, il faut noter que ces reconnaissances et admissions varient en fonction des « ressources » : elles sont par exemple nettement moins nombreuses en défense des poissons et de la faune sauvage<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> L'argument général est celui d'une atteinte aux droits constitutionnels à la vie, à la liberté et à la propriété des plus jeunes générations, *v. v. vital*<http://ourchildrenstrust.org/legal/US-Action>.

<sup>26</sup> Divided Ninth Circuit Court of Appeals, January 17, 2020.

<sup>27</sup> *National Audubon Society v. Superior Court of Alpine Cnty* (décision dite *Mono Lake*), 658 P.2d 709 (Cal. 1983), p. 724.

<sup>28</sup> Par ex., R. M. FRANK, art. préc., p. 678.

LEÇON DE DROIT COMPARE N°2 :  
LES LIMITATIONS AUX PRIVATISATIONS DES ESPACES PUBLICS DANS LES PAYS ANGLO-AMERICAINS ET EN  
ALLEMAGNE<sup>1</sup>

« Il ne peut être question que les pouvoirs publics, par le biais de la privatisation,  
se déchargent de toute responsabilité en matière de protection des droits et libertés  
autres que les droits de propriété. »<sup>2</sup>

La complexité des régimes juridiques applicables aux espaces publics en France ne doit pas nous faire perdre de vue que la distinction public / privé est relative à chaque système juridique. Ainsi, le droit comparé sera un outil de lecture utile. La référence aux droits étrangers permet d'analyser comment d'autres traditions abordent l'accessibilité, la propriété et les conflits d'usages sur les « espaces publics » en vue de garantir les libertés fondamentales. Ce voyage met en évidence que les espaces publics ne sont pas toujours « publics », mais que leur affectation à l'usage du public est une valeur à protéger, quel qu'en soit le titulaire de la propriété. Nous commencerons par considérer l'accessibilité et les usages politiques des espaces publics privés dans les pays anglo-américains, afin de voir quelles solutions ont été proposées dans un contexte de fortes privatisations de ces espaces. Nous irons ensuite en Allemagne pour examiner les effets de la privatisation des aéroports sur les libertés fondamentales car cet exemple nous a inspiré à proposer la doctrine de l'effet horizontal des droits fondamentaux comme une technique propre à arbitrer entre le droit de propriété et les libertés dans les espaces publics privés.

## 1. Le règlement des conflits dans les espaces publics privés aux États-Unis et en Angleterre

L'importance des espaces publics et le rôle de l'État aux États-Unis pouvaient se résumer par la célèbre décision *Hague v. CIO* de la Cour suprême américaine de 1939 : les rues et les parcs « sont depuis des temps immémoriaux, détenus en *trust* par les autorités publiques au bénéfice du public et ont, toujours, été utilisés pour se réunir, pour que les citoyens puissent échanger et discuter leurs idées ».

### 1.1. Les conséquences de la privatisation des espaces publics

Néanmoins, actuellement, il n'y a pas de corrélation nécessaire entre les espaces publics et la propriété publique comme le juge Owen J. Roberts la décrivait. Il y a eu une privatisation des espaces publics sous le coup de la vente des infrastructures publiques et du développement de *business improvement districts*<sup>3</sup>. La privatisation des espaces publics est aussi une conséquence du processus de « suburbanisation », où le centre commercial remplace le centre-ville comme espace de rencontre. Pour les Américains habitant dans les *suburbs*, les centres commerciaux sont devenus « les espaces publics prééminents »<sup>4</sup>. Mais la privatisation ne se limite pas aux espaces avec des « buts commerciaux ». Aux États-Unis et au Royaume-Uni, il existe, depuis les années 1960, des « *Privately owned public spaces* » (POPS). Certaines villes, comme New York, ont créé un « *zoning bonus* » dans le droit de l'urbanisme<sup>5</sup> : en échange d'une autorisation pour la construction d'un grand immeuble, le propriétaire doit créer et maintenir un espace ouvert au public, tel que le Zuccotti Park. Cet espace est destiné à l'usage des personnes qui habitent et travaillent près du nouveau bâtiment pour qu'ils trouvent de l'air au milieu de la « jungle urbaine »<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Rédacteurs : Thomas PERROUD, Rocio del Pilar TRUJILLO SOSA ET CLÉMENT TOPUZ.

<sup>2</sup> “It cannot be the case that through privatization the public authorities can divest themselves of any responsibility to protect rights and freedoms other than property rights.” Partly dissenting opinion of Judge Marustel. *Appleby v United Kingdom*. CEDH, Cour (Quatrième Section), 6 mai 2003, n° 44306/98.

<sup>3</sup> T. PERROUD, « Public forum (doctrine) » in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des communs*, PUF, 2017, p. 1025.

<sup>4</sup> ZUKIN, *The cultures of cities* cité par A. MANISCALCO, *Public spaces, marketplaces, and the constitution*, Suny, 2015. p. 74.

<sup>5</sup> J. KAYDEN, *Privately owned public space: the New York City experience*. Toronto: Wiley, 2000.

<sup>6</sup> *Batty v City of Toronto*, 2011 ONSC 6862, 1. C 91.

Ces constats attestent qu'il y a de plus en plus d'« espaces publics » sous propriété privée ou, dans quelques cas, de propriétés publiques traitées comme des propriétés privées<sup>7</sup>. La question est alors de déterminer les conséquences de cette « appropriation » de l'espace<sup>8</sup> sur les relations entre les propriétaires et le « public » : le fait que les « espaces publics » soient privés induit-il des relations différentes entre les propriétaires de l'espace et le « public » ?

Pour une partie de la doctrine, la question ne se pose même pas : « Une rue publique est un lieu d'activité appartenant aux usagers ; un centre commercial est un investissement immobilier privé appartenant à des investisseurs. Personne ne peut être dans un centre commercial privé, ni se livrer à une activité qui serait légale dans une rue publique sans la permission tacite ou écrite du propriétaire du terrain privé [...] Les centres-villes urbains sont par définition inclusifs. Les centres commerciaux sont par définition exclusifs. Ce n'est pas plus compliqué que ça. »<sup>9</sup>

Pour une autre partie de la doctrine néanmoins, il existerait des limites à la dichotomie public/privé et les privatisations devraient conduire à reconnaître des « *quasi public spaces* »<sup>10</sup>. *A minima*, elles devraient conduire à réviser le critère de la titularité de la propriété et à rejeter le fait qu'il soit le seul déterminant pour admettre la protection des libertés fondamentales dans ces espaces. Il faudrait dans tous les cas en assurer l'exercice, en particulier lorsqu'il est question de l'accès et de la liberté d'expression dans ces espaces publics.

## 1.2. La doctrine du « *Public Forum* » aux États-Unis

Afin de mieux comprendre le régime des « espaces publics » aux États-Unis, il faut faire état de la « *public forum doctrine* » de la Cour suprême américaine en ce que cette doctrine lie la garantie de la liberté d'expression à l'espace matériel. C'est-à-dire que le niveau de protection de cette liberté (*First Amendment*) varie en fonction du lieu où l'expression se déroule.

On y distingue le « *traditional public forum* », en premier lieu, qui regroupe les espaces accessibles qui ont toujours été associés à l'activité civique comme les rues, les places et les parcs publics<sup>11</sup>. En deuxième lieu, on tient compte des « *designated/limited public forum* », également propriété de l'État (au sens large) et qui ont été désignés par lui comme un espace pour l'exercice de cette liberté : un théâtre municipal par exemple. Ce forum peut être limité à certains propos ou catégorie des personnes<sup>12</sup>. En troisième lieu, on compte le « *non-public forum* » qui désigne les propriétés publiques avec un accès limité, que le gouvernement n'a pas ouvert à l'expression politique et civique<sup>13</sup>, comme les bases militaires. Enfin, il y a les propriétés privées, gérées par leurs propriétaires.

Or quand il s'est agi d'articuler les libertés fondamentales, et notamment la liberté d'expression, avec la gradation de ces espaces, la jurisprudence de la Cour suprême américaine relative à l'expression de la liberté d'expression au sein de propriétés privées ouvertes au public a basculé : tout d'abord attachée à la garantie de la prééminence de la liberté d'expression sur les prérogatives d'exclusion du propriétaire, elle a finalement renvoyé la question aux États fédérés en 1980.

Le premier cas, en date de 1946, *Marsh vs Alabama*, renvoyait ainsi à l'articulation de la liberté d'expression de témoins de Jehova, distribuant des tracts dans la rue commerçante d'une ville, propriété d'une compagnie. Dans

---

<sup>7</sup> *Los Angeles City Council v. Taxpayers for Vincent*, 466 U.S. 789 (1984).

<sup>8</sup> A. BRENNETOT, « Espace (approche géographique) » in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des communs*, PUF, 2017, p. 518.

<sup>9</sup> « Malls can never replace the public realm. A public street is a place of activity owned by the users; a mall is a private real state and retail investment owned by investors. No one can be in a privately-owned mall, or engage in any activity that would be legal on a public street without the tacit or written permission of the private landowner... Urban downtowns and towns centers are by definition inclusive. Malls by definition are exclusive. It is no more complicated than that. » R. GRATZ & N. MINTZ, *Cities back from the edge: new life for downtown*, cité par A. MANISCALCO, *Public spaces, marketplaces, and the constitution*, Suny, 2015. p. 79.

<sup>10</sup> K. GRAY, S.-F. GRAY, « Private property and public property ».

<sup>11</sup> *Hague v. CIO*, 307 U.S. 496 (1939)

<sup>12</sup> A. MANISCALCO, *Public spaces, marketplaces, and the constitution*, Suny, 2015. p. 84.

<sup>13</sup> A. MANISCALCO, *Public spaces, marketplaces, and the constitution*, Suny, 2015. p. 84.

cette hypothèse, il n'y avait pas de différences entre les rues de la ville, municipalité, et de la ville, privatisée par la compagnie : celle-ci n'était pas fermée ; seule une indication de la propriété se lisait sur quelques équipements. Les juges ont en conséquence protégé la liberté d'expression des témoins de Jehova au constat que la ville « privée » fonctionnait comme une ville « publique »<sup>14</sup>. Le juge Brown indiquait également que la charge sur la propriété ainsi admise s'expliquait par l'ouverture de l'espace : « La propriété ne signifie pas toujours la domination absolue. Plus un propriétaire ouvre ses biens à l'usage du public en général, à son avantage, plus ses droits sont circonscrits par les droits légaux et constitutionnels de ceux qui les utilisent »<sup>15</sup>.

Cette décision a été suivie par le cas *Logan Valley Plaza* en 1968, cas dans lequel la Cour suprême a protégé la liberté d'expression dans un centre commercial. Le juge Marshall a considéré que « le fait que la manière dont les distributions ou le *picketing* s'effectuent puisse être réglementée ne signifie pas que l'un comme l'autre puisse être exclus dans toutes les circonstances [...] simplement en recourant aux concepts traditionnels du droit de la propriété concernant les biens immobiliers »<sup>16</sup>. La Cour a alors octroyé la protection de sa liberté d'expression au syndicat de travailleurs voulant dénoncer le sort des employés de l'un des magasins du centre commercial : il pouvait circuler, ainsi que des travailleurs, avec leurs panneaux dans l'espace de stationnement et près du magasin. Néanmoins, pour le cas suivant, *Lloyd* de 1972<sup>17</sup>, la majorité s'est renversée et la protection a été accordée au propriétaire d'un centre commercial refusant la distribution de tracts contre la guerre du Vietnam. Finalement, dans le cas *Hudgens* de 1976<sup>18</sup>, la Cour a même refusé de prendre en compte la liberté d'expression : « Nous concluons en résumé que, dans l'état actuel du droit, la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression n'a aucun rôle à jouer dans un cas comme celui-ci »<sup>19</sup>.

Dès lors, après cette décision, la propriété semblait le seul critère à prendre en compte aux États-Unis. Néanmoins, la solution n'était pas unanimement admise dans les États. Sur la base de sa Constitution, la Californie a ainsi décidé de protéger la liberté d'expression dans un centre commercial, dans une décision *Robins vs Pruneyard*<sup>20</sup>. Cette décision a été contestée devant la Cour suprême, qui a confirmé la décision de la Californie et renvoyé l'appréciation de l'exercice de la liberté d'expression au sein de centres commerciaux aux États fédérés (décision *Pruneyard vs Robins* de 1980<sup>21</sup>). Aussi, actuellement, 24 États se sont prononcés sur cette question, seuls cinq d'entre eux reconnaissent la liberté d'expression dans les centres commerciaux : les États du Massachusetts, de Washington<sup>22</sup>, de Californie, du Colorado et du New Jersey<sup>23</sup>.

Les exemples de New York et du New Jersey sont intéressants à préciser tant les décisions s'appuient sur des articles identiques de leurs constitutions, mais n'aboutissent pas du tout au même résultat.

Ainsi, de son côté, la Cour suprême de New York considère qu'il n'y a pas lieu d'examiner le moyen relatif la liberté d'expression dans les centres commerciaux, car il n'y a pas d'action étatique en cause (*state action*)<sup>24</sup>, la seule question étant le respect du droit de propriété<sup>25</sup>.

---

<sup>14</sup> *Marsh vs State of Alabama*, 326 U.S. 501 (1946).

<sup>15</sup> « Ownership does not always mean absolute dominion. The more an owner, for his advantage, opens up his property for use by the public in general, the more do his rights become circumscribed by the statutory and constitutional rights of those who use it? » *Marsh vs State of Alabama*, 326 U.S. 501 (1946).

<sup>16</sup> « That the manner in which handballing, or picketing, is carried out may be regulated does not mean that either can be barred under all circumstances... simply by recourse to traditional concepts of property law concerning the incidents of ownership of real property » citing Marshall Logan, A. MANISCALCO, *Public spaces, marketplaces, and the constitution*, Suny, 2015. p. 141

<sup>17</sup> *Lloyd Corp. v. Tanner*, U.S. 551 (1972)

<sup>18</sup> *Hudgens v. NLRB* 424 U.S. 507 (1976).

<sup>19</sup> « If the respondents in the Lloyd case did not have a First Amendment right to enter this shopping center to distribute handbills concerning Vietnam, then the pickets in the present case did not have a first amendment right to enter to this shopping center for the purposes of advertising their strike against the Butler Shoe Co. We conclude, in short, that under the present state of the law the constitutional guarantee of free expression has no part to play in a case such as this? » (*Hudgens v. NLRB* 424 U.S. 507 (1976).

<sup>20</sup> *Michael Robins, a Minor, et al v. Pruneyard Shopping center, et al.* a 23 Cal. 3 d 899 (1979) at 902.

<sup>21</sup> *Pruneyard vs Robins*. 447 U. S. 74 (1980).

<sup>22</sup> A. MANISCALCO, *Public spaces, marketplaces, and the constitution*, Suny, 2015. p. 183.

<sup>23</sup> A. MANISCALCO, *Public spaces, marketplaces, and the constitution*, Suny, 2015. p. 183.

<sup>24</sup> 138 N.J. 326 (1994) 164 N.J. 127 (2000) cité par A. MANISCALCO, *Public spaces, marketplaces, and the constitution*, Suny, 2015. p. 193.

<sup>25</sup> S. DOWNS, *Appellant, v. Town of Guilderland et al.*, Respondents. State of New York Supreme Court Appellate division No. 507428.

Inversement, la Cour de New Jersey considère que :

« Au New Jersey, nous avons un droit positif à la liberté d'expression, et ni le gouvernement ni des entités privées ne peuvent le restreindre sans motif raisonnable. [...] Nous regardons en arrière et regardons en avant pour tenter de savoir le sens d'une disposition constitutionnelle. Si la liberté d'expression veut dire quelque chose dans le futur, il faut l'exercer dans ces centres [commerciaux]. Notre droit constitutionnel embrasse plus que la distribution de tracts et le discours associé sur des trottoirs vides du centre-ville. Cela signifie communiquer avec les gens dans les nouveaux centres commerciaux et sociaux ; si les gens sont partis pour les centres commerciaux, notre droit constitutionnel comprend le droit d'y aller aussi, de les suivre et de leur parler »<sup>26</sup>.

Dans le New Jersey, la liberté d'expression peut donc s'exercer dans les centres commerciaux régionaux<sup>27</sup>. Cet exercice n'inclut cependant pas l'utilisation de porte-voix, de mégaphones, le droit de manifester ou de défilé<sup>28</sup>. Il peut en outre connaître des limites imposées par les propriétaires, sur le modèle de la régulation étatique de la liberté d'expression, sans que cette régulation puisse cependant aller jusqu'à empêcher l'exercice de cette liberté ou jusqu'à discriminer les points de vue<sup>29</sup> : définition de l'heure, du lieu et des modes d'expression (*time, place, manner*).

### 1.3. La différence entre espaces urbains et ruraux en Angleterre

L'exemple de l'Angleterre est aussi très intéressant, car l'accès aux espaces dépend de leur fonction. Pour l'instant, la jurisprudence n'a pas totalement reconnu le droit du public à accéder aux espaces urbains propriété privée ouverts au public, mais le Parlement a créé le droit du public à se promener sur des terrains ruraux privés avec des buts récréatifs.

Ainsi, pour les espaces urbains, la prérogative d'exclusion du droit de propriété l'emporte. En atteste une hypothèse d'école qui a permis de poser les termes de la réflexion : CIN Properties, propriétaire d'un centre commercial représentant 3/5<sup>e</sup> du centre de la ville de Wellingborough, avait définitivement interdit l'entrée<sup>30</sup> à un groupe identifié de jeunes garçons résidents (majoritairement noirs). Selon le propriétaire, les personnes avaient eu des conflits avec les personnels de sécurité du centre commercial. Par la suite, le propriétaire avait obtenu une *injunction* renforçant sa décision privée, de sorte que si les jeunes entraient, ils pouvaient être emprisonnés. Cette décision a été contestée comme les empêchant non seulement de profiter des espaces de rencontre, mais également des opportunités de travail. La *County Court* leur a donné raison, en considérant ces jeunes comme une partie du public et en admettant qu'ils puissent entrer pendant les horaires d'ouverture sous réserve d'avoir un « comportement raisonnable »<sup>31</sup>. La *Court of Appeal* a cependant infirmé la décision, estimant que CIN Properties a **le droit de retirer aux jeunes l'invitation à entrer** dans le centre commercial. Finalement, le cas n'a pas été choisi par la *House of Lords*, ni admis à être apprécié par la Commission européenne des droits de l'Homme, le Royaume Uni n'ayant pas ratifié la partie pertinente de la Convention (relative liberté de mouvement)<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> 138 N.J. 326 (1994) 164 N.J. 127 (2000) cité par A. MANISCALCO, *Public spaces, marketplaces, and the constitution*, Suny, 2015, p. 193.

<sup>27</sup> 138 N.J. 326 (1994) 164 N.J. 127 (2000) cité par A. MANISCALCO, *Public spaces, marketplaces, and the constitution*, Suny, 2015, p. 193.

<sup>28</sup> 138 N.J. 326 (1994) 164 N.J. 127 (2000) cité par A. MANISCALCO, *Public spaces, marketplaces, and the constitution*, Suny, 2015, p. 194.

<sup>29</sup> 164 N.J. 127 (2000) cité par A. MANISCALCO, *Public spaces, marketplaces, and the constitution*, Suny, 2015, p. 198.

<sup>30</sup> La fin de la lettre était la suivante : "We hereby give you notice that you no longer have permission, express or implied, to enter the premises, or any part thereof, for any purpose whatsoever from the date hereof. Following receipt of this letter any entry to the premises by you will be a trespass and liable to civil action. We would advise you that [the Company has] instructed us to apply to the Court for an injunction restraining you from entering the premises in any event. We will serve proceedings on you shortly." *Mark Anderson v United Kingdom*, Application No. 33689/96.

<sup>31</sup> "Rather the public had an irrevocable equitable right to enter and use the shopping malls within the Centre, whenever the doors of the Centre were open. However, the right of the public being an equitable one, the Company were able to demand reasonable conduct of members of the public, and on the suit of Company the court would have power to grant injunctions restraining the entry of certain individuals into the Centre who failed to comply with the condition of reasonable conduct." *Mark Anderson v United Kingdom*, Application No. 33689/96.

<sup>32</sup> *Mark Anderson v United Kingdom*, Application No. 33689/96.



Dans un autre cas, *Porter v Commissioner of Police of the Metropolis* de 1999, il s'agissait de la contestation de l'expulsion d'une cliente qui refusait de sortir d'un local commercial d'une entreprise d'électricité jusqu'à ce que l'entreprise réponde à sa demande<sup>33</sup>. La *Court of Appeal* est parvenue à la même conclusion, donnant priorité à la propriété, mais avançant cependant un peu plus vers la reconnaissance de prérogatives du public<sup>34</sup>.

La question de la liberté d'expression a cependant été élevée à l'échelon européen quand des écologistes n'ont pas été autorisés à collecter des signatures contre un projet de construction de la ville, dans les locaux d'un *centre commercial privé qui avait été cédé par la municipalité*. Ce cas a en effet donné lieu à l'arrêt *Appleby et autres c. Royaume-Uni* de la Cour européenne des droits de l'Homme. Et, même si la Cour EDH a considéré qu'il n'y avait pas de responsabilité de l'État, elle n'a cependant pas exclu la possibilité de réglementer la propriété :

« 47. Cette disposition, malgré l'importance reconnue à la liberté d'expression, ne donne pas la liberté de choisir un forum en vue d'exercer ce droit. Certes, l'évolution démographique, sociale, économique et technologique modifie les moyens de déplacement et de communication dont disposent les individus, mais la Cour n'est pas convaincue que cette évolution exige automatiquement la création d'un droit de pénétrer dans des propriétés privées ni même nécessairement dans l'ensemble des biens appartenant au domaine public (par exemple les administrations et les ministères). Toutefois, lorsque l'interdiction d'accéder à la propriété a pour effet d'empêcher tout exercice effectif de la liberté d'expression ou lorsque l'on peut considérer que la substance même de ce droit s'en trouve anéantie, la Cour n'exclut pas que l'État puisse avoir l'obligation positive de protéger la jouissance des droits prévus par la Convention en réglementant le droit de propriété. Une ville appartenant à une entreprise, dans laquelle la municipalité tout entière est contrôlée par un organisme privé, en serait un exemple (*affaire Marsh v. Alabama*, citée plus haut au paragraphe 26)<sup>35</sup>. (Souligné par nous)

La doctrine n'est alors pas restée inerte devant ces évolutions. Pour les professeurs Gray par exemple, la privatisation des espaces publics, surtout les projets de réaménagement de centres-villes par des promoteurs privés, attribut aux propriétaires un pouvoir inédit de limiter les libertés des personnes<sup>36</sup>. Or, dans un contexte où les espaces récréatifs, associatifs et de rencontre sont « at premium » dans le milieu urbain, les professeurs Gray considèrent que le droit d'exclusion arbitraire du propriétaire devrait se limiter quand les espaces sont « quasi-public » par leurs fonctions et quand l'exclusion risque de porter atteinte aux libertés fondamentales<sup>37</sup>. Ils posent ainsi ouvertement la question suivante : « la liberté d'expression, de réunion et d'association modifie-t-elle indirectement l'équilibre des droits de propriété existants sur ou dans les espaces, de manière à créer de nouveaux droits pour le citoyen, dans des circonstances appropriées, d'avoir accès à la propriété d'autrui afin d'exercer les droits garantis ? »<sup>38</sup>. C'est évoquer l'importance de la fonction des espaces publics, indissociables de l'espace public et le socle matériel de la démocratie.

Pour y répondre, les professeurs Gray proposent la reconnaissance d'une **prérogative d'accès raisonnable pour le public** de sorte que, dans les cas comme celui du centre commercial *CIN Properties*, il appartiendrait au propriétaire de démontrer que l'exclusion répond à des raisons objectives justifiant de réduire cet accès. Il n'y aurait plus, en conséquence, pouvoir arbitraire de limiter les droits et libertés du public<sup>39</sup>.

Bien que cette approche pour la garantie de la liberté d'expression dans les propriétés privées ouvertes au public ne soit pas étendue, l'évolution de la jurisprudence et les arguments en faveur des droits fondamentaux montrent que les usages commerciaux peuvent entrer un conflit avec des usages « politiques », et que la formule pour harmoniser les intérêts en présence ne doit pas dépendre seulement du droit de propriété.

---

<sup>33</sup> R.C. HUNTER, C. MCGLYNN, E. RACKLEY, B. HALE, *Feminist judgments: from theory to practice*. Oxford; Portland, Or.: Hart; 2010, p. 171.

<sup>34</sup> K. J. GRAY, S. F. GRAY, *Land law*. 5th ed., Oxford, New York: Oxford University Press, 2007, p. 100.

<sup>35</sup> CEDH, Cour (Quatrième Section), 6 mai 2003, n° 44306/98.

<sup>36</sup> K. J. GRAY, S. F. GRAY, *Land law*. 5th ed., Oxford, New York: Oxford University Press, 2007, p. 100.

<sup>37</sup> K. J. GRAY, S. F. GRAY, *Land law*. 5th ed., Oxford, New York: Oxford University Press, 2007, p. 32.

<sup>38</sup> K. J. GRAY, S. F. GRAY, *Land law*. 5th ed., Oxford, New York: Oxford University Press, 2007, p. 47.

<sup>39</sup> K. J. GRAY, S. F. GRAY, *Land law*. 5th ed., Oxford, New York: Oxford University Press, 2007, p. 101.

Cette évolution vers la reconnaissance d'un droit d'accès raisonnable a trouvé une expression législative importante en matière **d'espaces ruraux**. Dans le *Countryside and Rights of Way Act* de 2000 (CROWA - Loi sur les zones rurales et les droits de passage) est reconnu le droit du public à entrer et rester dans des terrains ruraux privés pour la récréation en plein air.

Il faut préciser que, en Angleterre, la Common Law reconnaissait déjà des droits spécifiques du public, droits « diffus », sur des propriétés privées quand il s'agissait de l'utilisation des « *public highways* » : un droit de passage dans les eaux navigables, un droit de pêche, de droits locaux coutumiers<sup>40</sup>.

Mais ce « *right to roam* » consacré permet d'entrer à pied, sans restriction d'horaire, sur tous les terrains qui sont « situées à plus de 600 m au-dessus du niveau de la mer, ainsi que d'autres zones catégorisées comme '*open country*', les terres communes enregistrées et les propriétés qui sont irrévocablement consacrées par le propriétaire à des fins d'accès public »<sup>41</sup>. Cela embrasse entre 8 et 12% de la superficie de l'Angleterre et du Pays de Galles. Le droit du public est reconnu à condition que toute personne respecte un code d'utilisation raisonnable et responsable de la campagne. Ce droit limite alors fortement le droit d'exclusion du propriétaire et tente d'articuler l'accès aux loisirs et une plus grande équité sociale. Pour le Parlement anglais, le droit de propriété n'a pas été une raison suffisante pour empêcher que le public jouisse des bénéfices de la campagne, personne n'étant le propriétaire exclusif du paysage ni des montagnes<sup>42</sup>.

## 2. Le règlement des conflits relatifs aux espaces publics privés en Allemagne

En Allemagne, le conflit entre le droit de propriété privé et la liberté de manifestation montre une autre issue possible, un peu à la manière américaine. C'est l'arrêt *Fraport* de 2011<sup>43</sup> qui permet de comprendre l'articulation entre ces intérêts divergents du propriétaire et de la collectivité. La société Fraport est une société privée d'aéroport, détenu en majorité par l'État allemand. Un individu avait souhaité organiser une manifestation pour protester contre l'expulsion d'étrangers, mais se vit refuser l'accès à cet espace pour propager son discours politique<sup>44</sup>. L'intérêt de la protection du droit de propriété fut suffisant pour que le juge judiciaire confirme l'interdiction. La Cour constitutionnelle fédérale, elle, n'analysa pas le litige de cette façon, mais plutôt en termes de conflits de droits fondamentaux : l'élément déterminant dans cette affaire fut que la société en question était une société publique ; le raisonnement du juge constitutionnel fut que l'État ne pouvait pas se défaire de son obligation de protéger les droits fondamentaux en prenant une forme privée, en l'occurrence ici la protection de la liberté de manifester<sup>45</sup>.

Même si la question de l'arrêt porte sur la « forme privée » de l'État et le nécessaire respect des droits fondamentaux, les juges laissent clairement entendre que cette solution pourrait aussi trouver à s'appliquer dans les cas où la personne propriétaire serait complètement privée. C'est ce qu'a confirmé la jurisprudence ultérieure, comme l'explique Thomas Hochmann, dont nous citons *in extenso* le raisonnement sur ce point<sup>46</sup> :

« Dans l'arrêt *Fraport*, la Cour constitutionnelle souligne que le même raisonnement peut valoir à l'égard d'autres lieux, dès lors que ces usages communicatifs ne sont pas limités aux voies publiques. Or, en suivant la même démarche fonctionnelle, il devient possible d'identifier des propriétés privées qui servent de forums publics. Cela n'échappe pas à la Cour qui signale en passant que sa décision

<sup>40</sup> K. J. GRAY, S. F. GRAY, *Land law*. 5th ed., Oxford, New York: Oxford University Press, 2007, p. 108.

<sup>41</sup> K. J. GRAY, S. F. GRAY, *Land law*. 5th ed., Oxford, New York: Oxford University Press, 2007, p. 114.

<sup>42</sup> « A similar evolution of proprietary morality is to be found in the insistence, on the part of the supporters of the statutory right to roam, that no individual may ever claim exclusive property in a mountain or any other extensive tract of wild country ». K. J. GRAY, S. F. GRAY, *Land law*. 5th ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2007, p. 29.

<sup>43</sup> BVerfGE 128, 226 *Fraport* (22 février 2011).

<sup>44</sup> V. L'analyse de Th. HOCHMANN, « De la bière et des nazis : la liberté de manifestation en Allemagne », *Jus Politicum*, n° 17 [http://juspoliticum.com/article/De-la-biere-et-des-nazis-la-liberte-de-manifestation-en-Allemagne-1139.html].

<sup>45</sup> V. ainsi ce qu'écrivit J. MASING : « L'État ne peut pas se transformer en une personne privée et échanger son obligation de respecter les libertés publiques contre le droit à en jouir » (J. MASING, « Droits fondamentaux et privatisations. Une perspective allemande », *Jus Politicum*, n° 9, p. 10 [http://juspoliticum.com/article/Droits-fondamentaux-et-privatisations-une-perspective-allemande-648.html]).

<sup>46</sup> Th. HOCHMANN, « De la bière et des nazis : la liberté de manifestation en Allemagne », *Jus Politicum*, n° 17, préc.

n'aurait pas nécessairement été différente si le propriétaire des lieux avait été une "véritable" personne privée ».

Certes, rappelle la Cour, les personnes privées ne sont pas directement destinataires des obligations imposées par les droits fondamentaux. En revanche, leurs libertés (tel que le droit de propriété) doivent être conciliées avec celles des autres (tel que le droit de manifester). Cette conciliation doit être mise en œuvre par l'État, qui se voit non seulement interdit de porter atteinte aux droits fondamentaux, mais également obligé de les protéger (*Schutzpflicht*). Or, explique pour la première fois la Cour dans l'arrêt *Fraport*, dans certains cas les obligations qui résultent de cette conciliation pour les personnes privées peuvent « se rapprocher ou même égaler » les obligations imposées à l'État<sup>47</sup>. Cela se produira en particulier lorsque des personnes privées s'empareront des conditions de l'exercice des libertés de communication, tâche qui était autrefois attribuée à l'État. L'exemple du service de la Poste, donné par la Cour, est développé par le juge Masing dans son commentaire :

« Dans ce cas, les enjeux de la privatisation pour la protection des droits fondamentaux sont particulièrement visibles. Le secret de la correspondance ou des télécommunications ne peut pas être considéré comme moins strict à l'égard des opérateurs privés qu'il ne l'était par le passé pour la poste classique, encore aux mains de l'État<sup>48</sup> ».

Dans l'arrêt *Fraport*, la Cour conclut qu'elle n'a pas besoin, en l'espèce, d'en dire davantage sur les obligations qui pourraient peser sur les personnes privées propriétaires d'un forum public, d'un « lieu ouvert à la circulation publique et donc à la communication générale<sup>49</sup> ». La question mettra quatre ans à revenir devant elle, au moyen d'un recours en référé qui ne donna pas lieu à une décision au fond, mais indique une solution similaire à celle évoquée dans l'arrêt *Fraport*.

Le recours concernait la Nibelungenplatz, à Passau, place se situant à la fin d'une zone piétonne, en face de la gare routière, et étant entourée de cafés, de magasins et d'un cinéma. La Nibelungenplatz ressemble donc à une place ordinaire, si ce n'est qu'elle appartient à une société privée qui décida d'y interdire la consommation d'alcool. Une manifestation contre la privatisation de l'espace public fut annoncée sur cette place. Intitulée « Bierdosen-Flashmob für die Freiheit », elle devait consister à se rassembler et, au signal (« Pour la liberté, cul sec !<sup>50</sup> »), à boire le plus vite possible une canette de bière<sup>51</sup>, puis à écouter un bref discours. L'organisateur, un collaborateur d'une chaire de droit public à l'Université de Passau<sup>52</sup>, reçut de la société une interdiction de pénétrer sur la place à l'heure prévue pour la manifestation. Il saisit sans succès les tribunaux judiciaires puis s'adressa en référé à la Cour constitutionnelle qui rendit sa décision en temps utile<sup>53</sup>.

Dans cette décision, les juges s'inscrivent dans la lignée de l'arrêt *Fraport*, pour expliquer que la propriété de la société doit être conciliée avec la liberté des manifestants. En effet, les forums publics sous propriété privée ne sont pas exclus du champ d'application de la liberté de réunion :

« Aujourd'hui, la fonction communicationnelle des rues et des places publiques est de plus en plus complétée par des forums supplémentaires tels que les centres et passages commerciaux, ou les places créées et gérées par des investisseurs privés comme des lieux de flânerie, de consommation, de loisir. Dès lors, la liberté de réunion ne peut être exclue des surfaces qui, dans ces installations, sont ouvertes au public. »

---

<sup>47</sup> BVerfGE 128, 226 *Fraport*, p. 249 : « Je nach Gewährleistungsinhalt und Fallgestaltung kann die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates vielmehr nahe oder auch gleich kommen ». Cité par T. HOCHMANN dans son article précité.

<sup>48</sup> J. MASING, « Droits fondamentaux et privatisations. Une perspective allemande », art. cité, p. 18. Cité par T. HOCHMANN dans son article précité.

<sup>49</sup> BVerfGE 128, 226 *Fraport*, p. 250.

<sup>50</sup> « Für die Freiheit - trinkt AUS! ». *Ibidem*.

<sup>51</sup> Lesquelles, en Allemagne, contiennent toujours 50 cl, et non pas 33, voire 25 cl comme dans notre pays. *Ibidem*.

<sup>52</sup> Voir C. UNSELD, « Agora GmbH & Co KG: wenn Versammlungsfreiheit Privateigentum sticht », *Verfassungsblog*, 11 septembre 2015. *Ibidem*.

<sup>53</sup> BVerfG (3e section de la première chambre), 18 juillet 2015, 1 BvQ 25/15, accessible à l'adresse suivante : [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de). *Ibidem*.

Cette liberté peut donc être invoquée en l'espèce, dès lors que la place des Nibelungen, « si elle est une propriété privée, est ouverte à la circulation du public et constitue un espace de flânerie et de rencontre qui correspond au modèle d'un forum public<sup>54</sup> ».

Il s'est donc agi d'opérer une conciliation, une « concordance pratique » entre deux droits fondamentaux. Le résultat de cette analyse, répète la Cour en citant l'arrêt *Fraport*, peut conduire à imposer aux personnes privées des obligations issues des droits fondamentaux semblables ou identiques à celles de l'État, surtout lorsqu'elles se trouvent dans une position qu'occupait traditionnellement l'État<sup>55</sup>. Dans le cadre d'une procédure d'urgence, la Cour explique ne pouvoir fixer précisément la méthode de conciliation entre le droit de propriété et la liberté de manifestation sur un forum public sous propriété privée. Elle se contente de comparer les inconvénients respectifs des décisions possibles, et remarque que l'interdiction de la manifestation pèse beaucoup plus lourd que l'atteinte très temporaire au droit de propriété de la société. Le « flashmob canettes » put ainsi avoir lieu<sup>56</sup>.

On le voit, la jurisprudence constitutionnelle allemande nous montre que l'application horizontale des droits fondamentaux permet de redonner à l'espace public privatisé sa vocation politique.

---

<sup>54</sup> *Ibid*, par. 5 : « Wenn heute die Kommunikationsfunktion der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze zunehmend durch weitere Foren wie Einkaufszentren, Ladenpassagen oder durch private Investoren geschaffene und betriebene Plätze als Orte des Verweilens, der Begegnung, des Flanierens, des Konsums und der Freizeitgestaltung ergänzt wird, kann die Versammlungsfreiheit für die Verkehrsflächen solcher Einrichtungen nicht ausgenommen werden ». *Ibidem*.

<sup>55</sup> *Ibid*, par. 6 ; BVerfGE 128, 226 *Fraport*, p. 248 : « Dies schließt umgekehrt allerdings nicht aus, dass möglicherweise Private – etwa im Wege der mittelbaren Drittwirkung – unbeschadet ihrer eigenen Grundrechte ähnlich oder auch genauso weit durch die Grundrechte in Pflicht genommen werden, insbesondere wenn sie in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantenstellung hineinwachsen wie traditionell der Staat ». *Ibidem*.

<sup>56</sup> On peut y assister à l'adresse suivante : <http://www.br.de/nachrichten/niederbayern/inhalt/karlsruhe-erlaubt-bierdosen-flashmob-in-passau-100.html>. *Ibidem*.

## 1. Naissance et développement des *conservation easements* aux États-Unis

Dans les pays de la tradition de *common law*, les *conservation easements*<sup>58</sup> représentent un mécanisme contractuel à travers lequel un propriétaire s'engage à faire ou ne pas faire certaines activités au bénéfice d'un organisme (public ou privé) de conservation en vue de la protection d'un intérêt public à la conservation des biens environnementaux, historiques et archéologiques. Les obligations se rattachent aux biens et persistent à la charge de tous propriétaires ultérieurs (héritiers, successeurs et ayant-causes) de telle sorte que l'utilisation des biens par la collectivité est perpétuellement assurée.

Aux États-Unis, l'institution est connue à partir des années 1950 et elle a été formalisée pour la première fois au début des années 1980 dans le *Uniform Conservation Easement Act (UCEA)*<sup>59</sup>. Au cours des trois dernières décennies, elle s'est affirmée d'un côté en tant que mécanisme de protection de droit privé capable de remédier, aux défaillances des stratégies d'action publique (*public land ownership and regulation*) ; de l'autre côté, en tant qu'un instrument capable de surmonter les obstacles de mécanismes privés de conservation tournés sur l'achat des terres et la création des réserves écologiques aussi bien que les limites des servitudes traditionnelles<sup>60</sup>. Parallèlement, l'énorme diffusion des organisations sans but lucratif créée pour ces objectifs, les *land trusts*<sup>61</sup>, a renforcé l'utilisation de cette institution.

Une *conservation easement* est défini par le *UCEA* comme :

*“a nonpossessory interest of a holder in real property imposing limitations or affirmative obligations the purposes of which include retaining or protecting natural, scenic, or open-space values of real property, assuring its availability for*

---

<sup>57</sup> Rédactrice : Fabiana BETTINI.

<sup>58</sup> Dans les différents systèmes juridiques, l'institut prends de noms différents ('*conservation easements*' aux États Unis et en Nouvelle-Zélande, '*heritage and environmental conservation covenants*' en Australie, '*conservation covenants*' en Angleterre, '*conservation burdens*' en Ecosse. Il ne s'agit pas simplement d'une question de maquillage juridique, car ils reflètent une diversité des mécanismes légaux même s'ils s'inscrivent dans le même but de conservation.

<sup>59</sup> V. *Uniform Conservation Easement Act* (1981, révisé en 2007). Il a été adopté par presque la moitié des États fédéraux.

<sup>60</sup> Les limites des stratégies publiques et des mécanismes privés de conservation de la terre sont décrites par J. OWLEY, « Changing Property in a Changing World : A Call for the End of Perpetual Conservation Easements », in 30 *Stan. Envtl. L. J.* 121 (2011), p. 127-135. Du côté public, en relation à la propriété publique (*public ownership*), elle souligne que "*public title to land does not necessarily equate to public management or control, and public ownership does not guarantee active conservation management*"; en relation à la réglementation de l'usage des sols (*land-use regulation*), elle relève que "*environmental regulation is one of the great successes of American public policy. However, regulation has proven to be a limited route for achieving conservation goals. Public resistance and cumbersome political processes limit regulatory possibilities*". Du côté privé, l'auteur remarque que "*land purchase as a conservation strategy is limited. Conservation groups may not be able to afford to purchase the land. Additional costs accrue from having to manage the land and potentially pay taxes on it [...] conservation solely by ecological reserves omits the possibilities of protecting working landscapes and suburban areas*"; pareillement, les mécanismes traditionnels de conservation qui se rangent dans le champ des servitudes ne sont pas adéquats. Le *negative easements* sont traditionnellement reconnues par les cours dans des hypothèses limitées (accès à la lumière et l'air, support, cours d'eau artificiel) et doivent être accessoires à un fonds dominant, tandis que les servitudes pour finalités de conservation ont un champ de protection plus ample et sont exercées par des organismes qui ne sont pas propriétaires des terrains adjacentes. Le *real covenants* sont des engagements contractuels qui présentent des problèmes similaires et notamment la nécessité que le bénéfice de l'engagement (et non seulement la charge) "*touch and concern the land*" pour que la charge se transmette aux acquéreurs du fond et l'impossibilité de faire valoir l'engagement que *at law* (ce qui entraîne d'avoir que des dommages comme remèdes d'une éventuelle violation).

<sup>61</sup> N. A. McLAUGHLIN, « Perpetual Conservation Easements in the 21st Century: What Have We Learned and Where Should We Go From Here? », 33 *Utah Law Rev.* (2013), 687, 689-690 précise que en 2010 le nombre de land trust local était de 1.699, par rapport aux 53 présents en 1950 ; cela a été accompagné par une augmentation de la surface de terrain chargé par des *conservation easements* (128,000 hectares en 1980 contre 8.8 million d'hectares en 2010) pour un total de plus de 18 million d'hectares in 2012 (une surface égal à dix-huit fois la taille du Parc de Yellowstone).

*agricultural, forest, recreational, or open-space use, protecting natural resources, maintaining or enhancing air or water quality, or preserving the historical, architectural, archaeological, or cultural aspects of real property*”.

Un propriétaire s’engage à accomplir certaines activités ou à renoncer à certaines prérogatives liées à l’utilisation de son bien en vue de la conservation, gestion, restauration et préservation des certains éléments ou fonctions du bien. Le bien chargé doit nécessairement être affecté à une fonction d’intérêt générale, telle que la protection des vues panoramiques et des espaces ouverts, des ressources naturelles, de la qualité de l’eau, aussi bien que la préservation du patrimoine historique, archéologique, architectural, ou la promotion d’activités récréatives en plein air et de l’éducation, tels qu’ils sont énoncés par le texte<sup>62</sup>.

L’institution des *conservation easements* permet donc aux propriétaires de prendre directement l’initiative pour la conservation et valorisation des biens naturels et historiques, sans intervention de l’État. Toutefois, des spécifications sont nécessaires. Les propriétaires peuvent s’engager et grever leurs biens sans aucune contrepartie (même si normalement ils reçoivent en échange des avantages fiscaux consistants) ou ils peuvent vendre les servitudes aux organismes intéressés à la conservation. Mais il peut arriver aussi que les servitudes soient créées par l’État dans l’exercice de son domaine éminent ou échangées contre des licences que les propriétaires souhaitent recevoir<sup>63</sup>.

L’intérêt est conféré soit à un organisme public soit à une société/association sans but lucratif ou un *charitable trust*, qui doivent avoir comme objet social l’un des buts qui justifient la création d’une *conservation easement* et qui sont spécifiés par le texte. Ces organismes deviennent titulaires des servitudes et agissent en tant que gardiens pour assurer le respect et l’application du contrat par les propriétaires mêmes et par le public (au cas où les biens soient accessibles). Il faut préciser que, bien que les *conservation easements* soient qualifiées comme des instruments de droit privé, leurs titulaires peuvent être des agences gouvernementales ; souvent elles facilitent et organisent la création des servitudes par des organismes au but non lucratif, de façon à alléger le fardeau sur eux même ; mais il est aussi fréquent que les servitudes soient achetées avec des fonds publics.

Quant aux règles applicables, le UCEA précise que les *conservation easements* sont créés, transférées, enregistrées, modifiées et supprimées selon les règles qui gouvernent les servitudes plus en général. Cependant, des règles spécifiques sont en place.

Concernant leur création, il n’est pas demandé que les titulaires des servitudes soient propriétaires des fonds adjacents et donc que le bénéfice de la servitude ‘*touch and concern the land*’ ; pour cette raison elles sont définies comme ‘*easements in gross*’. Cette spécificité par rapport aux règles du droit commun a été critiquée sur deux points : (i) l’existence des restrictions perpétuelles imposées par les propriétaires actuels sur les générations futures soulèvent un problème de main morte et d’utilisation non efficiente des terres, que des règles de droit commun (telles que la *rule against perpetuities* et la *rule against restraints on alienation*) visent normalement à remédier ; (ii) la difficulté liée à la notice des charges sur les biens, difficulté qui pourrait être évitée en instituant en système d’enregistrement. Pour ces raisons, l’attitude des cours aux États-Unis n’a pas été trop favorable à l’égard de ces restrictions.

Concernant leur durée, le *Uniform Conservation Easement Act* précise que les *conservation easements* sont conçues comme des engagements perpétuels : ‘*except as provided in Section 3(b)a, conservation easement is unlimited in duration unless the instrument creating it otherwise provides*’. La perpétuité est donc la règle par défaut, laquelle ne peut être modifiée que par volonté des parties constituant la servitude ou par le juge dans l’exercice de son pouvoir de modification ou suppression des servitudes. Pourtant, quand les servitudes sont transférées à titre gratuit par les propriétaires, ils peuvent bénéficier des avantages fiscaux seulement si les servitudes ont en caractère perpétuel. Il est aussi possible de prévoir des limites de durée minimale (par exemple 15 ou 25 ans). L’aspect relatif à la perpétuité des *conservation easements* a été critiqué par la doctrine. En particulier, l’instrument est critiqué parce qu’il crée des structures propriétaires rigides et figées, qui sont modelées sur les préférences d’un propriétaire ou des conditions contingentes, et qui ne garantissent pas la flexibilité nécessaire vis-à-vis des changements climatiques et des évolutions dans les conceptions de la conservation biologique<sup>64</sup>. Il a été donc proposé de passer à des servitudes

---

<sup>62</sup> V. *Unif. Conservation Easement Act*, précité, § 1(1).

<sup>63</sup> J. OWLEY, “Exacted Conservation Easements. Emerging Concerns with Enforcement”, 26 *Prob. & Prop.* 51, 2012, pp. 51-55.

<sup>64</sup> J. OWLEY, “Changing Property in a Changing World: A Call for the End of Perpetual Conservation Easements”, *cit.*, p. 123 précise que ‘*although perpetuity is one of the defining aspects of most conservation easements, it is neither realistic nor desired*’.

qui, par défaut, soient renouvelables de façon à consentir une réévaluation et renégociation de leur contenu pour l'adapter aux changements intervenus (soit dans l'environnement que dans la loi). Dans la perspective de leurs défenseurs, des servitudes renouvelables contrebalanceraient les désavantages d'un mécanisme essentiellement privé de protection de l'environnement, et notamment : (i) il réduirait les problèmes de responsabilisation des organismes détenteurs parce que le renouvellement offrirait l'opportunité pour en évaluer l'observation des obligations de la part des propriétaires et l'effectivité de leur exécution de la part des détenteurs (*accountability concerns*) ; et (ii) il favoriserait la démocratisation du mécanisme, parce qu'il pourrait consentir aux organismes publics d'intervenir dans le processus pour balancer le bénéfice retenu par le public avec le sacrifice imposé et/ou le bénéfice retiré par le propriétaire, et consentirait aussi d'introduire des principes de gouvernance adaptative pour une gestion sur mesure de la ressource (*democracy and ecological concerns*)<sup>65</sup>.

Quant à la modification et à l'extinction des *conservation easements*, elles sont possibles soit par accord des parties soit par intervention du juge. Quant aux modifications et extinction par accord des parties, de différentes options sont envisageables. Premièrement, le *land trusts* peuvent inclure dans le contrat des clauses qui rendent plus facile de gérer des changements dans l'état de la ressource ou dans les buts des parties (*amendment clauses*). Parfois, même si les clauses ne sont pas prévues, les parties peuvent négocier des modifications qui ne portent pas atteinte aux exigences primaires de conservation. Il a été observé que cette situation pourrait entraîner l'opposition d'un troisième sujet titulaire d'un *right of enforcement* qui voudrait faire respecter les termes non-modifiées. Quelqu'un des États membres demande aussi l'approbation d'un organisme public avant que la modification soit effective. Deuxièmement, le *land trusts* peuvent inclure des clauses qui prévoient que, en cas d'inexécution des obligations de la part du *land trust*, la titularité de la servitude passe automatiquement à un autre organisme (*reverter clauses*)<sup>66</sup>. Dans le cas où il n'y a pas une *reverter clause*, le *land trust* peut décider que les buts de conservation ne sont plus justifiés par les coûts des mécanismes d'exécution et la servitude se termine directement (*release*) ou indirectement (*abandonment*). Quant aux modifications et extinction par intervention du juge, la section 3, dernier alinéa, du UCEA établit que '(b) This Act does not affect the power of a court to modify or terminate a conservation easement in accordance with the principles of law and equity'. Donc, les juges ont des pouvoirs discrétionnaires très large par rapport à la concession de remèdes équitables comme des injonctions. Normalement, les juges opèrent un balancement entre les coûts sociaux et les bénéfices d'une servitude. Il a été remarqué pourtant que les bénéfices sont plus difficiles à mesurer : par exemple, les avantages d'une vue panoramique ou d'un espace ouvert où le public peut se promener ne sont pas faciles à quantifier, par rapport aux pertes potentielles d'investisseurs qui doivent renoncer à construire un centre commercial ou des habitations. En particulier, deux doctrines spécifiques sont prévues par le droit d'*equity* : (i) la *relative hardship doctrine* – contenu dans le *Restatement of Property* (1944) – prévoit que '*injunctive relief against violation of the obligation arising out of a promise respecting the use of land will be denied if the harm done by granting the injunction will be disproportionate to the benefits secured thereby*' ; and (ii) la *doctrine of changed circumstances* et la *cy pres doctrine* qui s'appliquent dans les cas où la situation des biens protégés se modifie. En particulier, la première s'applique quand les restrictions n'accomplissent plus leurs objectifs originaires ou quand les usages des biens voisins sont tellement changés que les avantages de la restriction sont perdus ; la deuxième, qui vient de la *law of trust*, consent aux juges de modifier les objectifs du *trust* quand ils ne sont plus réalisables et imposer des clauses et restrictions de son statut ; ou, si le *trust* n'existe plus, les juges ont le pouvoir de sauvegarder les buts du *trust* et procéder à la substitution avec un autre *trustee*.<sup>67</sup>

Quant au respect des engagements pris dans le contrat instituant la *conservation easement* et aux actions pour leur violation, les sujets titulaires et les propriétaires (et tous autres personnes ayant un intérêt propriétaire sur le fond grevé) peuvent agir pour faire respecter les servitudes. Il a été observé que la majorité des conflits découle après la mort du donateur ou après la vente des fonds et le nouveau propriétaire voudrait se libérer des charges ; aussi, il est possible que des disputes puissent se créer quand les *land trusts* sont négligentes à cause de mauvais fonctionnement de son organisation ou au niveau financier. La majorité des lois dans les différents états américains rend aussi possible de prévoir dans l'acte constitutif d'une *conservation easement* qu'un troisième sujet – qui n'est pas le titulaire de la servitude – soit accorder le droit de faire respecter les clauses du contrat. Il faut néanmoins que ce sujet soit lui aussi un organisme public ou sans but lucratif ; il n'est donc jamais possible pour un propriétaire d'instituer une *conservation easement* au bénéfice d'une autre personne physique ou de lui conférer un

<sup>65</sup> J. OWLEY, "Changing Property in a Changing World: A Call for the End of Perpetual Conservation Easements", cit.

<sup>66</sup> A. DANA & M. RAMSEY, "Conservation Easements and the Common Law", 8 *Stan. Envtl. L. J.* 2 1989, pp. 34-42.

<sup>67</sup> UCEA, section 3 (commentaire officiel). Pour une discussion de l'application des principes de *charitable trust* aux servitudes environnementales, N. McLAUGHLIN, "Rethinking the Perpetual Nature of Conservation Easements", 29 *Harv. Envtl. L. Rev.* 421, 2005.

*right of enforcement*. Ce mécanisme d'externalisation de l'exécution des obligations de conservation vise à relâcher la pression sur le *land trusts* (parce que les frais d'un procès sont pris en charge par ce troisième sujet) ; en même temps, il fonctionne comme un *backup* pour assurer que les finalités de conservation soient respectées quand les parties originaires sont négligentes ou incapables de le faire. La situation est bien décrite par l'UCEA, section 3(a), qui prévoit que :

“*An action affecting a conservation easement may be brought by:*

*(1) an owner of an interest in real property burdened by the easement;*

*(2) a holder of the easement;*

*(3) a person having a third party right of enforcement;*

*(4) a person authorized by other law.*

Sur le plan des remèdes à disposition, les juges normalement autorisent des injonctions, comme dans le cas des violations des servitudes de droit commun, mais l'attribution des dommages-intérêts est aussi envisageable. Les lois de chaque État laissent une marge discrétionnaire aux juges pour le choix des meilleures solutions.

Enfin, il faut mentionner que des droits d'accès et d'usage au bénéfice des certains sujets identifiés, d'une communauté, ou du public peuvent être prévus dans le contrat instituant une *conservation easement*.

Aux États-Unis, l'organisation faitière des *land trusts* nationaux, *Land Trust Alliance*<sup>68</sup>, a récemment actualisé une série des normes et pratiques qui visent à promouvoir un meilleur fonctionnement des organisations et à assurer une gestion du *trust* qui soit inclusive et ouverte à la communauté des potentiels bénéficiaires<sup>69</sup>.

## **2. Les *conservation easements* dans les autres pays de *common law* : Canada, Australie, Nouvelle-Zélande**

Au-delà des États-Unis, l'institution est très répandue dans le monde de *common law* et, en particulier, au Canada, en Australie, en Nouvelle-Zélande. Les trois expériences seront analysées en bref ci-dessous.

### **2.1. *Conservation covenants* (ou *easements*) au Canada**

Au Canada, la majorité des provinces a introduit les *conservation covenants* (or *easements*) par voie législative. Les finalités établies dans chaque loi sont variables, mais peuvent être regroupées dans trois grands axes : i) protection et conservation de la biodiversité ; ii) protection des zones humides, des sources d'eau et des rives ; iii) protection des terres agricoles de l'urbanisation et de l'industrialisation<sup>70</sup>. Les *covenants* sont souvent détenus par les gouvernements provinciaux et parfois par des organismes locaux et fédéraux ; il est aussi consenti aux organisations de nature privée qui font de la conservation leur objet principal de devenir titulaires des *covenants* (possibilité parfois ouverte à toutes les organisations sans but lucratif, quel que soit leur objet<sup>71</sup>). Les *conservations covenants* canadiens sont considérés comme des instruments flexibles qui peuvent s'adapter à des contextes différents en raison de la possibilité de les négocier sur une base individuelle. Les restrictions à l'usage des biens qui sont mises en place sont reconductibles à quatre typologies (de moins au plus sévères) :

---

<sup>68</sup> V. le site de référence : <http://www.landtrustalliance.org/>.

<sup>69</sup> Land Trust Alliance, *Land Trust Standards and Practices – Ethical and Technical Guidelines for the Responsible Operation of a Land Trust*, révisées en 2017, pp. 1-27.

<sup>70</sup> Pour un tableau récapitulatif des lois en vigueur et des caractéristiques de *conservation easements* dans les différentes provinces canadiennes : K. Good and S. M. Good AgVentures Inc., *Summary of Canadian experience with conservation easements and their potential application to Agri-Environmental Policy*, Her Majesty the Queen in Right of Canada, represented by the Minister of Agriculture and Agri-food Canada (2011), pp. 12-13.

<sup>71</sup> V. par exemple *Conservation Land Act*, RSO 1990 c. C.28 (Ontario), s 3(1).



a) *Restricted developments*, parfois appelé *open space easements*, sont le plus flexible parmi les restrictions à l'usage. Elle consent la plupart des cultures et l'utilisation des ressources renouvelables. De *title binders* peuvent être utilisés pour conserver de larges portions des terres et les lotissements sont exclus. De nouveaux bâtiments sont consentis aux fins de remplacer les existantes et pourvu qu'ils viennent compléter la fonction originale de *conservation easements* ;

b) *Restricted agricultural and forestry use* sont des restrictions qui consentent l'utilisation des biens dans la mesure où elle sont en ligne avec des normes de pratique qui favorisent l'état environnemental des biens, et qui par contre limitent les activités qui pourraient en réduire les bénéfices environnementaux et les fonctions écologiques (par exemple, un propriétaire pourrait conserver le droit des récoltes des arbres pour des buts de conservation d'une forêt préparés par le *Registered Forest Practitioner*, mais il ne pourra pas démolir des arbres dans une zone riveraine jugée sensible) ;

c) *No clear, no break, no drain* sont des restrictions généralement utilisées quand les caractéristiques environnementales à protéger sont sensibles à des activités, mais pas à d'autres (par exemple, la cultivation des herbages indigènes est interdite, mais non le pâturage). Ces typologies de servitudes ne consentent pas au propriétaire d'abattre les arbres, travailler le sol, ou drainer des zones humides ; il retient pourtant le droit de récolter le foin, de voyager sur les routes et les sentiers et/ou de vivre dans la propriété.

d) *No use or set aside* sont les restrictions les plus rigides, établies pour protéger les caractéristiques environnementales des biens particulièrement sensibles aux activités humaines. Ces types de servitude ne consentent pas des usages nouveaux des biens, incluant l'enlèvement de la végétation, le binage du sol, la construction des bâtiments, des rues ou des sentiers, l'utilisation des véhicules, ou les lotissements. Des activités récréatives (par exemple, des randonnées) pourraient être consenties.

## 2.2. *Heritage and environmental conservation covenants* en Australie

En Australie le mécanisme est connu comme *heritage and environmental conservation covenants*. Il est régulé au niveau fédéral par le *Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999* et séparément par des lois dans tous les États membres. Tandis que le champ d'application des *heritage covenants* est plus restreint, car il faut que les biens aient déjà obtenu une désignation publique comme site d'héritage à protéger, le *conservation covenants* en fonction environnemental sont applicables en vue de la protection des finalités plus amples établies par la loi. Au niveau fédéral, il est prévu que le ministre peut stipuler des *conservation agreements* avec une personne pour la protection et la conservation de la biodiversité, de la valeur d'héritage des sites qui sont déjà reconnus comme tels au niveau mondial, national, et du Commonwealth, le caractère écologique des zones humides, l'environnement des zones marines, l'environnement dans le cas d'une action nucléaire sur le territoire, l'eau en relation à des opérations de gaz de couche de charbon, et l'environnement plus en général dans tout le territoire australien. En tout cas, le ministre peut stipuler de tels contrats seulement si le résultat est un avantage net pour la conservation de la biodiversité, des sites d'héritage, et de l'environnement, et s'ils ne sont pas en contraste avec les réglementations existantes. Le ministre peut aussi stipuler des *conservation agreements* avec des personnes aborigènes, une société de laquelle elles sont titulaires, ou avec le trustee d'un trust duquel ils sont bénéficiaires.<sup>72</sup> Quant au contenu du *conservation covenant*, il s'agit des obligations positives à la charge du propriétaire aussi bien que des obligations négatives qui visent à réduire et prévenir toutes actions qui peuvent porter atteinte aux intérêts protégés. Par exemple, il peut prévoir que le propriétaire des biens objets du *covenant* ne doit pas empêcher l'accès aux lieux aux personnes autorisées à y rentrer afin de monitorer le respect du contrat, ou à d'autres personnes bien spécifiées, et que le propriétaire doit fournir à ces personnes les informations nécessaires pour accomplir les finalités prévues. Le *covenant* peut aussi prévoir que le Commonwealth prête assistance financière et technique au propriétaire ; également, le *covenant* peut établir que le propriétaire contribue aux dépenses liées à la mise en œuvre de l'accord et que, en cas de sa violation ou dans des situations spécifiées, il doit rembourser le Commonwealth. Enfin, le *covenant* peut discipliner toute autre question liée à la conservation et amélioration des biens, y inclus la préparation et implémentation d'un plan d'aménagement des biens<sup>73</sup>. Le *conservation covenants* sont stipulés par, et sont contraignants pour, d'un côté, le Commonwealth (à travers la personne du ministre) et la personne physique

<sup>72</sup> *Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999* (Australia), s 305.

<sup>73</sup> *Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999* (Australia), s 306.

ou morale propriétaire des biens ; ils se transmettent et s'imposent aussi aux tous ayants droit d'une partie ou de la totalité des biens<sup>74</sup>.

### 2.3. *Conservation covenants* en Nouvelle-Zélande

En Nouvelle-Zélande, le mécanisme est très souvent utilisé. Trois actes législatifs prévoient que des organismes publics puissent devenir titulaires d'un *conservation covenant*. Il s'agit des organismes du gouvernement central et local et des deux autorités administratives indépendantes, le *Queen Elizabeth the Second National Trust* (pour la protection des caractéristiques naturelles et culturelles des biens privés à travers des '*open space covenants*') et le *Nga Whenua Rahui* pour la conservation des terres Maori. D'abord, le *Queen Elizabeth the Second National Trust Act 1977*<sup>75</sup> prévoit que, quand le trust estime que des biens en propriété privée sont à établir ou maintenir comme des espaces ouverts, mais ce but peut être réalisé sans que le trust acquière la propriété des biens, le conseil d'administration du trust peut décider d'établir avec le propriétaire (ou avec le locataire de longue durée) un *open space covenant* avec des termes et conditions précises. L'*open space covenant* est un intérêt de nature propriétaire (et en tant que tel il faut l'enregistrer dans le cadastre) rattaché à un bien et qui le suit, en s'imposant à tous futurs acquéreurs des biens. Les termes du contrat peuvent prévoir que sa durée soit perpétuelle ou pour une période déterminée, selon la nature des intérêts à protéger. Des variations du *covenant* sont possibles à condition qu'elles n'affectent pas les finalités du *covenant* même. Enfin, tous membres du public sont libres de rentrer et d'accéder aux biens du trust et qui sont placés sous un *open space covenant*, mais des sanctions sont prévues pour des comportements contraires aux finalités de conservation des biens.<sup>76</sup> Deuxièmement, le *Reserves Act 1977*<sup>77</sup> prévoit aussi que des *conservation covenants* peuvent être établis pour gérer des biens de façon que les animaux sauvages et les organismes vivants d'eau douce et marine, aussi que la valeur historique et d'espace agrément des biens, soient protégés. Des prévisions explicites dans le *Reserves Act* concernent la protection des terres Maori et des valeurs culturelles et spirituelles qui en sont associées. Ces *conservation covenants* sont modifiables ou révocables s'il y a accord des parties. Enfin, le *Conservation Act 1987* prévoit la possibilité d'utiliser des *conservation covenants* pour la préservation et protection des ressources naturelles et historiques pour en conserver la valeur, en garantir la jouissance par le public, et en sauvegarder les chances pour les générations futures. Une disposition spécifique concerne le peuple Maori et la sauvegarde des valeurs culturelles et spirituelles associés avec ces terres.<sup>78</sup>

## 3. Le *conservation covenants* au Royaume-Uni

Au Royaume-Uni le mécanisme de *conservation covenants* est connu et déjà utilisé en Écosse. En Angleterre, un rapport produit par la Commission Législative (*Law Commission*) a récemment recommandé au Gouvernement l'introduction des *conservation covenants* dans le cadre normatif anglais<sup>79</sup>. Les deux expériences sont analysées en bref ci-dessous.

### 3.1. *Conservation Covenants* en Écosse

Le système juridique écossais est un système mixte de *common law* et *civil law*. Jusqu'à l'année 2000, le droit de propriété écossais admettait l'existence d'une typologie féodale de charges réelles, le '*feudal burdens*', avec caractère perpétuel. En général, une charge réelle consiste en une obligation imposée sur le propriétaire d'un fonds ('*servient tenement*') par le propriétaire d'un autre fonds ('*dominant tenement*') pour le bénéfice du même fonds dominant

<sup>74</sup> *Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999* (Australia), s 307.

<sup>75</sup> V. *Queen Elizabeth the Second National Trust Act 1977* (New Zealand), ss 22 et 22A.

<sup>76</sup> Acte précité, ss 33 et 34(2).

<sup>77</sup> *Reserves Act 1977* (New Zealand), ss 77(1) and 77A(1).

<sup>78</sup> *Conservation Act 1987* (New Zealand), ss 2(1), 27(1)(a) et 27A(1)(a).

<sup>79</sup> V. le texte de la consultation *Conservation Covenants : A Consultation Paper* préparé par la Law Commission n° 349 et publié le 28 mars 2013 et le texte du rapport final *Conservation Covenants* publié le 24 juin 2014. Les deux rapports sont consultables à l'adresse : <http://www.lawcom.gov.uk/project/conservation-covenants/>.

(*neighbour burdens*). Des charges peuvent aussi être imposées réciproquement (*community burdens*) de façon que tous les propriétaires soient en même temps assujettis à la charge et dans la position de la faire valoir sur les autres propriétaires. Ce type de charges étaient plutôt utilisées dans les quartiers résidentiels pour en préserver l'aménité du lieu et le contrôle sur tous changements, et pour recouvrer les charges liées au maintien des parties communes des bâtiments. Différemment, les *feudal burdens* étaient imposées par un propriétaire (*superior owner*) sur son vassal (*owner in possession*) à son propre bénéficiaire et sans nécessité d'altérité entre fonds dominant et fonds servant. Les obligations étaient imposées sur le vassal qui était possesseur de la terre de son seigneur et se transmettaient à ses successeurs par effet de leur caractère réel. En 1999, la Commission Législative Écossaise a publié en rapport intitulé *Report on Abolition of the Feudal System* préconisant l'abolition du système féodal y inclus les charges féodales et les pouvoirs des seigneurs.<sup>80</sup> Cependant, la Commission préfigurait des exceptions à cette abolition généralisée et, en particulier, recommandait la possibilité de transformer des charges féodales en *conservation burdens*.<sup>81</sup> En particulier, la Commission avait proposé que dans le cas où :

(i) *a feudal estate of dominium utile of land ("the servient tenement") is subject to a real burden enforceable, as superior, by a conservation body, and*

(ii) *the real burden has the purpose of preserving or protecting, for the public benefit, the architectural, historical or other special interest of the servient tenement or any buildings thereon*

(iii) *the conservation body should be entitled [...] to execute and register in the Register of Sasines or Land Register a notice converting such burden into a conservation burden.*

En suivant cette recommandation de la *Law Commission*, le *Abolition of Feudal Tenure (Scotland) Act 2000* a transformé les charges féodales en *conservation burdens*<sup>82</sup> et, après quelques années, le système a été étendu par le *Title Conditions (Scotland) Act 2003*<sup>83</sup> (toujours en suivant le travail de la *Law Commission*<sup>84</sup>) de façon que, aujourd'hui, il est possible de créer de charges réelles avec le but de préserver ou protéger, au bénéfice du public, (a) les caractéristiques architecturales ou historiques des biens et (b) toute autre caractéristique des biens, y inclus celles dérivant de la flore, de la faune, ou de l'état général des biens.<sup>85</sup> Les objectifs très peu spécifiques pour lesquelles des charges réelles peuvent être créées trouvent un balancement dans le nombre limité des sujets qui peuvent en devenir titulaires. Il s'agit en particulier des ministres écossais et des *conservation bodies* que les ministres ont approuvés, dans la mesure où ses buts et fonctions sont de préserver ou protéger au bénéfice du public les caractéristiques des biens indiquées par le texte. Il est aussi possible que d'autres organismes deviennent titulaires des *conservation covenants* avec l'accord préalable des ministres et *conservation bodies* déjà approuvés. Enfin, il faut mentionner que le *Lands Tribunal for Scotland* a le pouvoir de modifier ou supprimer les charges réelles si créées si la modification ou suppression est raisonnable, compte tenu notamment de : 1) tout changement des conditions après la création de la charge, y inclus des changements au caractère des biens chargés ou des biens voisins ; 2) la mesure dont la charge bénéficie le public ; 3) la mesure dont la charge empêche la jouissance de la propriété chargée ; 4) si la charge implique une obligation de faire, une évaluation de la faisabilité et du caractère onéreux de s'y conformer ; 5) la durée de la charge dans le temps ; 6) la finalité de la charge ; 7) l'éventualité que sur le bien chargé intervienne l'autorisation d'une autorité compétente pour en faire une utilisation différente ; 8) la disponibilité du propriétaire à payer une compensation ; 9) tout autre circonstance que le tribunal considère relevant.

### 3.2. *Conservation Covenants* en Angleterre

En 2013, le rapport produit par la *Law Commission for England and Wales* a proposé d'introduire les *conservation covenants* dans le cadre normatif. Le rapport est particulièrement intéressant, car il est le résultat d'une étude

<sup>80</sup> *Report on the Abolition of the Feudal System* (1999), Scottish Law Commission n°168, paras 4.9-4.20, disponible à l'adresse:

<sup>81</sup> *Report on the Abolition of the Feudal System*, cit., paras 4.56-4.57.

<sup>82</sup> *Abolition of Feudal Tenure (Scotland) Act 2000*, ss 26-32, disponible à l'adresse: <https://www.legislation.gov.uk/asp/2000/5>.

<sup>83</sup> *Title Conditions (Scotland) Act 2003* s38(1) at (4), disponible à l'adresse: <https://www.legislation.gov.uk/asp/2003/9/contents>

<sup>84</sup> *Report on Real Burdens* (2000) Scot Law Com n°181, paras 9.10-9.25, consultable à l'adresse: <https://www.scotlawcom.gov.uk/files/8712/7989/7470/rep181.pdf>.

<sup>85</sup> *Title Conditions (Scotland) Act*, cit., para 38(1) et (5).

comparative du mécanisme dans plusieurs pays de *common law* et des consultations extensives et publiques avec tous les acteurs impliqués<sup>86</sup>.

Au présent, le droit anglais ne consent la création de *conservation covenants* avec effet réel que dans des hypothèses limitées. Quant au *common law*, les *conservation covenants* sont des contrats qui lient les parties, mais qui n'engagent pas les futurs acquéreurs du bien. La raison est liée aux caractères du droit de propriété et, plus en particulier, aux règles qui disciplinent les *freehold covenants*. D'abord, un propriétaire ne peut pas imposer sur un *freehold* des obligations positives qui se rattachent au bien (*positive covenants*), mais seulement des obligations négatives (*negative covenants*). Et les obligations négatives ne peuvent être imposées que sur un fond adjacent (*'touch and concern' requirement*). La *Law Commission* est déjà intervenue sur ce point pour proposer l'introduction d'une nouvelle typologie de droit réel, le *land obligation*, qui consentirait de rattacher au bien des obligations positives ; pourtant, cela n'éliminerait pas la nécessité que les obligations soient imposées sur un fond servant au bénéfice du fond dominant. Quant au *statutory law*, seulement un nombre limité des *conservation covenants* sont prévus par des lois ; parmi eux, l'article 8 du *National Trust Act 1937* consent à un propriétaire de rentrer dans un accord avec le *National Trust* pour établir certaines restrictions sur son bien. Cependant, cet accord ne peut être conclu qu'avec le *National Trust* et il ne peut pas contenir des obligations positives pour le propriétaire ou prévoir un droit d'accès aux biens pour le trust.

Comme ces aspects du droit de propriété anglais ne s'adaptent pas aux finalités de conservation, où les contrats doivent poursuivre un intérêt général et apporter des bénéfices à la société au sens large, la *Law Commission* a récemment proposé l'introduction d'une nouvelle catégorie, le *conservation covenant*, qui n'est ni un contrat au sens classique ni un droit réel au sens de la section 1 du *Law of Property Act 1925*, mais une catégorie statutaire de charges réelles (*statutory burden on land*). Dans le rapport, un *conservation covenant* est défini comme un contrat entre un propriétaire ou un locataire de plus de sept ans (*leaseholder*) et un organisme responsable de monitorer et veiller au respect des obligations en fonction de la conservation des caractéristiques naturelles et patrimoniales d'un bien. Le contrat peut contenir à la fois des obligations positives et négatives, mais il n'est pas nécessaire que les obligations positives (*benefit*) soient rattachées à un fond dominant ; on dit donc que le contrat prend effet *'in gross'* en tant qu'il est conclu dans l'intérêt public, mais, en même temps, les obligations (et spécialement celles positives) s'imposent sur tous les ayant-cause du propriétaire ou du locataire.<sup>87</sup>

Quant aux parties d'un *conservation covenant*, le rapport établit que, du côté passif, seulement les propriétaires et les locataires de plus de sept ans peuvent créer un *conservation covenant*. La raison est que seulement ces deux sont considérés avoir un contrôle suffisant sur le bien (différemment d'un titulaire d'un *interest in land*) et, en même temps, pour éviter la prolifération des *conservation covenants*. Dans le cas des biens en location, les obligations se rattachent aux biens, mais cessent quand la location prend fin. Du côté actif du rapport, les organismes responsables qui peuvent devenir titulaire sont : i) chaque secrétaire d'État en Angleterre et ministre en Galles ; ii) tous les organismes approuvés par eux tels que les autorités locales (départements, municipalités, etc.) et les organismes publics ou à but non lucratif dont au moins un parmi leurs buts ou fonctions corresponde aux critères établis par la loi. Ce listage a des avantages dans la perspective de la *Law Commission* parce qu'il assure que les organismes en charge de la conservation sont fiables et solides.

Quant aux finalités, un contrat se qualifie comme *conservation covenant* seulement au cas où il poursuit des buts spécifiques et est conclu dans l'intérêt public ; ce sont ces caractéristiques qui justifient le régime exceptionnel par rapport aux règles normales du droit de propriété. En particulier, les finalités de conservation – qui se déclinent comme conservation, protection, restauration, et amélioration d'un bien – s'adressent à trois caractéristiques : a) l'environnement naturel, y inclus la flore, la faune et les caractéristiques géologiques ; b) les ressources naturelles ; c) les caractéristiques culturelles, historiques et du patrimoine architectural ; d) les alentours, position, et paysage d'un bien qui a une des caractéristiques mentionnées. Différemment de l'exemple écossais, le *conservation covenants* envisagé par la *Law Commission* anglaise contiendraient des obligations pour le propriétaire (de faire ou de ne pas faire) et pourraient inclure aussi des obligations pour les organismes responsables. Il n'est pas prévu dans le projet de loi que les responsabilités des organismes soient contenues obligatoirement dans un différent accord de gestion (*management agreement*), mais il reste tout à fait possible d'en prévoir. Cela donne aux parties une plus grande flexibilité pour confectionner des règles adaptées aux différentes situations, spécifier de façon plus précise

---

<sup>86</sup> V. *Conservation Covenants : A Consultation Paper*, Law Com Consultation Paper n° 211 et *Conservation Covenants*, Law Com n° 349 (2014). Tous les documents relatifs à la consultation sont disponibles à l'adresse : <http://www.lawcom.gov.uk/project/conservation-covenants/>.

<sup>87</sup> *Conservation Covenants*, Law Com n°349 cit., para 2.81-2.100.

comment les obligations contenues dans le covenant sont à exécuter, et les mettre à jour à intervalles ou selon nécessité. Le rapport précise aussi que des provisions spécifiques qui concernent l'accès du public au bien peuvent être incluses dans un conservation covenant. Cependant, selon l'avis de la *Law Commission*, la loi ne doit ni commander que l'accès soit un élément indispensable à tous les *conservation covenants* ni considérer l'accès comme suffisant à qualifier un contrat comme *conservation covenant*. En tout cas, dans la majorité des cas l'accès du public garantit que le contrat a été conclu dans l'intérêt public. Une provision concernant l'accès est donc considérée comme une clause accessoire et est admissible même si sa fonction primaire n'est pas la conservation du bien. Le même raisonnement pourrait aussi s'appliquer aux clauses qui prévoient l'obligation de payer une somme ou de ne pas postuler pour une autorisation d'urbanisme.<sup>88</sup>

Quant à la durée, la Commission législative a proposé que, comme règle de défaut, les engagements contenus dans un *conservation covenant* sont perpétuels, car les exigences de conservation demandent une approche de long terme pour la réalisation des certains objectifs. Toutefois, il est possible de prévoir expressément dans le contrat une durée fixe. En tout cas, si le conservation covenant est créée par un locataire, il va cesser quand la location arrive à échéance. En raison du fait qu'il contient des engagements perpétuels et lie tous futurs ayants droit, il est prévu qu'un conservation covenant soit enregistré comme une charge dans un registre local (et pas centrale) ; cependant, la *Law Commission* recommande que les organismes responsables soient encouragés à publier de façon volontaire les informations relatives aux conservation covenants et adresser un rapport, sur base annuelle, au Secrétaire d'État anglais (ou ministres) spécifiant le nombre de conservation covenants desquels il est responsable et l'étendue des biens chargés.

Quant au transfert de *conservation covenants*, le rapport prévoit qu'il est possible pour un organisme responsable de transférer ses obligations (par exemple s'il cesse d'exister ou n'est plus capable de poursuivre ses objectifs, mais les hypothèses ne sont pas limitées à ces deux cas). Le transfert a lieu de façon volontaire, mais il doit respecter des formalités pour assurer la bonne continuation des finalités de conservation et notice du transfert doit être donnée au propriétaire/locataire. Les parties pourraient prévoir en amont dans le contrat à qui les obligations de conservation doivent être transférées si nécessaire.<sup>89</sup> Le rapport spécifie aussi que, dans le cas où un organisme responsable cesse d'exister ou de se qualifier en tant que tel et ne transfère pas le conservation covenant, il est transmis automatiquement à un « titulaire de dernier recours », qui est le Secrétaire du Département qui a le pouvoir de nommer les organismes responsables. Ce titulaire n'est pas responsable de l'exécution des obligations prévues dans le covenant, au moins qu'il n'ait pas notifié son intention de le faire. Au contraire, le rapport ne prévoit pas la nécessité d'instituer un mécanisme de contrôle public sur la base du modèle américain, en l'absence des mesures d'aide public. Pareillement, la Commission ne recommande pas d'instituer un mécanisme de '*third party enforcement*' qui, même si nécessaire dans certains cas de danger immédiat, serait trop onéreux et risquerait de transformer un accord de droit privé dans la sphère publique.<sup>90</sup>

Quant au profil de remèdes, la *Law Commission* prévoit des sanctions pour les propriétaires et les organismes responsables qui manquent aux obligations de faire contenues dans le covenant ou qui accomplissent/tolèrent des activités prohibées. La question forte débattue dans le rapport était s'il fallait prévoir une injonction intérimaire, finale, ou les deux, et si dommages (et quel type des dommages) étaient aussi appropriés. La Commission a proposé que dans le cas de contravention du conservation covenant, le juge a le pouvoir discrétionnaire d'octroyer une injonction finale sur la preuve d'une violation, mais aussi d'ordonner une injonction intérimaire pour une violation présumée pour faire cesser immédiatement l'activité dangereuse ; et, dans les deux cas, le juge devrait tenir en considération l'intérêt public à l'exécution du conservation covenant. En plus, le juge pourrait ordonner l'exécution en nature des obligations positives du propriétaire. Au niveau des dommages, la Commission a considéré que le dommage en fonction de réparation n'est pas l'instrument le plus approprié dans ce cas, car le préjudice subi par l'organisme responsable peut être négligeable ; cependant, l'atteinte à l'intérêt public serait bien plus évidente (et aller jusqu'à un préjudice irréparable). Pour cette raison, le rapport a prévu que le juge pourrait ordonner le paiement des dommages et, seulement dans le cas où c'est le propriétaire à porter atteinte à la conservation des biens, des dommages punitifs. Le modèle est le *Restatement of the Law (Third) Property (Servitudes)* américaine, qui prévoit l'octroi des dommages punitifs dans certains cas de violation d'un conservation covenant<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> *Conservation Covenants*, Law Com n° 349 cit., para 3.1-3.44.

<sup>89</sup> *Conservation Covenants*, Law Com n° 349 cit., para 5.1.-5.128.

<sup>90</sup> *Conservation Covenants*, Law Com n° 349 cit., para 4.1-4.111.

<sup>91</sup> *Conservation Covenants*, Law Com n°349 cit., para 6.1-6.130.

Quant à la modification ou cessation d'un conservation covenant, le rapport prend en considération différentes hypothèses. La modification unilatérale par les organismes responsables est consentie seulement s'il y a une clause expresse dans le contrat (en générale ou spécifiquement comme *review or break clause*). Le point est controversé : d'un côté, il peut bien arriver qu'un covenant n'a plus aucune fonction de conservation et cette possibilité de rejet unilatérale rendrait le processus d'adaptation aux changements des circonstances plus rapide ; de l'autre côté, cette possibilité irait contre la nature consensuelle du *covenant* et pourrait aussi miner la confiance des propriétaires dans le mécanisme. L'hypothèse de *unilateral discharge* serait en tout cas limitée aux cas où le covenant ne prévoit pas des obligations à la charge de l'organisme. La modification consensuelle des conservation covenants est possible et devrait être privilégié. La *Law Commission* a évalué que ni la modification doit s'effectuer '*within the purpose of the covenant*' (en considération du fait que les parties ne sont obligées à inclure dans le contrat '*a statement of purpose*' et que de nouvelles finalités pourraient être poursuivies dans le cadre d'un même contrat) ni qu'il est nécessaire de prévoir la participation du public. La modification doit se faire en forme écrite et doit être signée par les parties (avec indication de l'obligation à retirer et des biens/droits intéressés).

#### 4. Description synthétique du régime juridique actuel attaché à cette institution : États-Unis et Angleterre

Les caractéristiques du régime des *conservation easements* aux États-Unis et des *conservation covenants* en Angleterre sont maintenant isolées et placées le long des grands axes destinés à structurer l'échelle de communalité : accès, usage, gouvernance, obligations. La raison pour limiter notre attention à ces deux systèmes juridiques est liée aux retours qu'ils offrent des expériences et élaborations théoriques sur le sujet. D'un côté, les États-Unis sont le système juridique où le mécanisme est né et s'est développé et ils offrent une base indispensable pour évaluer les tendances et les problèmes liées à la mise en œuvre de l'institut, y inclus le traitement qu'il a reçu par les cours; de l'autre côté, le rapport de la *Law Commission* en Angleterre, qui propose l'introduction de ce mécanisme, a effectué une analyse très profonde de toutes les expériences existantes dans le monde de *common law* et contient un exposé de motifs bien élaboré qui peut offrir des pistes de réflexion.

##### *Conservation Easements* aux États-Unis

OBLIGATIONS			
QUI	SOURCE	COMMENT	ACTION EN JUSTICE
a) propriétaire du fond servant	a) contrat	a) <i>non facere</i> (abstention des activités qui peuvent nuire à la conservation des biens); <i>pati</i> (tolérance des activités d'autrui y inclus l'accès); <i>facere</i> (obligations positives)	Pour le respect des obligations de a) e b)  <u>Qui?</u> V. §3(a) UCEA)
b) organisme titulaire de la servitude  UCEA §1: 'a governmental body empowered to hold an interest in real property under the laws of this State or the United States; or	b) si prévu par contrat ou dans le <i>management agreement</i>	b) <b>conservation, protection, entretien et amélioration des biens :</b>  UCEA §1: 'retaining or protecting natural, scenic, or open-space values of real property, assuring its availability for agricultural, forest, recreational, or open-space use, protecting natural resources, maintaining or enhancing air or	- <b>propriétaire</b> ou autre titulaire des droits réels sur le bien,  - <b>titulaire de la servitude</b> (eg land trust) <b>ou sujet tiers</b> (si prévu)  - <b>autres sujets autorisés par la loi</b> (eg <i>Attorney General</i> )  <u>Comment?</u>



<p>(ii) a charitable corporation, charitable association, or charitable trust, the purposes or powers of which include'</p>		<p>water quality, or preserving the historical, architectural, archaeological, or cultural aspects of real property'</p>	<p>- <i>Reverter clause (si présent)</i></p> <p>- <i>Equitable remedies:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>o <i>Injunction</i></li> <li>o <i>Relative hardship doctrine</i> 'injunctive relief ...will be denied if the harm done by granting the injunction will be disproportionate to the benefits secured thereby'</li> <li>o <i>Doctrine of changed circumstances /cy pres doctrine</i></li> </ul> <p>- <b>Domages-Intérêts</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>o Punitifs contre le propriétaire 'to deter servient owners from conduct that threatens the interests protected by the servitude' (<i>Restatement Third of Property (Servitudes) 8.5.</i>)</li> </ul>
---	--	--	--

GOUVERNANCE		
QUI	COMMENT	ACTION EN JUSTICE
<p><b>Gouvernance réservée à l'organisme titulaire de la servitude</b> (eg land trust, réservée aux trustees ; organismes publiques)</p> <p>Le public des usagers n'est pas impliqué</p>	<p><i>Land trust : democratic deficit</i> (décisions prises par les trustees) et <i>accountability concern</i> (absence de contrôle par le public)</p> <p>Selon la structure et les mécanismes de prise de décision de chaque land trust/organisme public</p>	<p>?</p>

ACCÈS				
QUI	SOURCE JURIDIQUE	COMMENT	NATURE JURIDIQUE (DE LA PREROGATIVE	ACTION EN JUSTICE

			D'ACCES)	
<p><b>a) Titulaire de la servitude</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- organisme public</li> <li>- société/association sans but lucratif</li> <li>- charitable trust</li> </ul> <p><b>b) Public :</b> selon les cas (typologie de ressources, niveau de protection à garantir) accès ouvert à tous, réservé à une communauté, fermé</p>	<p><b>a) et b) Contrat</b> entre propriétaire et organisme titulaire de la servitude et <b>accord de gestion</b> (si présent)</p>	<p><b>a) Accès libre et non-restreint pour assurer la conservation</b></p> <p><b>b) Tous types de contraintes possibles :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Financement (Gratuit/Obligation de paiement)</li> <li>- Organisationnelles</li> <li>- Liées à la chose</li> <li>- Liées à la personne</li> </ul>	<p><b>a) Servitude</b></p> <p><b>b) Non spécifié</b> (mais liberté plus probablement)</p>	<p><b>a) peut agir en justice</b> contre le propriétaire pour obtenir l'accès + <b> sujet tiers avec un 'right of enforcement'</b></p> <p><b>b) selon les cas ?</b></p>



USAGE		
QUI	COMMENT	ACTION EN JUSTICE
<p><b>a) Propriétaire</b></p> <p><b>b) Public</b> (comme pour l'accès) selon les cas (typologie de ressources, niveau de protection à garantir) usage ouvert à tous, réservé à une communauté, fermé</p>	<p><b>a) et b)</b> Limitation des usages non conformes à l'affectation de la chose (ex : usage économique/commercial)</p> <p>Limitation des usages susceptibles de nuire à autrui ('autrui' entendu comme le public en générale)</p> <p>Limitation des usages susceptibles de nuire à l'intégrité ou à la pérennité de la ressource</p>	<p>Actions en justice pour limiter l'usage du propriétaire (v. action sous 'obligations')</p> <p>Action en justice pour limiter l'usage du public ?</p>

### Conservation Covenants en Angleterre

OBLIGATIONS			
QUI	SOURCE	COMMENT	ACTION EN JUSTICE
<p><b>a) Propriétaires et locataires (+7 ans)</b></p> <p><b>b) Organisme titulaire de la servitude</b></p> <p>- Secrétaires d'État ;</p> <p>- Organismes approuvés par eux tels que</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>o Autorités locales (départements, municipalités, etc.)</li> <li>o Organismes publics ou à but non lucratif dont au moins un but/fonction correspondant aux critères établis par la loi</li> </ul>	<p><b>a) Contrat</b></p> <p><b>b) Contrat</b> (si prévues) ou <b>management agreement</b> (si en place)</p>	<p><b>a) <i>Non facere</i></b> (abstention des activités qui peuvent nuire à la conservation des biens, y inclus la renonce à demander un permis de construire) ; <b><i>pati</i></b> (tolérance des activités d'autrui y inclus l'accès) ; <b><i>facere</i></b> (obligations positives, y inclus paiement d'une somme)</p> <p><b>b) Conservation, protection, restauration, et amélioration d'un bien</b></p> <p>a) l'environnement naturel, y inclus la flore, la faune et les caractéristiques géologiques ;</p> <p>b) les ressources naturelles ;</p> <p>c) les caractéristiques culturelles, historiques et du patrimoine architectural ;</p> <p>d) les alentours, position, et paysage d'un bien qui a une</p>	<p><b>Breach of covenant :</b></p> <p>- <b>Injunctive remedies</b></p> <p>Pouvoir discrétionnaire du juge d'octroyer</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>o Injonction finale sur la preuve d'une violation</li> <li>o Injonction intérimaire pour une violation présumée pour faire cesser immédiatement l'activité dangereuse</li> <li>o Exécution en nature des obligations positives du propriétaire.</li> </ul> <p>- <b>Dommages-Intérêts :</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>o En fonction de réparation (mais limité)</li> <li>o Dommages punitifs seulement dans le cas où c'est le propriétaire à porter</li> </ul>

		des caractéristiques mentionnées	atteinte à la conservation des biens (modèle americaine)
--	--	-------------------------------------	---

GOUVERNANCE		
QUI	COMMENT	ACTION EN JUSTICE
<p><b>Gouvernance réservée à l'organisme titulaire de la servitude</b> (autorités locales, organismes publics ou à but non lucratif)</p> <p>Le public des usagers n'est pas impliqué</p>	<p>Selon la structure et les mécanismes de prise de décision de chaque autorité/organisme public ou à but non lucratif</p>	<p>?</p>

ACCÈS			
QUI	SOURCE JURIDIQUE	COMMENT	NATURE JURIDIQUE (DE LA PREROGATIVE D'ACCES) ACTION EN JUSTICE
<p>a) Titulaire de la servitude</p> <p>b) Propriétaire</p> <p>c) Public : 'the statute cannot require public access to be a feature of all conservation covenants; nor can the provision of public access to a site be, by itself, enough to make an agreement a conservation covenant ... Nevertheless, in many cases public access will be part of the terms of a conservation covenant and will be important in securing the public benefit that is central to the scheme'</p>	<p>a) b) c) Contrat et/ou accord de gestion (si en place)</p>	<p>a) b) Accès libre et non-restreint pour les finalités de conservation établies</p> <p>c) Tous types de contraintes possibles :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Financement (Gratuit/Obligation de paiement)</li> <li>- Organisationnelles</li> <li>- Liées à la chose</li> <li>- Liées à la personne</li> </ul>	<p>a) b) Contrat et/ou accord de gestion (si en place)</p> <p>c) Liberté</p> <p>Qui ? a) peut agir en justice contre le propriétaire pour obtenir l'accès et contre le public pour limiter l'accès/faire respecter les clauses du contrat</p> <p>Comment ? a) injonction pour garantir l'accès et <i>trespass</i> pour le restreindre</p> <p>b) ?</p> <p>c) ?</p>

USAGE		
QUI	COMMENT	ACTION EN JUSTICE
<b>a) Propriétaire</b>  <b>b) Public ?</b>	<b>a) et b) Limitation des usages</b>  - non conformes à l'affectation de la chose  - susceptibles de nuire à autrui ('autrui' entendu comme le public en générale)  - susceptibles de nuire à l'intégrité ou à la pérennité de la ressource	Actions en justice pour limiter l'usage du propriétaire (v. action sous 'obligations')  Action en justice pour limiter l'usage du public ?

## 5. Conclusions

Le mécanisme du *conservations easement* or *covenant* dans les pays de *common law* représente un instrument bien utilisé pour la protection des biens qui revêt une importance majeure. Toutefois, le croisement entre les différents axes de recherche utilisé dans le projet fait apparaître des déficits de communalité sur certains axes, comme par exemple à propos de la participation du public dans la gouvernance et de l'accès et usage de la ressource. Aussi, il semble que l'aspect de l'action en justice soit le plus déficitaire. En plus, il est évident que certaines des questions les plus controversées de *conservation easements* ne sont pas capturées par les axes eux-mêmes, comme par exemple le choix des biens qui sont susceptibles d'être assujettis au régime de *conservation easements* or *covenants*, qui est fait en amont, ou la problématique de la durée de l'engagement, qui revêt une importance centrale pour l'effectivité du mécanisme de conservation.

La notion d'intérêts transindividuels, si elle paraît relativement novatrice en droit français, est installée dans un certain nombre de pays. C'est d'ailleurs l'étude du droit comparé qui a permis d'étayer la caractérisation de l'intérêt commun, et de ses sous-distinctions, effectuée dans ce rapport. Plus particulièrement, on s'est fondé sur l'étude des droits colombien, brésilien, portugais et italien.

Il faut noter ici que le lien entre identification de ces intérêts, leur représentation juridique et leur défense en justice est extrêmement étroit. C'est pourquoi les études de droit comparé développent de manière jointe la reconnaissance des intérêts, les porteurs d'intérêts (les communautés), les titulaires de l'action et les voies d'actions, alors que l'action en justice sera plus amplement développée, pour le droit français, dans le Titre 3 relatif à la gouvernance.

### 1. Les intérêts collectifs et diffus en droit colombien

En Colombie, la Constitution et la Loi 472 reconnaissent les droits et intérêts collectifs (*derechos e intereses colectivos*). La distinction entre intérêts collectifs et diffus n'est pas très développée et les deux termes sont utilisés par la jurisprudence pour définir les intérêts qui sont à la base d'une action collective ou populaire<sup>2</sup>. Néanmoins, on peut citer la Sentencia C 569 de 2004, où la Cour constitutionnelle a affirmé que :

« Dans le cadre des droits ou intérêts collectifs indivisibles, certains secteurs de la doctrine distinguent entre intérêts diffus et intérêts collectifs. Ainsi, le détenteur d'un intérêt diffus est une **communauté plus ou moins déterminée selon les circonstances factuelles** dans lesquelles elle se trouve et le type d'intérêt diffus qui fait l'objet de la protection ; par contre, le détenteur **d'intérêts collectifs sera une communauté de personnes déterminées et identifiables en vertu d'un principe d'organisation quelconque**<sup>3</sup>. L'existence de ce principe d'organisation est ce qui, selon certains membres de la doctrine, permet de différencier un intérêt diffus d'un intérêt collectif, même si la question n'est pas tranchée, car le critère de classification est loin d'être clair et d'autres auteurs proposent d'autres critères de différenciation entre intérêt diffus et intérêt collectif. (...) »

Pour autant, en droit colombien, la distinction entre droits ou intérêts diffus et collectifs n'a qu'un intérêt doctrinal et n'emporte pas d'effets juridiques : ainsi que l'a affirmé cette même Cour, dans une décision C- 215 de 1999, en faisant référence à la nature des actions populaires et à l'objet de leur protection, il n'est pas question de faire une interprétation restrictive fondée sur une telle distinction ; les actions populaires protègent des intérêts et des droits collectifs, qu'ils soient ou non diffus. Précisément, la Cour a énoncé que :

---

<sup>1</sup> Rédacteurs : Chiara ANGIOLINI, Marie-Pierre CAMPROUX DUFFRENE, Rocio Del Pilar TRUJILLO SOSA, Daniela FESTA

<sup>2</sup> V. par ex., Cour Constitutionnelle, Sentencia T 095 de 2016, affirmant que : « Le système juridique a reconnu l'existence d'intérêts individuels et d'intérêts de nature collective ou diffuse ; dans le premier cas, la titularité est fondée sur l'individu concerné, tandis que dans le second, il s'agit d'une titularité diffuse ; les deux ont des mécanismes différents pour leur protection, de nature constitutionnelle. Par conséquent, puisque le cœur de la protection est la protection des droits de la personne, fondement et base de l'ordre politique, on tente de surmonter les limites d'un modèle libéral classique de l'individualité et, sur la base du principe de solidarité, une série de garanties sont conçues pour sauvegarder les collectivités. Ainsi, l'existence des ] intérêts diffus implique l'existence des droits indivisibles ou supra-individuels, « qui sont projetés de manière unitaire sur toute une communauté, sans qu'une personne soit exclue de sa jouissance par d'autres personnes [...] Cela signifie que le fait qu'une personne jouisse du bien n'empêche pas les autres d'en jouir (absence de rivalité dans la consommation), et donc que la jouissance de ce bien par d'autres personnes ne diminue pas sa disponibilité ».

<sup>3</sup> Sur la distinction entre les différents objets de protection dans les actions populaires et de groupe, à partir d'une typologie des intérêts juridiquement protégés, v. M. CRUZ PABLO, « *El interés de grupo como interés jurídico tutelado* », Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

« Il convient de noter que la Constitution de 1991 ne fait pas de distinction, comme le fait la doctrine, entre les intérêts collectifs et les intérêts diffus, afin de limiter les premiers à un groupe organisé et les seconds à des communautés indéterminées, puisque les deux types d'intérêts sont considérés comme relevant du terme « collectif ». Les actions populaires protègent la communauté dans ses droits collectifs et peuvent donc être promues par toute personne au nom de la communauté lorsqu'un dommage survient à un droit ou un intérêt commun ».

Selon la Cour constitutionnelle toujours, ces droits et intérêts sont des droits de solidarité, participatifs, et non exclusifs (Sentencia C 644 de 2011) et leur reconnaissance démontre « l'existence de biens précieux non seulement pour les membres individuels de la communauté, mais aussi pour l'existence et le développement de la communauté en elle-même » (Sentencia C 215 de 1999).

L'action qui permet alors de garantir leur protection est l'action populaire, prévue à l'article 88 de la Constitution. Sur le fondement de cette disposition constitutionnelle, la Loi 472 a réglementé ce type d'action, établissant une liste de droits collectifs concernés et y incluant le droit à un environnement sain, l'existence de l'équilibre écologique et la gestion et l'utilisation rationnelles des ressources naturelles pour le développement durable, la défense de l'espace public, des biens publics et du patrimoine culturel colombien, la libre concurrence économique et les droits des consommateurs, l'accès aux services publics, et la morale administrative.

Cette action a des objectifs préventif, restauratif (retour à l'état antérieur) ou de cessation de la violation. Comme son nom l'indique, toute personne peut solliciter la protection de l'intérêt diffus, sans obligation de recourir à un avocat, mais en pouvant faire appel au défenseur du peuple (*ombudsman*). La juridiction compétente, ordinaire ou administrative, dépend de la nature juridique du défendeur, selon qu'il s'agit d'une entité privée ou publique. Néanmoins, depuis 2011, le Code de procédure administrative impose une condition, ce pour diminuer l'encombrement de la justice administrative : le futur requérant doit d'abord solliciter la protection de l'intérêt auprès de l'autorité publique compétente ou de la personne privée chargée d'un service public avant d'agir en justice. Dans tous les cas, l'action populaire ne peut pas être utilisée pour annuler des contrats étatiques ni des actes administratifs, qui restent du ressort du juge compétent.

Quant à sa procédure, l'action populaire est plus simple que d'autres requêtes traditionnelles. Elle comporte quelques aspects qui peuvent être inspirants. Premièrement, l'admission du procès doit être publiée dans les journaux afin d'informer la communauté intéressée et que toute personne concernée puisse y participer. Deuxièmement, les requérants peuvent solliciter une aide financière pour supporter les charges du procès (*amparo de pobreza*). Troisièmement, se tient une « audience d'accord de conformité » (*pacto de cumplimiento*) où toutes les parties concernées sont invitées à chercher un accord ou un plan approprié pour la protection du droit, au lieu d'attendre la décision judiciaire. Finalement, les juges peuvent ordonner la création d'un « comité de suivi » comprenant les parties, les autorités compétentes et une organisation non gouvernementale pour surveiller régulièrement le respect de la décision.

Finalement, il faut mentionner la grande étape franchie en 2016, année durant laquelle deux décisions ont octroyé la personnalité juridique à des entités naturelles (Sentencia T-622 de 2016 de la Cour constitutionnelle - Atrato - ; Cour suprême de Justice STC4360-2018 - Amazonas). Jusqu'alors en effet, la Colombie ne reconnaissait « que » des droits individuels, des droits de groupe et les intérêts diffus protégés par l'action populaire. À partir de là, elle a fait un pas vers la reconnaissance des intérêts communs d'humains et de non-humains, dans le cadre procédural d'une action de protection des droits fondamentaux.

Dans la première décision, qui concernait le cas du fleuve Atrato, la Cour constitutionnelle a ainsi analysé la requête en protection des droits fondamentaux de personnes, à travers l'angle des droits bio-culturels des communautés intéressées par le fleuve. Cette approche était propre à entraîner l'application des dispositions constitutionnelles de protection des peuples autochtones et de leur relation à la biodiversité<sup>4</sup>. La Cour va sur ce fondement énoncer que :

---

<sup>4</sup> « Les éléments centraux de cette approche établissent un lien intrinsèque entre la nature et la culture, et la diversité de l'espèce humaine en tant que partie de la nature et manifestation de multiples formes de vie. De ce point de vue, la conservation de la biodiversité implique nécessairement la préservation et la protection des modes de vie et des cultures qui interagissent avec elle. », Corte constitucional de Colombia. Sentencia T 622 de 2016.

« L'importance [de la nature et de l'environnement] réside, bien sûr, dans l'attention portée aux êtres humains qui l'habitent et à la nécessité d'avoir un environnement sain pour mener une vie digne dans des conditions de bien-être, **mais aussi aux autres organismes vivants avec lesquels la planète est partagée**, compris comme des êtres dignes de protection en eux-mêmes. **Il s'agit d'être conscient de l'interdépendance qui nous relie à tous les êtres vivants sur terre**, c'est-à-dire de nous reconnaître comme partie intégrante de l'écosystème mondial de la biosphère, plutôt que sur la base de catégories normatives de domination, de simple exploitation ou d'utilité. » (Souligné par nous)

Cette décision a donc emporté protection des droits fondamentaux des communautés autochtones et de l'écosystème unique constitué autour du fleuve, à travers la personnalisation de ce dernier.

Dans la seconde décision, intéressant la forêt amazonienne, la reconnaissance des intérêts effectuée va au-delà de ceux relevant des droits bioculturels des communautés. Elle se fonde sur le principe de solidarité avec tous les êtres vivants. Comme l'énoncera la Cour suprême colombienne, « la portée de la protection des préceptes fondamentaux est chaque personne, mais aussi "l'autre". "L'autre" est l'altérité ; son essence est les autres personnes qui habitent la planète, y compris les *autres espèces animales et végétales*. »<sup>5</sup> De ce fait, il y a une obligation directe de solidarité avec la nature dont nous sommes parties :

« Le principe de solidarité, pour le cas concret, est déterminé par le devoir et la coresponsabilité de l'État colombien dans l'arrêt des causes provoquant l'émission de GES, causes dues à la réduction brutale de la forêt amazonienne. Il est impératif d'adopter des mesures d'atténuation immédiates, en protégeant le droit au bien-être environnemental, tant des requérants que des autres personnes qui vivent et partagent le territoire amazonien, non seulement sur un plan national, mais aussi étranger, *avec tous les habitants du globe, y compris les écosystèmes et les êtres vivants*. »

C'est sur ce fondement que la Cour suprême a octroyé la personnalité juridique à la forêt amazonienne et a ordonné la construction commune d'un pacte intergénérationnel pour la vie de l'Amazonie colombienne. Même si l'effectivité de cette décision dépend partiellement de la volonté gouvernementale, cet arrêt est un symbole de la reconnaissance des intérêts communs.

## 2. Les intérêts collectifs et diffus en droit brésilien

Au Brésil, les intérêts transindividuels sont au cœur des attributions du ministère public. L'article 129, III de la Constitution brésilienne (de 1988) lui attribue en effet explicitement la protection de tous les « *intérêts collectifs et diffus* ». L'initiative du ministère public est donc absolument centrale dans l'architecture du système brésilien<sup>6</sup>. Elle est parfois également donnée à d'autres autorités publiques et organismes collectifs et, dans certains cas et pour des questions particulières, aux individus en tant que demandeurs à des actions populaires.

Au Brésil, les « actions collectives » représentent un système complexe et unitaire. La principale défense collective des intérêts est l'action civile publique (*ação civil pública*), créée par la loi n° 7.347 / 85 (Loi sur les actions collectives) et complétée par la loi n° 8.078 / 90 (Code de défense des consommateurs). Pour comprendre la protection transindividuelle au Brésil, il faut ainsi combiner ces deux normes<sup>7</sup>.

En premier lieu, la loi sur les recours collectifs prévoyait à l'origine (en son article 1<sup>er</sup>) une protection patrimoniale et morale des *consommateurs*, de *l'environnement*, de *la valeur et des propriétés des éléments artistiques, esthétiques, historiques, touristiques et paysagers*. Le champ d'application de ces recours collectifs a ensuite été étendu à *tout type de droit collectif*

<sup>5</sup> Radicación n.º 11001-22-03-000-2018-00319-01 Corte Suprema de Justicia.

<sup>6</sup> L. K. McALLISTER, *Revisiting a "promising institution": public law litigation in the civil law world*, in *Georgia State University law review*, V. 26, 2010, p. 693-734.

<sup>7</sup> L. R. BARROSO, *La protection collective des droits au Brésil et quelques aspects de la class action américaine*, <https://www.courdecassation.fr/IMG/File/barroso-actionco-bresil.pdf>.

et diffus (L. n.9 8078, 1990), même si certains ont été davantage soulignés que d'autres, à l'instar des *infractions économiques et urbanistiques, des discriminations collectives raciales, éthiques et religieuses, et du « patrimoine public et social »* (L. 13.004, 2004).

En second lieu, la norme originale et innovante qui est celle sur les actions collectives pour la protection des consommateurs (L. n.9 8078, 1990) énonce clairement, dans son article 81, la **taxonomie des actions collectives**, en distinguant :

- 1) les intérêts divisibles et indivisibles (intérêts individuels homogènes affectés par une cause commune, art 81, III *v.* intérêts collectifs/diffus) ;
- 2) les groupes dont les membres sont liés entre eux par des circonstances de fait et les groupes fondés sur des relations juridiques (intérêt diffus, article 81, I, *v.* intérêt collectif, art .81, II).

La loi admet une action dite collective exercée concurremment par le ministère public, les entités publiques<sup>8</sup> et certaines associations<sup>9</sup> tant lorsque l'intérêt est individuel, divisible, et lésé par une même cause (suivant le cadre ordinaire des *class actions*) que lorsqu'il est indivisible, appartenant à un groupe légalement déterminé (intérêts collectifs) ou à une simple communauté de fait (intérêt diffus). Ainsi, une communauté vivant dans une même ville, jouissant du même paysage, ou dépendant d'une même ressource pourrait soutenir un intérêt diffus.

Il convient toutefois de noter le choix de ne pas accorder à toutes personnes physiques la possibilité de poursuivre de telles actions. La décision du législateur brésilien a été d'attribuer la qualité pour agir uniquement à certaines personnes morales publiques et privées.

Pour autant une fois l'action admise, lesdits recours collectifs peuvent porter sur tous les types d'actions (réclamations civiles, pénales ou administratives<sup>10</sup>) dès lors qu'elles sont nécessaires pour réparer le préjudice ou faire cesser les atteintes.

Ainsi, on peut constater que le modèle des recours collectifs dessiné pour les consommateurs, c'est-à-dire prévu pour la défense d'une somme d'intérêts divisibles homogènes, s'est étendu à la défense de tous les intérêts diffus indivisibles. Cependant, avec quelques différences importantes.

Quant aux mesures que le juge peut ordonner dans le cadre d'une action publique civile pour la défense d'intérêts diffus, on trouve la condamnation du défendeur au paiement de dommages et intérêts, mais également toutes mesures pour prévenir ou faire cesser l'action dommageable. Le juge peut, par exemple, ordonner au défendeur de mettre fin à une activité polluante, sous peine de payer une astreinte journalière. Néanmoins, pour les intérêts diffus, aucune indemnité n'est versée aux demandeurs. Si une indemnisation est accordée elle est versée aux fonds créés par l'article 13 de la loi n° 7347/85 : "*Fundo de Defesa de Direitos Difusos*"<sup>11</sup>. Les montants découlant de la condamnation du défendeur ou résultant des amendes imposées par le juge devront alors être utilisés pour restaurer des écosystèmes dégradés ou pour promouvoir l'égalité ethnique, etc.

Par ailleurs, les décisions prises dans le cadre d'une action civile publique produiront des effets différents selon le type d'intérêts : si les intérêts sous-jacents sont diffus, la décision produira des effets à l'égard de tous ; dans le cas de droits collectifs, la décision produira des effets à l'égard de tous les membres du groupe collectif ; dans le cas de

<sup>8</sup> Notamment « les entités et les organes de l'Administration Publique, incluant l'Union Fédérale, les Etats et les municipalités », voir la Loi n° 7.347, de 1985, art. 5°, et la Loi n° 8.078 de 1990, art. 82.

<sup>9</sup> Selon l'Art. 82, IV (Loi n° 8.078 de 1990) : « les associations légalement constituées il y a plus d'un an et qui aux termes de leur objet social sont autorisées à défendre les intérêts et les droits protégés par ce Code ».

<sup>10</sup> Nous devons souligner qu'il n'y a pas de juridiction administrative au Brésil. Le système de juridiction est unique et toutes les actions sont intentées exclusivement devant le juge civil (cf. art.5 XXXV, Const. féd. du Brésil).

<sup>11</sup> Selon l'art. 13 la loi n° 7347/85 : « Le montant de la condamnation au paiement d'une somme d'argent servant à l'indemnisation du dommage causé sera reversé à un fonds géré par un Conseil fédéral ou à un Conseil d'un État membre auquel participeront obligatoirement le ministère public et les représentants de la société civile. Ces ressources serviront à réparer les biens endommagés. En attendant que le fonds soit réglementé, les sommes recueillies seront déposées dans un établissement public de crédit et enregistrées sur un compte indexé sur le taux d'inflation ».



la défense de droits individuels homogènes, la décision produira des effets à l'égard de toutes les victimes (et de leurs successeurs) si le jugement est favorable<sup>12</sup>. Cette dernière solution est originale par rapport aux modèles de l'*opt-in* ou de l'*opt-out*, généralement adopté dans les *class actions* : les effets de la décision s'étendent à toutes les parties intéressées dans le cas où la demande est acceptée ; ils concernent seulement les personnes qui ont effectivement participé au procès, dans le cas où la demande est rejetée<sup>13</sup>. Elle est appelée *res judicata secundum eventum litis*.

Enfin, pour compléter la présentation de la protection des intérêts diffus et collectifs au Brésil, il faut mentionner que l'article 5 de la Constitution prévoit (sous-section LXXIII) que :

tout « *citoyen est une partie légitime pour intenter une action en justice populaire en vue d'annuler un acte préjudiciable à la propriété publique ou à la propriété d'une entité à laquelle l'État participe, à la moralité administrative, à l'environnement et au patrimoine historique et culturel, et qui il est, sauf en cas de mauvaise foi avérée, exonéré des frais de justice et de la charge de la défaite* ».

De plus, la possibilité de mener des recours collectivement portés a été renforcée grâce au *mandado de segurança*<sup>14</sup> qui dote les partis politiques (article 5, sub. XXI Const.), les syndicats, les associations (constituées depuis plus d'un an, art.5, sub. LXX, Const.) et des communautés autochtones (art. 232, Const.) de la capacité juridique de défendre les intérêts individuels de leurs propres membres.

En définitive, cette architecture de recours dessine un système très spécial, particulièrement ouvert aux actions collectives<sup>15</sup> et posant une taxonomie avancée des intérêts juridiques. Si l'on résume, on peut particulièrement insister sur les points suivants :

- la distinction effectuée dans la Constitution de 1988 entre intérêts diffus et intérêts collectifs ;
- la reconnaissance de la notion d'intérêts individuels homogènes, ayant un caractère divisible, se trouvant à la base de la *class action*, opposable par le ministère public, les pouvoirs publics et des associations ;
- l'octroi de la qualité pour agir au nom d'intérêts collectifs, diffus ou homogènes, reconnue concurremment au ministère public, à d'autres autorités publiques (par exemple des collectivités territoriales) et à des organismes collectifs.

Il faut préciser que ces pouvoirs distribués sont considérés comme inhérents à la complexité sociale du Brésil et aux défis posés par le manque d'information et de politisation de certaines catégories de population. Dans le cadre de cette tradition, cette distribution ne semble pas représenter une question problématique par rapport au principe traditionnel de séparation des pouvoirs et de répartition des compétences procédurales. Après avoir établi une distinction claire entre les différents types d'intérêts, le droit brésilien attribue ainsi le pouvoir d'agir pour leur protection à différents agents, parfois exclusivement, souvent simultanément. En fait, les intérêts diffus peuvent

<sup>12</sup> Nous devons mentionner également que la loi brésilienne prévoit des mécanismes de publicité, afin de permettre à toutes les parties intéressées de participer au procès ayant pour objet des intérêts individuels homogènes : la loi exige la publication d'un arrêté au Journal Officiel, communiquant l'institution de l'action et la divulgation par le biais de moyens de communication sociaux, effectuée par les organes de défense du consommateur. V. L. R. BARROSO, *op. cit.* p. 19.

<sup>13</sup> L. R. BARROSO, précise : « La possibilité pour un intéressé, de pouvoir faire simultanément partie d'une action collective et d'une action individuelle se référant à un même objet a mérité une attention particulière du législateur. Effectivement, les effets de la chose jugée, dans les actions collectives se rapportant aux droits diffus ou aux droits collectifs, ne porteront pas atteinte aux droits individuels éventuellement existants. Plus encore, il est clair qu'il n'y aura pas litispendance entre l'action collective et l'action individuelle, qui pourront être en cours au même moment si l'auteur de l'action individuelle le souhaite. Néanmoins, il ne pourra bénéficier de la chose jugée découlant de l'action collective, s'il n'opte pas pour la suspension de son procès dans un délai de trente jours, à compter de la connaissance du jugement obtenu dans l'action collective ». pp. 20-21, *op. cit.*

<sup>14</sup> A. PELLIGRINI GRINOVER, "Mandado de segurança coletivo: legittimazione, oggetto e cosa giudicata": *Rivista di Diritto Civile*, Cedam, Padova, 1996, pp. 392 ; Gomes, J.B. BARBAROSA, *La Cour Supreme dans le Système Politique Brésilien*, Paris, 1994, pp. 121 et C. AGRICOLA BARBI, "Mandado de segurança na Constituição de 1988", *Revista Forense*, 304/53

<sup>15</sup> A. PELLEGRINI GRINOVER, "Significato sociale, politico e giuridico della tutela degli interessi diffuse", *Riv. Dir. Proc.* n.1, 1998, 17-24 ; Ada PELLEGRINI GRINOVER, "Novas tendências na tutela Jurisdicional dos interesses difusos", *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, vol. 13, no. 1/2 1984, p. 3 ; E. Perin Junior, Tutela coletiva del consumatore in Brasile Legge 8.078/90 Esperienze a confronto, in *www.diritto.it*, 2002.

être protégés à l'initiative du ministère public –rôle central – mais également d'autorités publiques, de collectivités locales ou d'entités collectives (aux conditions d'avoir un an d'existence et pour objet statutaire la protection de l'environnement, des consommateurs, du patrimoine artistique, historique, esthétique, touristique, paysager ou la protection des intérêts diffus ou collectifs, conformément au Code de la consommation, article 82, IV). Certains de ces intérêts seulement peuvent donner lieu à des actions populaires, spéciales comme relevant de matières spécifiques mentionnées à l'article 5, LXXIII Cost. (comme par exemple les questions environnementales) impliquant le respect de droits constitutionnels. Sauf mauvaise foi avérée, le demandeur à une action populaire est dispensé des frais judiciaires et dépens du procès.

### 3. La distinction des intérêts collectif et diffus en droit portugais<sup>16</sup>

Le droit portugais lie quant à lui la notion d'intérêts diffus à celle d'*actio popularis* qui est présente dans la Constitution. En effet, l'*actio popularis* a été incluse pour la première fois dans la Constitution portugaise il y a plus de quarante ans. L'article 49 n. 2, de la version originale de la Constitution, en date de 1976, énonçait effectivement que :

« Le droit d'action populaire est reconnu, dans les cas et selon les termes établis par la loi ».

En 1989, après le deuxième amendement constitutionnel<sup>17</sup>, la Constitution fournit la liste des intérêts diffus protégés :

« Est conféré à tous, personnellement ou par l'intermédiaire des associations pour la défense des intérêts concernés, le droit d'action populaire dans les cas et dans les conditions prévus par la loi, notamment le droit de prévenir, de cesser ou de poursuivre les infractions contre la santé publique, les droits des consommateurs, la qualité de la vie, la dégradation de l'environnement ou la détérioration du patrimoine culturel, ainsi que d'exiger de la partie lésée ou blessée l'indemnisation correspondante. »

La quatrième réforme constitutionnelle, en date de 1997<sup>18</sup>, donne la rédaction finale de l'article 52 n.2, actuellement en vigueur :

« Est conféré à tous, personnellement ou par l'intermédiaire des associations pour la défense des intérêts concernés, le droit d'action populaire dans les cas et dans les conditions prévues par la loi, y compris le droit d'exiger de la ou les parties lésées l'indemnisation correspondante notamment pour :

- a) Promouvoir la prévention la cessation ou la poursuite des infractions à la santé publique, aux droits des consommateurs, à la qualité de la vie et à la préservation de l'environnement et du patrimoine culturel ;
- b) Assurer la défense des biens de l'État, des régions autonomes et des collectivités locales ».

La distinction entre intérêts diffus et collectifs, faite par une partie de la doctrine portugaise<sup>19</sup> et spécialement par Alexandra Aragão, s'inscrit dans cette reconnaissance et est très intéressante. Selon cette doctrine, la construction

<sup>16</sup> Cette partie a été écrite sur la base du rapport présenté *infra* par Mme ARAGÃO, La reconnaissance des intérêts diffus au Portugal. Le groupe de recherche remercie Mme Aragão pour ces intéressantes contributions.

<sup>17</sup> La Loi constitutionnelle 1/89 du 8 Juillet change aussi la numérotation des articles. L'article 49 est devenu l'article 52.

<sup>18</sup> Loi Constitutionnelle 1/97, du 30 Septembre.

<sup>19</sup> R.CAMARGO MANCUSO, *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 46.

« En revanche, les intérêts diffus concernent un groupe de personnes plus ou moins étendu, ayant un certain nombre de caractéristiques communes, unies par un intérêt commun et partageant une communion de fait dans la jouissance du bien. Les titulaires des intérêts diffus sont ainsi indéterminés (et dans la plupart des cas, indéterminables), unis à peine par des circonstances de fait (et pas un rapport juridique), comme par exemple être habitant de la même région, utilisateur du même parc, amateur d'oiseaux, vivre dans les mêmes conditions socio-économiques (Par exemple, sans double vitrage, sans voiture personnelle, sans assurance ménage, sans eau courante et sans égout, etc.). Le titulaire des intérêts diffus c'est la communauté

générale d'actions en défense des intérêts collectifs et diffus a comme objectif commun la légitimation des individus et des organisations sociales à agir facilement en justice, le tout soutenant l'accès au droit<sup>20</sup>. Néanmoins, la différence entre les intérêts collectifs, les intérêts diffus et les intérêts publics n'est pas aisée. La doctrine portugaise pose donc en général une première distinction : entre intérêts collectif et diffus. D'un côté, les porteurs d'intérêts collectifs sont les membres d'un groupe non occasionnel, un groupe de personnes liées par un lien juridique stable<sup>21</sup>. Les titulaires des intérêts collectifs sont, par conséquent, déterminables dans la mesure où il y a un lien entre eux ou un lien avec la partie contraire. Par exemple, ils sont membres d'un syndicat, actionnaires d'une société, contribuables du même impôt, contractants d'une agence d'assurances, étudiants d'une école. Ce sont donc des groupes délimités caractérisés comme des associations avec une dimension corporative. C'est le cas des associations civiques, des associations de voisinage, des coopératives de production, des syndicats de travailleurs, des partis politiques ou des abonnés de contrats collectifs. Il faut néanmoins souligner que dans les intérêts collectifs, l'intérêt du groupe ne se confond pas avec la somme des intérêts des membres du groupe, c'est-à-dire qu'il y a un "intérêt personnel" du groupe<sup>22</sup>. D'un autre côté, les intérêts diffus concernent un groupe de personnes plus ou moins étendu, ayant un certain nombre de caractéristiques communes, unies par un intérêt commun et partageant une communion de fait dans la jouissance du bien. Les titulaires des intérêts diffus sont ainsi indéterminés (et dans la plupart des cas, indéterminables), unis à peine par des circonstances de fait (et pas un rapport juridique), comme par exemple être habitant de la même région, utilisateur du même parc, amateur d'oiseaux, vivre dans les mêmes conditions socio-économiques<sup>23</sup>. Le titulaire des intérêts diffus est donc la communauté et non l'individu. Dans les intérêts diffus, il n'y a d'ailleurs pas de lien juridique liant les individus entre eux ou avec la partie adverse. Ce sont des groupes plus vastes, potentiellement toute l'humanité (pour certains auteurs, ce serait forcément toute la collectivité, soit la nation *a minima*<sup>24</sup>). En conséquence, pour certains auteurs toujours, la protection juridique des intérêts diffus aspirerait à réaliser la justice<sup>25</sup>.

En pratique toutefois, si l'on prend l'exemple de l'environnement, on peut peiner à différencier les intérêts environnementaux « publics » des intérêts environnementaux « diffus » : comment savoir si un préjudice environnemental représente la lésion d'un intérêt public ou d'un intérêt ? Les différences se font-elles en fonction des porteurs ou qualitativement en fonction du degré de gravité ? Dans une première approche, on peut en effet qualifier l'intérêt comme public si peuvent agir devant le juge, en monopole, des personnes publiques (collectivités territoriales, État, régions autonomes ou autres entités administratives locales) ; comme diffus s'il est possible à chaque individu ou à des associations, au nom de tous et au bénéfice de la communauté, d'en assurer la représentation judiciaire. Dans une approche quantitative, on fera une différence de degré selon la gravité ou la portée du dommage à l'environnement<sup>26</sup> : un dommage très grave ou un danger très élevé configurent une atteinte à l'intérêt public environnemental ; l'État qui ne prendrait pas l'initiative de l'action dans ce cas (soit une action matérielle, soit une action de police, soit une action en justice) manquerait au respect de l'impératif constitutionnel de protection de l'environnement et des conditions de vie et pourrait éventuellement engager sa responsabilité

---

et pas l'individu. Dans les intérêts diffus il n'y a pas de lien juridique liant les individus entre eux ou avec la partie adverse. Ce sont des groupes plus vastes, potentiellement toute l'humanité. Ce sont, dans un mot, des intérêts sans porteur défini ».

<sup>20</sup> Pour une perspective mondiale des actions collectives ou de groupe pour défendre des intérêts collectifs voir *World Class Actions. A Guide to Group and representative Actions Around the Globe*, de Paul G. Karlsgodt (éditeur), Oxford University Press, 2012.

<sup>21</sup> L. F. COLAÇO ANTUNES, « Reconstituição Histórica da Tutela dos Interesses Difusos », *O Sagrado e o Profano*, Homenagem a A. J. S. da Silva Dias, *Revista de História e Teoria das Ideias*, Faculdade de Letras, Coimbra, 1987.

<sup>22</sup> R. CAMARGO MANCUSO, *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 46.

<sup>23</sup> Par exemple, sans double vitrage, sans voiture personnelle, sans assurance ménage, sans eau courante et sans égout, etc.

<sup>24</sup> R. CAMARGO MANCUSO, en *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 75, soutient que les intérêts diffus concernent à « la nation ».

<sup>25</sup> R. CAMARGO MANCUSO, *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 75.

<sup>26</sup> Pour l'appréciation de la gravité du dommage les critères de la Directive sur les études d'impact peuvent être utilisés : l'ampleur et l'étendue spatiale de l'impact, la nature de l'impact ; l'intensité et la complexité de l'impact ; la probabilité de l'impact ; le début, la durée, la fréquence et la réversibilité attendus de l'impact ; le cumul de l'impact avec celui d'autres projets existants et/ou approuvés ; la possibilité de réduire l'impact de manière efficace, etc. (Annexe III 3. De la Directive 2014/52/UE du 16 avril 2014 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement).

(d'autres personnes de droit public également)<sup>27</sup>. En revanche, le titulaire de l'action populaire aurait le droit d'accéder à la justice même quand le dommage, ou les risques, seraient moins graves. L'argument *a maiori ad minus* justifierait que les porteurs d'intérêts diffus soient également reconnus légitimes à agir en cas de dommages ou de dangers sérieux.

#### 4. Le débat sur l'intérêt diffus et les intérêts « communs » en droit italien

Enfin, la doctrine italienne débat des notions d'« intérêts diffus » et « collectifs » depuis les années 1970. Les réflexions sont nées de la recherche de formes de protection de l'environnement ; elles ont ensuite pris corps en droit administratif, où elles ont concerné la formation de l'intérêt public ainsi que, en droit privé, à propos de la relation entre les intérêts individuels et le régime des biens. La discussion s'est développée autour de la possibilité de permettre la protection judiciaire d'intérêts de plusieurs personnes ou d'un groupe, quand bien même il ne serait pas possible de le définir *a priori* (ce qui est le cas dans les atteintes à l'environnement). Pour autant, il n'existe pas de définitions univoques de ces notions. Approximativement, on peut néanmoins affirmer que les « intérêts diffus » sont définis comme des intérêts que l'on peut rattacher à une communauté de sujets sans qu'ils aient un titulaire identifié<sup>28</sup>. Les difficultés de qualification ressortent pourtant dès que l'on se trouve face à des intérêts qui ne sont pas exclusivement ceux de personnes publiques, ou de personnes privées, mais les intérêts d'« individus *uti cives* »<sup>29</sup>, donc à chacun et à plusieurs à la fois. Leur émergence a cependant été interprétée comme l'expression de la nécessité de repenser le rôle et les modalités de l'attribution à la personne publique de la protection des intérêts de la collectivité. La réflexion a amené une critique « de la représentation politique et de l'organisation qui lui est liée »<sup>30</sup>.

Dans le prolongement de cette incertitude notionnelle, la principale difficulté d'un point de vue strictement technique tient à la sélection des porteurs qualifiés de tels intérêts, et partant aux critères permettant de restreindre les sujets reconnus légitimes à agir pour la protection de ces intérêts. On peut résumer les différentes options théoriques dans une alternative entre une vision objective et une vision subjective.

La formulation objective de ces intérêts considère le caractère transindividuel de l'intérêt comme un élément qui impose la considération, au niveau institutionnel, de ces intérêts en tant que besoins de la collectivité. L'objectivation de l'intérêt semble alors entraîner sa configuration comme un intérêt unitaire et homogène. Une des conséquences de cette approche est la tendance à attribuer la protection de ces intérêts aux soi-disant « *enti esponenziali* », c'est-à-dire à des organes représentatifs des différents porteurs d'intérêts.

Si à l'inverse on adopte une approche subjective de ces intérêts, on les décline en autant de personnes que de membres de la collectivité intéressée et on lie la position individuelle de chacune à la protection constitutionnelle du développement de la personne (articles 2 et 3 de la Constitution italienne). La perspective subjective permet en conséquence l'émergence de différentes visions et déclinaisons de l'intérêt.

Enfin, pour d'autres, la concrétisation de l'intérêt diffus est le résultat de l'articulation de ces différentes visions. Le nœud central est alors l'émergence d'une « dialectique vive et animée »<sup>31</sup> entre les nombreux sujets qui ont le droit de participer au processus de concrétisation de l'intérêt. Dans le cadre de ces considérations, la construction des instruments juridiques qui permettent la « prise de parole » des individus, telle que la possibilité d'agir en justice, est certainement considérée positivement.

<sup>27</sup> Régi par la loi 67/2007 du 31 décembre 2007.

<sup>28</sup> À ce propos, M. NIGRO écrit que « ce que l'on appelle intérêt diffus n'est jamais une situation entièrement objective, ou un intérêt de légitimation, ou un intérêt collectif, ou un intérêt légitime au sens propre du terme ou un droit subjectif, mais il est d'une fois à l'autre chacune de ces figures », v. M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso; ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in «Il foro italiano», n. 7, 1987, p. 16.

<sup>29</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Divagazioni su tutela dell'ambiente ed uso della proprietà*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1988.

<sup>30</sup> G. BERTI, « Interessi senza struttura (i cd. interessi diffusi) », in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milan, Giuffr., 1982.

<sup>31</sup> M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso; ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in «Il foro italiano», n. 7, 1987, p. 16.

Dans ce contexte doctrinal animé, la jurisprudence a adopté une position médiane en créant des critères permettant l'admission de l'action judiciaire des associations et des comités, ainsi que celle de l'individu. En ce sens l'effort a été celui de « la recherche d'un critère de rattachement entre les intérêts [...] qui appartiennent ontologiquement à toutes les composantes de la collectivité et les mécanismes procéduraux, qui exigent que l'action soit exécutée par un sujet du système bien identifié »<sup>32</sup>. Mais avec quels critères de sélection des sujets habilités à agir en justice ?

En ce qui concerne les « *enti esponenziali* » (que l'on pourrait traduire comme des entités qui représentent les intérêts d'une collectivité), la jurisprudence a identifié trois conditions, nécessaires à la recevabilité de leur action en justice, ou au moins en celle des associations : la première tient aux statuts des associations, à savoir qu'il doit y être indiqué qu'elles poursuivent des objectifs de protection de l'environnement de façon non occasionnelle ; la deuxième condition tient à leur niveau adéquat de représentativité ; la dernière, à la stabilité de leur activité dans la zone où le bien est situé. En ce qui concerne les comités, définis comme des « groupes de sujets dont l'objectif est de protéger ou promouvoir la réalisation des intérêts d'importance générale ou sociale »<sup>33</sup>, donc des structures moins organisées que les associations, et régis par les articles 39 à 42 du Code civil italien, il leur a souvent été refusé la possibilité d'intenter une action judiciaire, faute de stabilité de l'action sur le territoire ou parce que le comité s'était constitué à l'approche de la date du procès<sup>34</sup>.

En ce qui concerne les individus, le critère principal de sélection pour qu'ils soient admis à agir en justice est celui de *vicinitas* ou proximité avec l'objet défendu. Ce critère renvoie en réalité à l'existence d'une « connexion stable et significative [...] entre le demandeur et le bien environnemental que l'on souhaite protéger »<sup>35</sup>. Il ne se concrétise pas forcément par un droit de propriété ou une possession du bien affecté par le dommage à l'environnement. La jurisprudence affirme que la *vicinitas* est suffisante pour l'existence de la qualité à agir, mais il demeure néanmoins un débat relativement à la question de savoir si la *vicinitas* permet également de constater l'existence de l'intérêt à agir<sup>36</sup>.

Par ailleurs, quant à la distinction de la notion d'« intérêt diffus » et des intérêts public et collectif, des critères ressortent également. Ainsi, la différence entre les intérêts diffus et publics se situe dans le rôle joué par l'État et, plus généralement, par les personnes publiques. En effet, en ce qui concerne l'intérêt public, ses porteurs sont traditionnellement les personnes publiques, considérées comme l'expression de la volonté des citoyens, ce en vertu du mécanisme de la représentation. À l'inverse, l'émergence de la reconnaissance des intérêts diffus et de ses représentants semble précisément naître d'une crise de la structure institutionnelle publique et de sa contestation : la fonction de médiation assurée par la personne publique, conçue comme intermédiaire entre la société et les décisions relatives à la protection de certains intérêts, est remise en question. Le thème est étroitement lié à celui des limites à dresser devant les décisions arbitraires de l'autorité publique, ainsi qu'à la réflexion, très actuelle en Italie, sur la notion même de public. Partant, c'est la relation entre l'État, considéré comme communauté, et l'État, considéré comme appareil, qui est en question<sup>37</sup>.

Concernant la distinction entre les intérêts collectifs et les intérêts diffus, certains auteurs reconnaissent dans les intérêts collectifs l'intérêt d'un groupe spécifique, tandis qu'ils voient dans les intérêts diffus l'intérêt d'un groupe indéfini. En raison de cette définition, une partie de la doctrine affirme que les intérêts diffus ne sont pas imputables à un sujet précis et que, par conséquent, lorsque le législateur les examine et/ou lorsque ces intérêts accèdent à une protection juridictionnelle, ils deviennent des intérêts collectifs. Parmi les aspects problématiques de cette distinction, on compte le problème de la délimitation du groupe, de la communauté concernée, celle-ci ne

<sup>32</sup> Conseil d'État, n° 8683, 9 décembre 2010.

<sup>33</sup> BASILE, « Gli enti “di fatto” », dans P. RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato*, vol. I, Turin, Utet, 1999, p. 335.

<sup>34</sup> Conseil d'État, n° 5197, 1<sup>er</sup> octobre 2001 ; Conseil d'État, n° 1830, 23 avril 2007 ; Conseil d'État, n° 885, 16 février 2010.

<sup>35</sup> Conseil d'État, n° 1600, 27 mars 2003 ; Conseil d'État, n° 5760, 2 octobre 2006 ; Conseil d'État, n° 3849, 16 juin 2009.

<sup>36</sup> Dans un sens positif, v. Conseil d'État, n° 8402, 10 décembre 2019 ; Conseil d'État, n° 5307, 10 septembre 2018 ; Conseil d'État, n° 1448, 6 mars 2018. Dans un sens négatif, Conseil d'État, n° 6961, 14 octobre 2019 ; T.A.R. Roma, 30 novembre 2019, n° 13734 ; T.A.R. Salerno, Sez. I 18 mai 2018, n° 755 ; T.A.R. Venezia, Sez. II, 4 septembre 2018, n° 873 ; T.A.R. Cagliari, Sez. II, 12 octobre 2018 ; T.A.R. Lazio, Sez. II, 21 septembre 2018, n° 9536 ; Conseil d'État, n° 489, 25 janvier 2013.

<sup>37</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padoue, Cedam, 1969.

s'identifiant pas avec l'État ni avec un organe représentatif de la – ou d'une – collectivité. De là des obstacles à la reconnaissance de cette distinction dans la jurisprudence<sup>38</sup>.

La question de l'action en justice pour la protection des intérêts diffus croise également celle de la possibilité d'ouvrir une action populaire pour assurer cette protection. La jurisprudence a exclu cette possibilité de façon générale<sup>39</sup>, en vertu du fait que, dans le droit italien, une telle action « est reconnue pour des cas déterminés par des dispositions spéciales de la Loi »<sup>40</sup>. L'action populaire reste en conséquence spéciale, tandis que l'action diffuse portée par un membre de la communauté diffuse *uti cives* se trouve admise dans certains rares cas par la doctrine et la jurisprudence tout en requérant que le membre de la communauté prouve son appartenance à cette dernière (par exemple au moyen de la *vicinitas*).

Enfin, pour disposer de l'ensemble des arguments débattus en Italie sur ce type de questions, il faut rappeler qu'une partie de la doctrine y a développé une notion d'« intérêt commun » à partir de réflexions sur le rapport entre droits fondamentaux et régime des biens<sup>41</sup>. Dans cette perspective, l'adjectif « commun » est proposé comme signifiant, dans une perspective subjective et non exclusivement individuelle, des intérêts constitutionnellement protégés et liés au libre développement de la personnalité – comme l'intérêt environnemental –, dont chacun serait titulaire et dont il faudrait garantir d'égales possibilités de satisfaction à tous tant ils conditionnent l'effectivité des droits fondamentaux (l'égalité intervient en raison de la première partie de la Constitution, exigeant l'« égalité substantielle » — *uguaglianza sostanziale* - à l'article 3<sup>42</sup>). Cette définition des intérêts « communs » comprend ainsi une dimension subjective et une dimension collective, permettant de construire un point de vue qui ne fasse pas disparaître les individus dans une collectivité ayant pour seul représentant l'État et tenant compte de la multiplicité des sujets porteurs d'intérêts. La collectivité est donc ici reconstruite à partir des individus. Dans une perspective « statique », faisant abstraction du contexte concret, elle coïnciderait avec la « communauté humaine »<sup>43</sup>. Dans une perspective dynamique, de mise en œuvre réelle de la satisfaction de l'intérêt, la collectivité à prendre en compte pourrait s'identifier de façon plus flexible, sur le fondement de l'appréciation de la nécessité concrète de l'exercice d'une prérogative aux fins de la satisfaction de l'intérêt. En effet, afin que ces « intérêts communs » puissent être considérés comme affectant le régime du bien, il est nécessaire que leur satisfaction dépende d'un usage de ce dernier, d'une possibilité d'utilisation par le non-propriétaire, titulaire de l'intérêt commun. Le mécanisme de concrétisation de l'intérêt semble donc faire ressortir l'existence d'une communauté, définie non pas comme une *prius* par rapport à la titularité d'une prérogative sur le bien, mais comme une conséquence de l'existence d'une pluralité de détenteurs individuels d'un intérêt protégé par la Constitution, intérêt se concrétisant dans la mise en jeu d'un usage sur un bien.

---

<sup>38</sup> V. Conseil d'État, n° 36 de 2014 qui les superpose.

<sup>39</sup> Conseil d'État, n° 24, 19 octobre 1979 ; R. FERRARA, « Interessi collettivi e diffusi », in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, Torino, 1993.

<sup>40</sup> E. CANNADA-BARTOLI, « Giustizia Amministrativa », in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Turin, Utet, 1991.

<sup>41</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

<sup>42</sup> Cette définition de « intérêt commun » a été développée par C. ANGIOLINI dans la thèse « *La questione dei beni comuni Un itinerario fra regimi dei beni e diritti fondamentali* », Université Ca' Foscari, Venise 2018, disponible à l'adresse : <http://dspace.unive.it/bitstream/handle/10579/12896/956169-1197748.pdf?sequence=2>.

<sup>43</sup> S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo Human divide*, cit., p. 327.

## 1. Présentation « classique » des intérêts diffus

On exposera le contexte constitutionnel et législatif de l'émergence de la protection des intérêts diffus, avant de tracer un lien entre les intérêts diffus et les choses communes sur lesquels ils portent. On précisera également, en matière environnementale, les types d'utilisations des choses communes environnementales compatibles avec le respect des intérêts diffus.

### 1.1. L'actualité d'un régime juridique née il y a quarante ans

Le débat public, en Europe et ailleurs, autour de l'accès à la justice en général, et de l'accès à la justice en matière environnementale en particulier, a donné une visibilité accrue à tous les mécanismes qui permettent d'assurer le plus large accès à la justice. C'est le cas de l'action populaire, naturellement associée, au moins dans les pays lusophones<sup>2</sup>, à la catégorie des intérêts diffus.

Au plan international, la Recommandation de la Commission relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres de violation de droits conférés par le droit de l'Union<sup>3</sup>, en date de 2013, souligne ainsi qu'un « accès non restrictif à la justice en matière d'environnement » est favorisé par la Convention de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement<sup>4</sup>, la Convention d'Aarhus, laquelle fait partie de l'ordre juridique de l'Union depuis 2005<sup>5</sup>.

En 2017, la Communication de la Commission sur l'accès à la justice en matière d'environnement<sup>6</sup>, en même temps qu'elle effaçait l'espoir d'une directive européenne d'harmonisation obligatoire des conditions minimales d'accès à la justice, venait relancer le débat sur les conditions de protection en justice des choses communes environnementales : même si elle ne considérait pas que l'accès inconditionnel des membres du public à la justice soit un impératif pour la réalisation du droit d'accès à une justice effective, elle reconnaissait implicitement qu'un droit général d'ester en justice en matière d'environnement, la dévolution à tous d'une *actio popularis*, était le *sommet* de la protection juridique.

En 2018, l'Accord régional sur l'accès à l'information, la participation publique et la justice en matière d'environnement en Amérique Latine et dans les Caraïbes<sup>7</sup>, semblait aller plus loin que la Convention d'Aarhus elle-même. Son article 8 n. 3 prévoit en effet que, « Pour garantir le droit d'accès à la justice en matière d'environnement, chaque Partie, compte tenu de sa situation propre, fournira : une large légitimation active dans la défense de l'environnement, conformément à la législation nationale »<sup>8</sup>. Là où la Convention d'Aarhus admettait que seuls les membres du public ayant « un intérêt suffisant »<sup>9</sup> devaient avoir accès à une procédure devant un

<sup>1</sup> Rédactrice : Alexandra ARAGÃO (chercheuse invitée).

<sup>2</sup> L'institution de l'*actio popularis* est commune à plusieurs pays et régions Lusophones : au Brésil, v. article 5, §LXXIII de la Constitution fédérale et *supra* ; en Angola, article 74 de la Constitution ; au Cap-Vert, article 58 de la Constitution ; au Mozambique, article 81 de la Constitution ; à Macao, article 36 du Code de contentieux administratif.

<sup>3</sup> Recommandation 2013/396/EU de 11 juin 2013.

<sup>4</sup> Les dispositions sur l'accès à la justice sont l'article 9, paragraphes 3, 4 et 5 de la Convention d'Aarhus.

<sup>5</sup> Selon l'article 216, paragraphe 2, du TFUE après avoir été approuvé par l'Union Européenne le 17 février 2005, par la Décision 2005/370/CE.

<sup>6</sup> Communication 2017/C 275/01, publié le 18 Aout 2017.

<sup>7</sup> Adopté à Escazú, Costa Rica, le 4 mars 2018 et signé par 33 États d'Amérique Latine et Caraïbes.

<sup>8</sup> Article 3 c) disponible sur <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2018/03/20180312%2003-04%20PM/CTC-XXVII-18.pdf>.

<sup>9</sup> Bien sûr, la Convention d'Aarhus précise que « ce qui constitue un intérêt suffisant et la perte de valeur d'un droit être déterminé conformément aux exigences de la législation nationale et cohérent avec l'objectif de donner au public concerné un

tribunal et/ou un autre organisme indépendant et impartial établi par la loi », l'Accord sud-américain estimait que « pour faciliter l'accès du public à la justice en matière d'environnement, chaque Partie établit : des mesures visant à réduire ou éliminer les obstacles à l'exercice du droit d'accès à la justice »<sup>10</sup>.

Au plan national portugais par ailleurs, l'exigence pour un citoyen de prouver son intérêt à agir en justice en matière environnementale semble presque... *non civilisé* : les juristes portugais, imprégnés de l'esprit de collectivité inhérent aux systèmes juridiques lusophones dans lesquels l'environnement est sans aucun doute reconnu comme un « intérêt diffus », n'estiment pas justifié un quelconque obstacle sur ce chemin.

En définitive, le débat né à propos des conditions d'accès à la justice pour la réalisation du troisième pilier de la Convention d'Aarhus, s'il est venu donner un nouvel élan à cette exigence, n'a fait que mettre en lumière les instruments juridiques existants, tel que ceux consacrant les « intérêts diffus »<sup>11</sup> : ils sont en effet capables de renforcer l'effectivité du droit de recours devant un tribunal, également en conformité avec l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

## 1.2. L'arrière-plan de la reconnaissance des intérêts diffus : les contextes historique et actuel

Pour bien comprendre le champ d'application de l'institution juridique des intérêts diffus, il faut tout d'abord connaître le contexte historique de l'émergence du concept et sa formulation actuelle.

Les intérêts diffus sont établis dans le droit positif portugais<sup>12</sup> depuis plus de 40 ans et ils sont actuellement une institution juridique bien consolidée et souvent utilisée en tant qu'outil juridique de protection du droit à l'environnement et d'autres droits associés à la protection des communs.

Ils sont ainsi consacrés au plan constitutionnel, puisque le concept d'intérêts diffus est né dans le « berceau de l'or », soit dans la Constitution portugaise. Puis ils se sont diffusés au plan législatif, notamment avec la loi sur l'*actio popularis* accordant un régime de protection à ces intérêts.

### 1.2.1. Les normes matérielles de protection de l'environnement dans la Constitution

En 1976, à la suite de la révolution non violente qui a mis fin au régime fasciste et a ouvert la voie à un gouvernement démocratique, la nouvelle Constitution « révolutionnaire » a été promulguée<sup>13</sup>. Cette première

large accès à justice dans le cadre de la présente Convention. À cette fin, l'intérêt de tout organisation non gouvernementale répondant aux exigences visées à l'article 2, paragraphe 5, est réputé suffisant aux fins de l'alinéa a) ci-dessus. De telles organisations sont également réputées avoir des droits susceptibles d'être affaiblies aux fins de l'alinéa b) ci-dessus ».

<sup>10</sup> Article 8, n.4 a).

<sup>11</sup> A. ARAGÃO et A. C. CARVALHO, "Taking access to justice seriously: diffuse interests and *actio popularis*. Why not?" in: *ELNI Review, Environmental Law Network International*, n.2/2017, pp. 42-48 ([http://elni.org/fileadmin/elni/dokumente/Archiv/2017/Heft\\_2/elni2017-2\\_Aragao\\_etal.pdf](http://elni.org/fileadmin/elni/dokumente/Archiv/2017/Heft_2/elni2017-2_Aragao_etal.pdf)).

<sup>12</sup> Le concept est commun aux États appartenant à la Communauté des pays lusophones, V. « Les intérêts diffus, instruments pour la justice et la démocratie environnementale », in *La représentation de la Nature devant le juge : Approches comparative et prospective*, M.-P. CAMPROUX-DUFFRENE, J. SOHNLE (dir.), *Vertigo, la revue électronique en sciences de l'environnement*, 2015.

<sup>13</sup> La version anglaise mise à jour de la Constitution portugaise est disponible sur le site web du Parlement : <http://www.fr.parlamento.pt/Legislation/CRP.pdf>. Le préambule de la Constitution reflète assez clairement l'esprit euphorique de l'expérience de la liberté pour la première fois après 40 ans de dictature. « Le 25 avril 1974, le Mouvement des forces armées a renversé le régime fasciste. Ce renversement est l'expression des sentiments profonds du peuple portugais et représente l'aboutissement de sa longue résistance. La libération du Portugal de la dictature, de l'oppression et du colonialisme a représenté une transformation révolutionnaire et le début d'un tournant historique pour la société portugaise. La Révolution a restitué aux Portugais les libertés et les droits fondamentaux. Faisant usage de leurs droits et de leurs libertés, les représentants légitimes du peuple se trouvent réunis pour élaborer une Constitution qui réponde aux aspirations du pays. L'Assemblée constituante proclame la décision du peuple portugais de défendre l'indépendance nationale, de garantir les droits fondamentaux des citoyens, d'établir les principes fondateurs de la démocratie, de défendre le primat de l'État de droit démocratique et d'ouvrir la voie vers une société socialiste pour construire un pays plus libre, plus juste et plus fraternel. »



Constitution démocratique portugaise a prévu, dès le début, une norme spécifique consacrant le droit à l'environnement et le devoir de le protéger.

Aujourd'hui, après des révisions constitutionnelles successives qui ont élargi la portée et le contenu de la norme, l'article 66 dédié à « L'environnement et la qualité de la vie » reçoit de façon assez complète les différentes dimensions de l'environnement :

- « 1. Toute personne a droit à un cadre de vie humain, sain et écologiquement équilibré et a le devoir de le défendre.
2. Afin de garantir le droit à l'environnement, dans le cadre d'un développement durable, il appartient à l'État, au travers d'organismes spécialisés et en assurant la participation des citoyens :
- a) de prévenir et de contrôler la pollution et ses effets, ainsi que les formes d'érosion susceptibles d'occasionner des dommages ;
  - b) d'organiser et de promouvoir l'aménagement du territoire en vue d'une localisation adaptée des activités, d'un développement socio-économique harmonieux et d'une mise en valeur du paysage ;
  - c) de créer et de développer des réserves et des parcs naturels et de loisirs, ainsi que de classer et de protéger les paysages et les sites, afin d'assurer la préservation de la nature et la sauvegarde des valeurs culturelles d'intérêt historique ou artistique ;
  - d) de promouvoir l'exploitation rationnelle des ressources naturelles, en sauvegardant leur capacité de renouvellement et la stabilité écologique, dans le respect du principe de solidarité entre générations ;
  - e) de promouvoir, en collaboration avec les collectivités territoriales, la qualité de l'environnement des communautés rurales et urbaines, notamment en ce qui concerne l'architecture et la protection des zones historiques ;
  - f) de veiller à l'intégration des objectifs environnementaux dans les différentes politiques sectorielles ;
  - g) de promouvoir l'éducation à l'environnement et le respect des valeurs environnementales ;
  - h) de veiller à ce que la politique fiscale allie le développement à la protection de l'environnement et à la qualité de vie ».

Le mandat constitutionnel oblige ainsi l'État à travailler « au travers d'organismes spécialisés » et « dans le cadre d'un développement durable » pour assurer la réalisation des droits environnementaux des citoyens.

### **1.2.2. Les normes procédurales de protection de l'environnement dans la Constitution**

Paradoxalement, dans la Constitution portugaise, il n'existe aucune disposition spécifique détaillant les droits procéduraux des citoyens en matière d'environnement. Mais, bien évidemment, en tant que partie à la Convention d'Aarhus et membre de l'Union européenne, l'État portugais est tenu de respecter les normes procédurales de droit de l'environnement découlant du droit international et du droit de l'UE.

#### ***1.2.2.1. Droit d'accès à l'information et droit de participation***

C'est ainsi que, de façon générale, la Constitution contient quelques dispositions assez génériques relatives à l'accès des citoyens à l'information, ainsi qu'à la participation à la prise de décision<sup>14</sup>. En matière environnementale, l'article 66 n.2 déjà mentionné prévoit que l'État doit assurer « la participation des citoyens »<sup>15</sup>. La formulation est trop vague, mais elle a précédé la Convention d'Aarhus et les directives européennes<sup>16</sup>. La Constitution prévoit également que « toute personne a le droit, dans les conditions prévues par la loi, à l'information et au conseil juridiques »<sup>17</sup>, que « toute personne dispose de la liberté d'expression, du droit de faire connaître son opinion par la parole, par l'image ou par tout autre moyen, ainsi que du droit d'informer, de s'informer et d'être informée, sans interdictions ni discriminations »<sup>18</sup>; que « tous les citoyens ont le droit de prendre part à la vie politique et à la direction des affaires publiques du pays, directement ou par l'intermédiaire de leurs représentants librement élus »<sup>19</sup>; et finalement que « tous les citoyens ont le droit d'être éclairés de façon objective sur les actes de l'État et des autres personnes de droit public, ainsi que d'être informés par le Gouvernement ou par toutes autres autorités sur la gestion des affaires publiques »<sup>20</sup>. Par ailleurs, au niveau infra-constitutionnel, les deux piliers de la démocratie environnementale que sont le droit d'accès à l'information et le droit de participation sont développés par des lois *ad hoc*<sup>21</sup> transposant de façon assez exhaustive les directives européennes<sup>22</sup>.

### 1.2.2.2. Droit d'accès à la justice

En ce qui concerne le droit d'accès à la justice, la Constitution contient également des dispositions génériques sur « l'accès au droit et la protection juridictionnelle effective ». Selon l'article 20, « l'accès au droit et à la justice est assuré à tous les citoyens pour la défense de leurs droits et de leurs intérêts protégés par la loi. Il [l'accès au droit et à la justice] ne peut leur être dénié pour insuffisance de ressources »<sup>23</sup>.

Cependant, les aspects les plus remarquables de l'accès à la justice dans la Constitution portugaise sont deux mécanismes singuliers pour la réalisation de la justice. Le premier est le droit de soumettre des plaintes au procureur public ; le second est le droit d'*actio popularis*.

Quant au premier, on notera que le procureur représente d'abord l'État, les régions autonomes, les municipalités, les travailleurs et leurs familles. Mais le droit portugais considère que le procureur endosse aussi une fonction de représentation de ceux qui n'ont pas de *voix* : les personnes handicapées, les personnes absentes, les héritages<sup>24</sup> et,

<sup>14</sup> C'est l'article 48, sur la participation à la vie publique : « 1. Tous les citoyens ont le droit de prendre part à la vie politique et à la direction des affaires publiques du pays, directement ou par l'intermédiaire de leurs représentants librement élus. 2. Tous les citoyens ont le droit d'être éclairés de façon objective sur les actes de l'État et des autres personnes de droit public, ainsi que d'être informés par le Gouvernement ou par toutes autres autorités sur la gestion des affaires publiques ».

<sup>15</sup> La Constitution avait reçu l'idée de participation populaire depuis 1976 (l'expression utilisée étant « en appelant et en soutenant les initiatives populaires ») mais la rédaction actuelle de l'article 66 n'a été introduite qu'en 1997, à la quatrième révision constitutionnelle.

<sup>16</sup> Notamment les directives sur les études d'impact, l'évaluation environnementale stratégique et la prévention et la réduction intégrées de la pollution tel que modifiés par la Directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003.

<sup>17</sup> Article 20 n.2 sur l'accès au droit et à la protection juridictionnelle effective.

<sup>18</sup> Article 37 sur la liberté d'expression et d'information.

<sup>19</sup> Article 48 n.1 sur la participation à la vie publique.

<sup>20</sup> Article 48 n.2 sur la participation à la vie publique.

<sup>21</sup> Loi 26/2016 du 22 août 2016 sur l'accès à l'information ; Décret-loi 127/2013 du 30 août 2013 sur la prévention et la réduction intégrées de la pollution ; Décret-loi 147/2008 du 29 juillet 2008 sur la responsabilité environnementale ; Décret-loi 151-B/2013 du 31 octobre 2013 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement ; Décret-loi 232/2007 du 15 juin 2007 sur l'évaluation environnementale stratégique.

<sup>22</sup> Respectivement, la directive 2003/4 du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement ; la directive 2010/75 du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution) ; la directive 2004/35 du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux ; la directive 2014/52 du 16 avril 2014 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement ; et la directive 2001/42 du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement.

<sup>23</sup> Article 20 n.1.

<sup>24</sup> Quand il y a un processus d'inventaire tel que prévu par la loi 23/2013 du 5 mars 2013.

surtout, les intérêts diffus. Ainsi, en vertu de son statut, il est tenu « d’assumer, dans les cas prévus par la loi, la défense des intérêts collectifs et diffus »<sup>25</sup> et d’intervenir, à titre principal ou accessoire, comme porte-parole des intérêts diffus dans les procédures judiciaires les impliquant<sup>26</sup>.

Plus avant, en 2014, le **Bureau des intérêts diffus et collectifs** a été créé<sup>27</sup> auprès du procureur général de la République dans le but de soutenir sa mission de défense des intérêts non privés. Plus concrètement, le bureau a comme fonctions principales d’ :

- « (a) Étudier, identifier et promouvoir les bonnes pratiques qui encouragent l’action du ministère public dans le cadre de la protection des valeurs et biens protégées constitutionnellement, ce qui est un domaine fondamental des compétences constitutionnels du Procureur, et demande une attention particulière.
- b) Étudier, identifier et promouvoir les bonnes pratiques d’articulation entre les juridictions lorsque les sujets concernés sont est connectés.
- c) Étudier et proposer des modèles organisationnels et des méthodologies d’intervention et collecte de statistiques pour améliorer l’actuation du Procureur, normalisant les procédures de coordination de niveau national et local, en relation avec les questions mentionnées.
- d) Signaler et identifier des institutions (gouvernementales, régionales et municipalités, universités, associations professionnelles, associations et autres entités) ayant la possibilité de fournir un soutien technique, scientifique, spécialisé et multidisciplinaire afin de supporter l’action du Procureur.
- e) Promouvoir et préparer des protocoles et d’autres moyens de collaboration avec de telles institutions.
- f) Promouvoir et organiser l’articulation et le contact avec les entités de l’Administration Publique (telles que les inspections générales) et la communauté, qui ont pour intérêt et objet d’intervention à la défense de mêmes matières.
- g) Promouvoir et stimuler des études sur d’éventuels changements législatifs.
- h) Promouvoir et stimuler des plateformes et des canaux de communication et de débat thématique entre les magistrats Procureurs sur les matières en question.
- i) Promouvoir et préparer des actions de formation liées aux zones concernées.
- j) Soutenir les magistrats, en particulier avec des éléments et des données existants et liés à des situations similaires, en mettant à disposition toutes les informations et la documentation existantes, y compris les éléments jurisprudentiels et doctrinaux »<sup>28</sup>.

Quant à l’*actio popularis* en second lieu, elle a été incluse pour la première fois dans la Constitution portugaise, on l’a mentionné, il y a plus de quarante ans. L’article 49 n.2, de la version originale de la Constitution énonçait en 1976 :

« Le droit d’action populaire est reconnu, dans les cas et selon les termes établis par la loi ».

En 1989, après le deuxième amendement constitutionnel<sup>29</sup>, la Constitution énumère la liste des intérêts diffus protégés :

« Est conféré à tous, personnellement ou par l’intermédiaire des associations pour la défense des intérêts concernés, le droit d’action populaire dans les cas et dans les conditions prévus par la loi,

<sup>25</sup> Article 3 e), loi 47/86 du 15 octobre 1986, modifiée 12 fois, dont la dernière en 2017.

<sup>26</sup> Article 5 n.1 e) et n.4 a).

<sup>27</sup> Par Ordre 2/2014 du 20 Janvier 2014.

<sup>28</sup> N.2 de l’Ordre 2/2014 du 20 janvier 2014.

<sup>29</sup> Loi constitutionnelle 1/89 du 8 juillet 1989 change aussi la numération des articles. L’article 49 est devenu l’article 52.

notamment le droit de prévenir, de cesser ou de poursuivre les infractions contre la santé publique, les droits des consommateurs, la qualité de la vie, la dégradation de l'environnement ou la détérioration du patrimoine culturel, ainsi que d'exiger de la partie lésée ou blessée l'indemnisation correspondante. »

La quatrième réforme constitutionnelle de 1997<sup>30</sup> fixera la rédaction finale de l'article 52 n. 2, actuellement encore en vigueur :

« Est conféré à tous, personnellement ou par l'intermédiaire des associations pour la défense des intérêts concernés, le droit d'action populaire dans les cas et dans les conditions prévues par la loi, y compris le droit d'exiger de la ou les parties lésées l'indemnisation correspondante notamment pour :

- c) Promouvoir la prévention la cessation ou la poursuite des infractions à la santé publique, aux droits des consommateurs, à la qualité de la vie et à la préservation de l'environnement et du patrimoine culturel ;
- d) Assurer la défense des biens de l'État, des régions autonomes et des collectivités locales ».

Ainsi, selon la Constitution, il existe au moins cinq types d'intérêts diffus susceptibles d'être protégés à travers les mécanismes généraux (*actio popularis*) établis par le système juridique : la santé publique, les droits des consommateurs, la qualité de vie, la protection de l'environnement et le patrimoine culturel. Cette gamme d'intérêts diffus correspond de façon symétrique à un éventail de choses communes, de nature différenciée, reconnues par la Constitution comme légitimant un traitement particulièrement favorable des moyens d'action.

Il convient de noter que le fait que l'environnement ne soit pas le seul intérêt diffus à être constitutionnellement protégé facilite la présentation des plaintes : les choses communes environnementales sont protégées contre les atteintes, lesquelles peuvent également avoir comme résultat des dommages à la santé publique ou à la qualité de vie. Par ailleurs, la détermination précise de l'intérêt en jeu n'étant pas fondamentale pour la poursuite de l'action, il suffit que l'un d'entre eux soit démontré, un seul régime juridique étant applicable à la protection des intérêts diffus. Pour autant, comme l'environnement est protégé par une panoplie de normes juridiques, il est l'intérêt diffus le plus invoqué.

Les tribunaux ont déjà reconnu le fait que les normes juridiques de protection de l'environnement peuvent se trouver dans d'autres branches de la loi, et dans différents contextes juridiques. En janvier 2016, la Cour administrative suprême<sup>31</sup> a ainsi reconnu le statut juridique de titulaire de l'action populaire à une ONGE locale de l'île de Madère dans un recours en appel contre une décision de la municipalité de Santa Cruz. La municipalité avait autorisé plusieurs constructions privées nouvelles (villas et immeubles d'habitation) dans une zone rurale en haut d'une falaise. Le droit d'accès à la justice a été reconnu sur le seul fondement que « les dispositions légales qui protègent l'environnement sont ou ont été violées par la municipalité ». En plus, le tribunal a déclaré que le vaste concept constitutionnel d'« environnement » devait inclure non seulement les normes protégeant l'environnement naturel *stricto sensu*, mais aussi les normes relatives à la construction de maisons, à l'architecture urbaine, à l'aménagement du territoire ou au domaine public. Cette approche a permis au tribunal de recevoir les arguments de l'association plaignante concernant le non-respect des règles de procédure, sans référence à des dommages environnementaux spécifiques.

Bien qu'il n'y ait pas eu un nombre considérable de litiges concernant les dispositions de la Constitution relatives à l'environnement, ces cas illustrent la volonté des tribunaux d'aborder ces questions dans une conception large.

<sup>30</sup> Loi Constitutionnelle 1/97, du 30 septembre 1997.

<sup>31</sup> Page 1 de l'affaire 1362/12, disponible sur <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf?OpenDatabase>.

### 1.3. La reconnaissance des intérêts diffus à la protection de l'environnement dans la loi ordinaire

#### 1.3.1. L'objet des intérêts diffus : les choses communes environnementales

Le concept de chose commune environnementale, sous-jacent au concept d'intérêt environnemental diffus, n'est pas explicitement formulé par les lois de protection de l'environnement. En effet, aucune mention au concept de chose commune environnementale n'y est effectuée, que ce soit dans les lois sectorielles (air, eau, sol, biodiversité, etc.) ou dans d'autres instruments juridiques dédiés à la protection de l'environnement (sur l'évaluation des impacts des plans, les programmes ou projets sur l'environnement, les licences environnementales, la fiscalité environnementale, les garanties environnementales, les réserves écologiques nationales, etc.).

Néanmoins, toute la construction autour des intérêts diffus en droit de l'environnement est tacitement basée sur le fait que l'objet de ces intérêts sont les différentes composantes naturelles de l'environnement dans la mesure où elles ne font pas l'objet exclusif ni d'intérêts publics ni d'intérêts privés. Or ces composantes sont quant à elle listées dans la loi-cadre sur l'environnement selon laquelle :

« la politique environnementale aborde les composantes environnementales naturelles telles que l'air, l'eau et la mer, la biodiversité, le sol et le sous-sol, le paysage, et reconnaît et valorise l'importance des ressources naturelles et des biens et services écosystémiques [...]»<sup>32</sup>.

Il faut relever que certaines de ces composantes naturelles sont plus « appropriables » que d'autres. On peut facilement penser à l'appropriation privée, au moins partielle, de certaines masses d'eau, de parties du sol et du sous-sol. Bien évidemment, la probabilité que quelqu'un soit intéressé et disposé à agir en justice pour la défense de son « morceau de nature » est plus élevée. D'ailleurs, lorsque, en jurisprudence, un porteur d'intérêts diffus agit en même temps qu'un porteur d'intérêts privés (en tant que propriétaire), les juges refusent de façon constante l'application du régime juridique des intérêts diffus.

Mais nonobstant cette articulation, il est admis que le fait qu'une chose commune soit en partie appropriée n'influe pas sur son régime d'usage : il n'existe pas de séparation rigide entre les formes d'appropriation des choses communes, d'un côté, et les modalités de leur usage, de l'autre : le caractère public<sup>33</sup>, communal<sup>34</sup> ou privé<sup>35</sup> de l'élément de l'environnement importe peu. Par exemple, si l'on se réfère au régime juridique de l'eau, qui est le

<sup>32</sup> Article 10 *ab initio* de la Loi 19/2014, du 14 avril 2014.

<sup>33</sup> La Constitution liste, dans l'article 84 n.1, les biens du domaine public :

- « a) les eaux territoriales ainsi que leurs fonds marins et leur sous-sol, les lacs, les étangs, les lagunes et les cours d'eau navigables ou flottables ainsi que leurs lits ;
- b) l'espace aérien au-dessus du territoire, au-delà de la limite de la propriété des sols ou des droits de superficie ;
- c) les gisements de minerais, les sources d'eaux minérales et médicinales, les cavités naturelles souterraines existant dans le sous-sol à l'exception des roches, des terres ordinaires et des autres matériaux habituellement utilisés dans la construction ;
- d) les routes ;
- e) les voies ferrées nationales ;
- f) les autres biens classés par la loi. »

<sup>34</sup> La propriété communale, désigné comme « friches » (« baldios », en portugais), est réglementée par le Décret-Loi 75/2017, du 17 août 2017 et correspond aux biens communaux prévus à l'article 542 du code civil français. Les immeubles exploités en commun par les communautés locales, sont normalement des terrains, mais ils peuvent aussi être d'autres moyens de production comme les aires, les fours ou les moulins à vent ou à eau, (article 2 e), du Décret-loi). Les « baldios » sont des choses « hors du commerce juridique et ne peuvent pas être appropriés, totalement ou en partie, par des tiers sous quelque forme ou titre que ce soit, y compris l'usucapion » (article 6 du Décret-loi).

<sup>35</sup> Les eaux privées sont définies en tant que catégorie résiduelle, dans l'article 18 de la Loi 54/2005, du 15 novembre, (modifié 3 fois, la dernière en 2016) laquelle établit le régime juridique des ressources hydriques :

- « 1. Toutes les ressources en eau qui n'appartiennent pas au domaine public peuvent faire l'objet d'un commerce légal privé et sont régies par le droit civil, étant désignées comme ressources en eau ou en eau patrimoniale.
- 2. Les ressources en eau patrimoniales peuvent appartenir, selon le droit civil, à des entités publiques ou privées, étant dénommées dans ce dernier cas comme des eaux ou des ressources en eau particulières.
- 3. Les ressources en eau particulières sont celles qui, selon le droit civil, sont ainsi caractérisées, à moins que, en vertu des préceptes précédents, elles ne soient considérées comme intégrées dans le domaine public ».

plus détaillé des régimes de titularité et d'usage prévus dans la loi<sup>36</sup>, le lien est plutôt souple : non seulement l'utilisation privée d'eaux publiques est possible, dans les conditions prévues par la loi<sup>37</sup>, mais l'utilisation privée d'eaux privées est quant à elle limitée en ce qu'elle ne doit pas dépasser les limites imposées par les règles du droit de l'environnement protégeant la ressource<sup>38</sup>. La même remarque peut être émise en ce qui concerne l'utilisation d'espaces naturels appropriés de façon privative : ces espaces restent soumis à un régime de protection qui limite les usages admissibles. C'est le cas de la Réserve écologique nationale (REN)<sup>39</sup>, qui correspond à une restriction du droit de propriété pour utilité publique, restriction qui conditionne l'occupation, l'utilisation et la transformation du sol à des usages et actions compatibles avec les objectifs<sup>40</sup>.

C'est ainsi que dans les zones incluses dans la REN, les utilisations et actions d'initiative publique ou privée suivantes sont interdites : les opérations d'allotissement ; l'urbanisation, construction et travaux d'agrandissement ; les voies de communication ; les excavations et les décharges<sup>41</sup>.

En conséquence, d'un côté, les personnes privées peuvent agir en justice pour la protection d'un bien du domaine public :

- a) soit en défense d'un intérêt privé, en tant qu'autorisés ou concessionnaires ;
- b) soit pour défendre un intérêt diffus, en tant que simples citoyens, si leur intérêt privé n'est pas concerné.

Par ailleurs, d'un autre côté, les citoyens peuvent agir en justice contre le propriétaire<sup>42</sup> d'un élément environnemental, objet de son droit de propriété, quand ce dernier excède son *jus utendi et fruendi*<sup>43</sup> en méprisant les limites publiques (expresses ou tacites) au contenu de son droit « absolu » de propriété<sup>44</sup>. Ils peuvent le faire :

<sup>36</sup> Loi 58/2005 du 29 décembre 1995, transposant la Directive 2000/60 du 23 octobre 2000 et établissant le cadre institutionnel pour une gestion durable de l'eau. La loi 54/2005 du 15 novembre 2005 établit la titularité des ressources hydriques.

<sup>37</sup> Articles 60 et 61, loi sur l'eau.

<sup>38</sup> Les activités privées suivantes, lorsqu'elles concernent les lits, les berges et les eaux privées, sont soumises à autorisation préalable :

- a) Réalisation de constructions
- b) Mise en place d'infrastructures hydrauliques ;
- c) L'abstraction de l'eau ;
- d) D'autres activités qui modifient l'état du corps de l'eau ou de placer cet état en danger, sauf comme indiqué dans le paragraphe suivant.

Les activités privées suivantes lorsqu'elles concernent des lits, des berges et des eaux privées sont soumises à licence préalable :

- a) rejet d'eaux usées ;
- b) Immersion des déchets ;
- c) recharge artificielle et injection dans les eaux souterraines ;
- d) extraction de minéraux inertes ;
- e) Les décharges et les fouilles. (Article 62, loi sur l'eau).

<sup>39</sup> Décret-loi 166/2008 du 22 août, modifié trois fois, dont la dernière modification en 2015.

<sup>40</sup> Les objectifs de la loi que créa la Réserve écologique, tels que décrits en son article 2 n.3, sont : « a) Protéger les ressources naturelles de l'eau et du sol, ainsi que sauvegarder les systèmes biophysiques et les processus associés au cycle hydrologique littoral et terrestre, qui assurent des biens et services environnementaux indispensables au développement des activités humaines ;

(b) prévenir et réduire les effets de la dégradation de la recharge des aquifères, les risques d'inondation, d'inondation, d'érosion hydrique des sols et de mouvements de masse sur les pentes, contribuant à l'adaptation aux effets du changement climatique et préservant la durabilité environnementale et la sécurité des personnes et des biens ;

(c) Contribuer à la connectivité et à la cohérence écologique du Réseau de conservation de la nature fondamentale ;

(d) contribuer à la réalisation au niveau national des priorités de l'agenda territorial de l'Union européenne dans les domaines de l'écologie et de la gestion transeuropéenne des risques naturels. »

<sup>41</sup> Article 20, loi sur la réserve écologique, préc.

<sup>42</sup> Pour des exemples de jurisprudence portugaise sur les limites au droit de propriété, voir A. ARAGÃO, "Property and environmental protection in Portugal", in *Property and environmental protection in Europe*, Gerd Winter (ed.), Europa Law Publishing, 2016 pp. 262-280.

- a) soit en tant que voisins, et ils doivent alors fournir des preuves à l'appui de leur plainte pour dommages de voisinage<sup>45</sup> ;
- b) soit en tant que victime d'un préjudice illicite ou d'une menace de préjudice, et ils doivent alors devant présenter des preuves de dommage physique ou moral, ou encore à la personnalité<sup>46</sup> ;
- c) soit en tant que titulaires de l'action populaire, sans nécessiter cette fois d'alléguer des dommages patrimoniaux ou personnels. Le titulaire de l'action populaire peut se limiter à invoquer le dommage causé à l'intérêt diffus environnemental, en laissant au tribunal la charge de réunir des preuves. « **Dans l'action populaire et dans les questions essentielles définies par les parties, la collecte de preuves est faite à l'initiative du juge, sans liaison avec l'initiative des parties** »<sup>47</sup>.

Cette triple approche est souvent citée par la jurisprudence quand il s'agit de déterminer l'intérêt diffus ou privé qui est en jeu.

Par exemple, la Cour suprême administrative a pu énoncer, dans un arrêt du 29 juin 2017 que :

« Comme cela a été prouvé à plusieurs reprises, la production ou l'émission de bruit, qui génère une pollution sonore, préjudiciant aux droits individuels et collectifs, et manquant manifestement de proportion, peut être vue sous trois points de vue différents, bien que dans de nombreux cas, combinés et interconnectés :

- celle du droit de l'environnement, [car le bruit est une] source de pollution environnementale évidente, avec une base juridique principale dans le texte constitutionnel lui-même, dans le plan des droits et devoirs sociaux, de même nature que les droits fondamentaux, y compris le droit à un environnement sain et écologiquement équilibré (article 66 de la Constitution), complétée et densifiée par les règles contenues dans la Loi fondamentale sur l'environnement, orientée essentiellement, immédiatement et en première ligne, pour la protection des intérêts collectifs ou diffus ;
- la vision classique de la protection des droits de propriété dans le cadre des relations juridiques de voisinage réel, permettant au propriétaire d'un immeuble de s'opposer aux émissions des immeubles voisins qui causent des dommages importants à l'utilisation du bien ou ne sont pas de l'usage normal de l'immeuble dont ils émanent (article 1346 du Code civil) ;
- enfin, les droits fondamentaux de la personnalité, consacrés dans le texte constitutionnel – le droit à l'intégrité physique et morale et au libre épanouissement de la personnalité (articles 25 et 26, paragraphe 1) et réitérés naturellement dans l'article 70 du Code Civil, la protection générale de la personnalité des individus contre toute infraction illicite ou délit de menace pour leur personnalité physique ou morale – il est clair et incontestable que le droit au repos, le sommeil et la tranquillité de la vie dans la propre maison sont configurés clairement en tant qu'exigences indispensables à

<sup>43</sup> Depuis son entrée en vigueur, en 1966, l'article 1304 du code civil portugais a refusé le troisième pilier de la propriété latine, le *jus abutendi*. Dans le code civil actuel, le libellé de l'article 1304 sur le contenu du droit de propriété est : « le propriétaire profite des droits pleins et exclusifs d'usage, de jouissance et de disposition des choses qui lui appartiennent, dans les limites de la loi et dans le respect des restrictions imposées par la loi ».

<sup>44</sup> « Absolu » dans le sens où il est opposable à n'importe qui et non pas seulement au cocontractant ou à une contrepartie contractuelle.

<sup>45</sup> Article 1346, code civil, sur l'émission de fumée, production de bruit et événements similaires : « le propriétaire d'un immeuble peut s'opposer à l'émission de fumée, de suie, de vapeurs, d'odeurs, de chaleur ou de bruit, ainsi qu'à la production de bruit et d'autres incidents similaires à partir d'un immeuble voisin où ces actes causent des dommages importants pour l'usage de la propriété ou ne résultent pas de l'usage normal du bâtiment dont ils émanent ».

<sup>46</sup> Article code civil, sur la protection générale de la personnalité : « La loi protège les individus contre tout délit illégal ou menace d'offense à leur personnalité physique ou morale. Indépendamment de la responsabilité civile en cause, la personne menacée ou offensée peut demander une action appropriée dans les circonstances de l'affaire, afin d'éviter la consommation de la menace ou d'atténuer les effets de l'infraction déjà commise ».

<sup>47</sup> Article 17, loi 83/95 du 31 août 1995 sur l'action populaire, telle que modifiée par le Décret-loi 214-G/2015 du 2 octobre.

la réalisation du droit à la santé et à la qualité de la vie, constituant l'émanation dudit droit fondamental de la personnalité »<sup>48</sup>.

### **1.3.2. Le fondement des intérêts diffus : le bénéfice de l'usage des choses communes environnementales**

Ces actions fondées sur l'intérêt diffus assurent en réalité que l'usage des choses communes environnementales est un usage en commun<sup>49</sup>. Pour savoir ce que signifie l'usage en commun, on peut à nouveau revenir à la loi de l'eau. Celle-ci établit en effet une distinction claire entre usage en commun et utilisation privée, le premier étant le reflet d'intérêts diffus et la seconde celle d'intérêts privés. Autour de cette distinction, la loi définit alors chaque type d'usage et donne des exemples :

- Quant à l'usage en commun : « les ressources en eau du domaine public sont destinées à l'usage et à l'exploitation communes, à savoir à des fonctions de récréation, de séjour et d'abreuvement. Ces utilisations et jouissances ne sont pas dépendantes d'un titre d'utilisation, à condition qu'elles soient effectuées conformément à la loi générale et aux conditions définies dans les plans applicables et qu'elles n'entraînent pas de changements importants dans la qualité et la quantité d'eau »<sup>50</sup>.
- Quant à l'utilisation privée des masses d'eau : elle est une exception. La Loi est claire sur ce point en énonçant qu' : « 1. Une utilisation privée des ressources en eau du domaine public est celle où quelqu'un obtient pour soi la réserve d'une plus grande utilisation de ces ressources que la généralité des utilisateurs ou celle qui implique une altération de l'état des ressources ou la mise en danger de cet état. 2. Le droit

---

<sup>48</sup> Affaire 117/13.1TBMLG.G1.S1 disponible à l'adresse suivante :

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/615ff5dbce841a818025814f00519fd0?OpenDocument>.

<sup>49</sup> L'article 225 de la Constitution brésilienne y fait une référence expresse : « tous ont le droit à un environnement écologiquement équilibré, [lequel est un] bien d'usage commun du peuple, et essentiel à une qualité de vie saine, imposant aux pouvoirs publics et à la collectivité le devoir de le défendre et de le préserver pour les présentes et les futures générations ».

<sup>50</sup> Article 58, loi 58/2005, du 29 décembre (modifié cinq fois, dont la dernière modification en 2017) sur l'eau : « Utilisation commune des ressources en eau du domaine public ».



d'usage privé dans le domaine public ne peut être accordé que par licence<sup>51</sup> ou concession<sup>52</sup>, quelle que soit la nature et la forme juridique de son détenteur, et ne peut pas être acquis par usucapion ni par tout autre titre »<sup>53</sup>. La loi ajoute que sont considérées comme des utilisations privées toutes les activités mettant en péril l'état des ressources hydrologiques du domaine public<sup>54</sup>. De façon encore plus catégorique, elle énonce que « selon le principe de précaution et de prévention, les activités qui ont un impact significatif sur l'état de l'eau ne peuvent être développées que sur le fondement d'un titre d'utilisation »<sup>55</sup>. Cela signifie que l'usage commun est la règle et que, en cas de doute, un usage non commun de l'eau doit être considéré comme interdit, sauf autorisation préalable.

En conclusion, la distinction entre les types d'usage des choses communes environnementales repose sur deux critères essentiels : l'exclusion ou la non-exclusion d'autrui ; les effets plus ou moins nocifs de l'usage sur l'état (préservé ou dégradé) de la ressource. Si l'on applique ces critères aux usages typiques des choses communes environnementales, on constate que les usages non extractifs sont des usages non exclusifs et anodins pour la qualité de la ressource, tandis que les usages extractifs excluent non seulement d'autres usagers, mais créent également des risques pour la ressource. En d'autres termes, l'utilisation de choses communes permettant d'obtenir des services écosystémiques de production correspond habituellement à un régime d'utilisation privé. À l'inverse, l'usage des choses communes pour obtenir des services écosystémiques de régulation, de support ou culturels, correspond habituellement à un usage en commun. Les utilisations en commun sont en principe banales et permettent l'utilisation simultanée de l'écosystème par d'autres. C'est pourquoi l'utilisateur en commun est plus protégé dans son droit d'accès à la justice et peut se prévaloir d'un intérêt diffus, qu'il peut défendre par une action populaire.

---

<sup>51</sup> « Les utilisations privées d'eaux publiques conditionnés par l'exigence d'une autorisation préalable sont :

- a) L'abstraction de l'eau ;
- b) Le rejet des eaux usées ;
- c) Immersion des déchets ;
- d) Occupation temporaire pour la construction ou la modification d'installations fixes ou amovibles, de appuis de plage [chaises longues, douches, abris, parasols] ou similaires et d'infrastructures et d'équipements pour supporter la circulation routière, y compris les parkings et l'accès au domaine public de l'eau ;
- e) L'installation de l'équipement mentionné au paragraphe précédent ;
- f) occupation temporaire pour la construction ou la modification d'infrastructures hydrauliques ;
- g) La mise en place d'infrastructures hydrauliques ;
- h) la recharge artificielle des plages avec des sédiments et l'injection artificielle dans les eaux souterraines ;
- (i) les compétitions sportives et la navigation, ainsi que leurs infrastructures et équipements de soutien ;
- j) L'installation d'infrastructures et d'équipements flottants, de cultures biogénétiques et marines ;
- l) Semer, planter et couper des arbres et des arbustes ;
- m) L'exécution des décharges ou des fouilles ;
- n) Autres activités impliquant la réservation d'une plus grande utilisation de ces ressources par un individu et qui ne font pas l'objet de concession ;
- o) extraction de minéraux inertes ;
- p) Autres activités pouvant mettre en péril l'état des ressources hydrologiques du domaine public et qui peuvent être conditionnées par des règlements annexés aux instruments de gestion territoriale ou par des règlements annexés aux plans de gestion des bassins hydrographiques » (article 60 de la Loi de l'eau). »

<sup>52</sup> « Les utilisations privées d'eaux publiques conditionnés par l'exigence d'une concession préalable sont :

- a) La collecte d'eau pour l'approvisionnement public ;
- b) Capture d'eau pour l'irrigation d'une superficie supérieure à 50 ha ;
- c) L'utilisation des terrains du domaine public hydrique destinées à la construction d'entreprises touristiques et similaires ;
- d) le captage d'eau pour la production d'énergie ;
- e) Mise en place d'infrastructures hydrauliques destinées aux fins mentionnées dans les paragraphes précédents » (article 61 de la Loi de l'eau).

<sup>53</sup> Article 59, Loi sur l'eau : « Utilisation privée des ressources en eau du domaine public ».

<sup>54</sup> Article 60 p), Loi sur l'eau.

<sup>55</sup> Article 56, Loi sur l'eau : « principe de la nécessité d'un titre d'usage ».

### 3. Description synthétique du régime juridique des actions populaires pour la protection des intérêts diffus

On peut définir l'*actio popularis* comme le droit d'action en justice, octroyé à chaque citoyen ou à des personnes morales visant la défense de certains intérêts, qui permet au titulaire de requérir l'intervention des organes juridictionnels de l'État, afin de garantir la protection de certains intérêts communs, auxquels la Constitution confère une protection qualifiée, ainsi que de requérir la réparation des dommages causés<sup>56</sup>.

La disposition constitutionnelle consacrée à l'action populaire ne va cependant pas dans le détail de l'exercice de ce droit destiné à la protection des intérêts diffus :

« Chacun a le droit, personnellement ou par l'intermédiaire des associations pour la défense des intérêts en jeu, d'agir par une action populaire, en conformité avec la loi, y compris le droit de demander une compensation appropriée pour la partie lésée, notamment pour :

a) promouvoir la prévention, la cessation ou la poursuite des infractions contre la santé publique, les droits des consommateurs, la qualité de vie et la préservation de l'environnement et du patrimoine culturel ;

b) Assurer la protection des biens de l'État, les régions autonomes et les collectivités locales »<sup>57</sup>.

Il faut donc bien l'articuler avec la loi qui régit ce type de droit et d'action<sup>58</sup> pour bien cerner la titularité de l'action populaire en défense des intérêts diffus, la typologie des actions populaires, ainsi que le sort des frais de justice dans ce type d'action.

#### 3.1. La titularité de l'action populaire en défense des intérêts diffus

Les personnes titulaires des intérêts diffus sont de deux ordres : selon les termes de la loi, « tout citoyen dans la jouissance de ses droits civiques et politiques, les associations et les fondations défenseurs des intérêts visés à l'article précédent, est porteur du droit de participation procédurale et du droit d'action populaire indépendamment du fait d'avoir ou non un intérêt direct dans l'affaire »<sup>59</sup>. On pourrait penser que la référence légale à la jouissance des droits civiques et politiques a une incidence, éliminant les personnes ayant perdu cette jouissance. Mais, en réalité, il n'existe pas au Portugal de sanction, pénale ou administrative, qui ait pour conséquence la perte de droits civiques ou politiques. La Constitution précise d'ailleurs que l'exercice de ces droits n'est pas limité aux citoyens « dans la jouissance de leurs droits », mais s'applique à toute personne<sup>60</sup>.

##### 3.1.1. Les deux catégories de titulaires de l'action populaire : les individus et les associations

Cette précision étant livrée, deux catégories de titulaires sont prévues par la loi : d'une part les individus ; d'autre part, les associations ou fondations.

D'une part, tout individu est le titulaire du droit d'agir en justice au nom et dans l'intérêt de tous. C'est d'ailleurs l'aspect le plus singulier de la loi qui précise que chaque individu peut représenter « de sa propre initiative, avec exemption de mandat ou de consentement exprès, tous les autres titulaires de droits ou des intérêts sous réserve d'exercer leur droit d'auto-exclusion »<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> N. S. MARQUES ANTUNES, *O Direito de Ação Popular no Contencioso Administrativo Português*, Lex, Lisboa, 1997, p. 27.

<sup>57</sup> Article 52, Constitution portugaise.

<sup>58</sup> Loi 83/95 du 31 août 1995, telle que modifiée en 2015.

<sup>59</sup> Article 2 n. 1, loi sur l'action populaire.

<sup>60</sup> Article 52 n. 3.

<sup>61</sup> Article 14, loi sur l'action populaire. La description détaillée du régime d'auto-exclusion se trouve dans l'article 15 :

On sera alors face à un intérêt diffus s'il n'existe pas, en premier lieu, d'intérêt particulier et personnel du demandeur à l'action (par exemple une demande de dommages et intérêts pouvant lui bénéficier). Si tel est le cas, le juge écarte l'application du régime de *l'actio popularis* et se réfère à la procédure de droit commun : il n'y aura pas de suspension automatique des décisions administratives, la prise en charge des frais de justice incombera au demandeur, ainsi que la recherche des preuves. En effet, le droit portugais n'octroie les facilités de procédure ouvertes en cas d'action populaire qu'à la défense d'un intérêt altruiste et essaie d'éviter que des personnes utilisent les avantages procédurals de *l'actio popularis* pour la défense de leurs intérêts « purement individuels ». En conséquence, par exemple, le propriétaire d'un terrain riverain pourra utiliser *l'actio popularis* pour la cessation d'un dommage environnemental, mais non pour la compensation du dommage qu'a subi sa propriété.

Pour éviter les transactions abusives ou la négligence du porteur de l'action, la loi prévoit également, en deuxième lieu, que la possibilité pour le procureur de continuer la défense d'un intérêt commun jusqu'à la fin de l'action.

D'autre part, la loi prévoit une autre catégorie de titulaires : les individus groupés sous la forme d'associations. Statistiquement, ce sont d'ailleurs elles qui font le plus souvent appel aux tribunaux pour défendre un intérêt diffus à un environnement « sain et écologiquement équilibré »<sup>62</sup>. Elles sont soutenues en cela par la loi sur les organisations non gouvernementales de l'environnement (ONGE) qui énonce que « les ONGE, indépendamment d'avoir ou non un intérêt direct dans la revendication, ont la légitimité pour proposer des actions »<sup>63</sup>. Néanmoins, pour reconnaître le droit d'accès à la justice d'une association, trois exigences doivent être réunies : l'association doit

- a) avoir la personnalité juridique ;
- b) inclure expressément dans ses compétences ou objectifs statutaires la défense des intérêts impliqués dans le type d'action concerné ;
- c) ne pas exercer une activité professionnelle en concurrence avec des entreprises ou des professionnels indépendants.

Inversement, bien qu'il existe un registre national des ONGE, l'inscription dans le registre n'est pas une exigence. C'est ce qui ressort d'une décision rendue en avril 2016 par la Cour administrative suprême. Une demande avait été portée par une société anonyme ayant pour finalité de promouvoir la récupération et la requalification écologique de zones côtières et insulaires dans la région du sud du Portugal. Précisément, l'affaire concernait une

---

« 1. Après la réception de l'action populaire, les porteurs d'intérêts impliqués dans l'action et ne participant pas à elle, seront cités à comparaître pour intervenir dans l'affaire comme auteurs, dans le délai prescrit par la cour, s'il le veulent, acceptant l'action au stade où elle est, et déclarant s'ils acceptent ou non d'être représentés par l'auteur ou si, au contraire, ils veulent être exclues de la représentation, notamment pour l'effet de non application des décisions de la cour, sous peine de leur passivité être considérée comme une acceptation, sans préjudice du paragraphe 4.

2. La citation sera faite par des annonces publicitaires par un moyen de communication ou par édit, selon sont en jeu l'intérêt général ou des intérêts situés géographiquement, sans identification personnelle obligatoire des destinataires, qui peuvent être désignés en tant que titulaires de droits mentionnés, et par référence à l'action en cause, à l'identification d'au moins du premier auteur, quand il y en a plusieurs, de la partie défenderesse, et mention assez claire de la demande et de la cause de l'action.

3. Quand il n'est pas possible d'identifier les titulaires, la citation prévue à l'alinéa précédent est faite par référence à leur univers, déterminée à partir des circonstances ou de la qualité qui est commune à eux, de la zone géographique dans laquelle ils résident ou du groupe ou communauté qu'ils intègrent, en tout cas, n'importe quelle identification a été faite par l'auteur de la demande, et suivie par les autres informations mentionnées dans le paragraphe précédent.

4. La représentation visée au paragraphe 1 est encore susceptible de refus par le représenté, parmi une déclaration expresse, jusqu'à la fin de la production des éléments de preuve ou à un stade processuel équivalent ».

Il faut également préciser qu'en matière de force de la chose jugée en cas d'un résultat négatif pour la défense, il est prévu que si la personne ne s'exclut pas, la décision est obligatoire pour elle aussi.

<sup>62</sup> Expression de l'article 66 de la Constitution.

<sup>63</sup> Article 10, Loi 35/98 du 18 juillet 1998, telle que modifiée en 2014 par la loi 82-D/2014, du 31 décembre 2014.

île, *Ilha do Farol Nascente*, qui avait été désignée zone de conservation de la nature. La démolition des maisons illégalement bâties dans l'île avait, sur ce fondement, été décidée et l'entreprise allait commencer les démolitions, quand les autorités municipales ont décidé de saisir le tribunal afin de faire suspendre la destruction des maisons. En première instance, le tribunal a statué en faveur de la municipalité. La société a alors fait appel devant la cour supérieure, ce à quoi la municipalité a répondu en avançant l'argument du manque de statut de l'entreprise pour défendre l'environnement, du fait qu'elle ne figurait pas sur le registre national des organisations environnementales non gouvernementales. La Cour suprême a néanmoins déclaré que ni la Constitution ni la loi n'exigeait un tel enregistrement et que, par conséquent, l'interprétation du tribunal de première instance était inconstitutionnelle. Un cas similaire a été jugé dans le même sens, qui concernait une décision relative à la construction d'une route impliquant la destruction de chênes-liège, décision à laquelle s'opposait une ONGE. La Cour administrative centrale du Sud décida, en juin 2015, que la seule existence de l'ONGE était suffisante pour lui permettre d'avoir la qualité juridique pour agir (malgré cela, les arguments au fond n'ont pas été accueillis par le tribunal et la construction de la route a finalement eu lieu).

En bref, dans l'*actio popularis*, la légitimité procédurale cesse d'être mesurée d'une façon concrète et est appréciée en termes généraux et abstraits<sup>64</sup>.

### 3.1.2. Est-ce la communauté qui crée l'intérêt diffus ou l'intérêt diffus qui crée la communauté ?

Une question revient régulièrement dans les travaux concernant le rôle que joue la détermination d'un lien spécifique entre une ressource et un groupe : tout le monde est-il véritablement admis à porter l'action en justice dès lors que l'intérêt environnemental ou culturel est établi ou faut-il néanmoins attester d'un lien avec la ressource en question ? La communauté devance-t-elle l'action en justice ou est-elle créée par l'action en justice ? On peut répondre, d'un côté, que la majorité des actions en défense d'un intérêt diffus sont portées, au Portugal, par des associations, soit des groupes d'individus. Dans ce sens, la communauté préexiste et s'est constituée autour d'un intérêt diffus. Mais, d'un autre côté, rien n'empêche un individu de porter seul une action et que la communauté se rende visible par la suite, quand d'autres viennent le rejoindre. Dans ce cas, la communauté se rend visible par l'action en justice. Un exemple est parlant à cet égard : un gardien de prison avait dénoncé la pollution subie par un fleuve à proximité de la prison ; les propriétaires de l'usine ont alors intenté une action en justice contre lui, déclenchant l'apparition d'une communauté de défense *ex post*.

### 3.2. La typologie des actions populaires en défense des intérêts diffus

L'article 52 n° 3 de la Constitution ne précise pas les différents effets des actions populaires. Il ne fait mention expresse que du droit de réclamer des dommages :

« Chacun a, personnellement ou par l'intermédiaire des associations pour la défense des intérêts en jeu, le droit d'action populaire en conformité avec la loi, y compris le droit de demander une compensation appropriée pour la partie lésée (...) ».

Plus précise est la loi-cadre sur l'environnement du 14 avril 2014, qui énonce que :

« Toute personne a droit à une protection complète et effective de ses droits et de ses intérêts légalement protégés dans l'environnement »<sup>65</sup>.

et qu'en termes de droits environnementaux procéduraux, la protection de l'environnement devant les tribunaux comprend :

« a) Le droit d'action pour la défense des droits subjectifs et des intérêts juridiquement protégés, ainsi que le droit d'action publique et d'*actio popularis* ;

<sup>64</sup> R. de ANDRADE, *O Direito de Acção Popular no Contencioso Administrativo Português*, Coimbra editora, Coimbra, 1967, p. 3.

<sup>65</sup> Article 7, loi 19/2014 du 14 avril 2014.

- b) Le droit de promouvoir la prévention, la cessation et la réparation des violations des biens et valeurs environnementaux le plus rapidement possible ;
- c) Le droit de demander la cessation immédiate de l'activité causant une menace ou un dommage à l'environnement ainsi que le rétablissement de la situation antérieure et le paiement de l'indemnisation respective, en vertu de la loi »<sup>66</sup>.

De son côté, la loi sur les ONGE va plus loin dans la description des types d'actions qui peuvent être exercées par ces acteurs :

« Les ONGE, indépendamment d'avoir ou non un intérêt direct dans la revendication, ont la légitimité pour proposer des actions.

- a) proposer des actions en justice nécessaires à la prévention, la correction, la suspension et la cessation des actes ou omissions d'entités publiques ou privées qui sont ou pourraient être une cause de dégradation de l'environnement ;
- b) engager, en vertu de la loi, des actions en justice pour faire respecter la responsabilité civile à l'égard des actes et omissions mentionnés au paragraphe ci-dessus ;
- c) contester les actes et les règlements administratifs qui violent les dispositions légales qui protègent l'environnement ;
- d) déposer une plainte ou une accusation ou agir dans la qualité de parties civiles dans des procédures pénales pour crimes contre l'environnement et suivre les procédures d'infraction administrative, à sa demande, de soumettre des notes, des avis techniques, des suggestions d'examen ou d'autres preuves jusqu'à ce que le processus est prêt pour la décision finale »<sup>67</sup>.

Enfin, la loi sur l'*actio popularis* précise que les titulaires du droit d'action populaire peuvent agir en justice sous n'importe quelle forme, que l'action soit civile, administrative ou pénale ; qu'il est toujours possible de se joindre à la procédure d'*actio popularis* en cours de route et, ce, dans le cadre de toutes les procédures civiles, pénales et administratives. Le Code de procédure civile<sup>68</sup> réaffirme quant à lui la capacité judiciaire des citoyens, des associations et fondations défendant les intérêts en jeu<sup>69</sup>, ainsi que des autorités locales et du ministère public, à défendre des intérêts diffus.

Les actions en défense de l'intérêt diffus peuvent donc se tenir devant toute juridiction.

Quant aux décisions qui peuvent en découler, elles sont également très largement admises : elles peuvent prendre la forme d'injonctions, de processus déclaratifs et d'actions à exécuter, conformément au Code de procédure civile. Bien plus, sur le fondement de la loi sur la responsabilité environnementale, les citoyens ou les ONGE peuvent demander, lors d'une action civile pour dommages, la restauration de l'environnement<sup>70</sup>. Il faut à cet égard noter que, en cas d'attribution de dommages et intérêts, ces derniers ne seront pas versés à l'association qui a porté l'*actio popularis*, mais à la personne ayant la mission et la compétence pour mettre en œuvre la compensation écologique. Mais normalement, les associations, qui agissent en justice et procèdent à des compensations, travaillent ensemble sur le fondement d'accords extra-judiciaires. Quoi qu'il en soit, il est nécessaire d'opérer une distinction entre le titulaire de l'action et le bénéficiaire de l'indemnité éventuellement obtenue au titre d'un préjudice écologique : une association peut être le demandeur, mais elle ne recevra pas de somme d'argent si elle n'est pas capable de remettre en état les lieux protégés.

<sup>66</sup> Article 7 n.2 de la Loi cadre de l'environnement, la Loi 19/2014 du 14 avril.

<sup>67</sup> Article 10 sur la légitimité procédurale des ONGE, de la Loi 35/98 du 18 juillet modifiée en 2014 par la Loi 82-D/2014, du 31 Décembre.

<sup>68</sup> Article 31 du Code, approuvé par la Loi 41/2013, du 26 juin, et modifié cinq fois, la dernière en Décembre 2017, par la Loi 114/2017.

<sup>69</sup> La Loi répète la Constitution quant aux intérêts en jeu : la santé publique, l'environnement, la qualité de vie, le patrimoine culturel et le domaine public, ainsi que pour la protection des consommateurs de biens et services (article 31 du Code).

<sup>70</sup> Articles 15 et 16 du Décret-loi 147/2008 du 29 juillet, modifié quatre fois, la dernière en 2016.

Enfin, les mesures de restauration appropriées doivent être approuvées par les autorités compétentes, après avoir entendu toutes les parties prenantes, notamment les propriétaires des biens où les mesures de restauration seront mises en œuvre<sup>71</sup>. Celui qui est reconnu responsable du dommage a 10 jours pour préparer un plan de restauration<sup>72</sup> comprenant les mesures de restauration primaire, les mesures de restauration complémentaires et les mesures compensatoires de restauration<sup>73</sup> et pour le soumettre aux autorités compétentes. Si une restauration complète est possible, les victimes (citoyens ou ONGE) ne peuvent pas réclamer d'autres dommages : il y a interdiction de « double restauration »<sup>74</sup>. Cependant, toute action en réparation intentée contre celui qui cause le dommage ne l'exonère pas du devoir de restaurer complètement l'environnement endommagé. En outre, la priorité doit être accordée aux mesures de régénération naturelle<sup>75</sup>, et en particulier à celles qui visent à éliminer les risques pour la santé humaine<sup>76</sup>.

Ce n'est que lorsque les mesures de restauration prises ne suffisent pas à restaurer l'environnement dans son intégralité et/ou s'il y a eu des coûts pour la victime ou les ONGE, qu'il peut y avoir d'autres demandes d'indemnisation. Dans ce cas, en plus de couvrir des frais de nettoyage ou de contenir les dommages, l'indemnisation peut couvrir les dommages moraux selon les termes généraux de la loi, c'est-à-dire l'article 496 du Code civil.

Devant les juridictions administratives, c'est le code des procès devant les tribunaux administratifs<sup>77</sup> qui s'applique : il réaffirme le droit constitutionnel à une protection juridictionnelle effective en précisant que « le principe de la protection juridictionnelle effective inclut le droit d'obtenir, dans un délai raisonnable, une décision judiciaire, avec *res judicata*, pour chaque demande régulièrement présentée, et la possibilité d'obtenir des mesures provisoires, qu'elles soient anticipatoires ou conservatoires, pour assurer l'effet utile de la décision »<sup>78</sup>. De plus, tout droit ou intérêt juridiquement protégé doit correspondre à une protection adéquate devant les juridictions administratives, ce qui donne au juge un pouvoir très large pour la protection des droits et intérêts<sup>79</sup>.

<sup>71</sup> Article 16 n.2 du Décret-loi 147/2008 du 29 juillet.

<sup>72</sup> Article 16 n.1 du Décret-loi 147/2008 du 29 juillet. « Mesure de restauration » signifie toute action ou ensemble d'actions, y compris les mesures provisoires, visant à restaurer, réhabiliter ou remplacer les ressources naturelles endommagées ou fournir une alternative à ces ressources ou services (Article 11 n.1).

<sup>73</sup> Annexe 5 du Décret-loi 147/2008 du 29 juillet.

<sup>74</sup> Article 10 n.1 du Décret-loi 147/2008 du 29 juillet.

<sup>75</sup> Bien sûr, la régénération naturelle peut être un processus très long. Pendant que les mesures de régénération naturelle ne produisent pas les effets désirés, le responsable peut être obligé d'adopter des mesures de « réparation compensatoire », c'est-à-dire, toute action visant à compenser les pertes transitoires de ressources naturelles ou de services vérifiées à partir de la date de survenance du dommage jusqu'à ce que la réparation primaire ait pleinement atteint ses effets (annexe 5 c).

<sup>76</sup> Article 16 n.3 du Décret-loi 147/2008 du 29 juillet.

<sup>77</sup> Loi 15/2002 du 22 Février, modifié quatre fois, la dernière en 2015.

<sup>78</sup> Article 2 du Code.

<sup>79</sup> L'article 2 n.2 contient une liste non exhaustive de dix-sept exemples :

- a) L'annulation ou la déclaration de nullité ou d'inexistence d'actes administratifs ;
- b) La condamnation à la pratique des actes dus, dans les termes de la loi ou du lien contractuellement assumé ;
- c) Condamnation pour non-délivrance d'actes administratifs, dans les conditions prévues dans le présent Code ;
- d) La déclaration d'illégalité des normes émises en vertu de dispositions de droit administratif ;
- e) La condamnation à l'émission de normes dues en vertu de dispositions de droit administratif ;
- f) La reconnaissance de situations juridiques subjectives découlant directement de normes juridiques-administratives ou d'actes juridiques pratiqués en vertu de dispositions de droit administratif ;
- g) La reconnaissance des qualités ou l'accomplissement des conditions ;
- h) La condamnation à l'adoption ou à l'abstention de comportements, par l'Administration Publique ou par des individus ;
- i) La condamnation de l'Administration à l'adoption du comportement nécessaire à la réintégration de droits ou d'intérêts violés, y compris dans des situations de fait, sans titre légitime ;
- j) La condamnation de l'Administration au respect des obligations de fournir découlant directement des normes juridico-administratives et n'impliquant pas la délivrance d'un acte administratif susceptible d'être contesté, ou constitué par des actes juridiques régis par des dispositions de droit administratif, et peut être soumis au paiement d'une somme, à la livraison d'une chose ou à la fourniture d'un fait ;
- k) La condamnation à la réparation des dommages causés par les personnes morales ou les titulaires de ses organes ou leurs travailleurs dans des fonctions publiques ;
- l) Examen des questions relatives à l'interprétation, la validité ou l'exécution des contrats ;
- m) La restitution de l'enrichissement sans cause, y compris le remboursement d'un paiement indu ;

Devant les juridictions pénales, les titulaires du droit d'*actio popularis* ont le droit de dénoncer, de porter plainte ou de faire rapport au Procureur ainsi que le droit d'agir en tant que parties privées (« assistants ») dans des affaires pénales<sup>80</sup>. Ces « assistants » coopèrent ainsi avec le Procureur et leur rôle est devenu crucial pour le jugement de crimes « privés »<sup>81</sup>. Dans les crimes publics, tels que les dommages contre la nature<sup>82</sup> ou la pollution causant de graves dommages<sup>83</sup>, les « assistants » ont le droit d' :

- a) intervenir dans l'enquête et l'instruction, présentant des preuves et exigeant les initiatives jugées nécessaires et connaître les ordres versant sur telles initiatives ;
- b) présenter des accusations indépendamment du Procureur et, dans les procédures dépendantes d'accusation particulière, même si le Procureur n'a pas accusé ;
- c) De faire appel des décisions dont ils sont affectés, même si le Procureur ne l'a pas fait, en ayant, à cet effet, d'accès à des éléments procéduraux essentiels, sans préjudice du régime applicable au secret de la justice<sup>84</sup>. »

### 3.3. Le sort des frais de justice dans les actions populaires en défense des intérêts diffus

Le principe de base de l'accès à la justice est énoncé dans la Constitution :

« L'accès au droit et à la justice est assuré à tous les citoyens pour la défense de leurs droits et de leurs intérêts protégés par la loi. Il ne peut leur être dénié pour insuffisance de ressources »<sup>85</sup>.

Par ailleurs, au Portugal, le principe du perdant-payeur s'applique en tant que règle générale.

Mais, l'un des grands avantages de l'*actio popularis* tient au système relatif aux frais : en principe il n'y a pas de frais de justice à supporter par le titulaire de l'action populaire.

En détail, la loi relative à l'action populaire dispose que :

1. L'exercice du droit d'action populaire ne requiert pas le paiement de frais de justice initiaux.
2. L'auteur est exonéré du paiement de frais en cas de concession partielle de la demande.
3. En cas de perte totale, l'auteur sera condamné à payer la somme fixée par le juge entre un dixième et la moitié des coûts qui seraient normalement payables, en tenant compte la situation économique de l'auteur et la raison formelle ou matérielle du rejet.
4. Le contentieux de mauvaise foi est régi par la loi générale.
5. La responsabilité pour frais de justice de tous les auteurs intervenants est solidaire, dans les termes généraux »<sup>86</sup>.

---

n) L'injonction de l'Administration pour fournir des informations, permettre la consultation de documents ou passer des certificats ;

o) L'injonction pour la protection des droits, libertés et garanties ;

p) L'extension des effets des jugements ;

q) L'adoption de mesures de précaution appropriées pour assurer l'efficacité des décisions à prendre dans un processus déclaratoire.

<sup>80</sup> Article 25 de la Loi d'action populaire.

<sup>81</sup> Selon le Code de Procédure Pénale, dans les crimes « privés », les poursuites pénales dépendent de plainte et d'accusation de la victime du crime (article 50 du Décret-loi 78/87 du 17 février, modifié trente fois, la dernière en 2018). Pour les crimes environnementaux qui sont des "crimes publics", les poursuites ne dépendent pas d'accusation privée.

<sup>82</sup> Article 278 du Code Pénal approuvé par le Décret-loi 48/95, du 15 Mars, modifié quarante-deux fois, la dernière en 2018.

<sup>83</sup> Article 279 du Code Pénal.

<sup>84</sup> Article 69 du Code de Procédure Pénale.

<sup>85</sup> Article 20 n.1 de la Constitution.

La loi consacrée au Règlement des frais de procédure est également claire :

« Toute personne, fondation ou association exerçant le droit d'*actio popularis* en vertu du paragraphe 3 de l'article 52 de la Constitution portugaise et la législation ordinaire prévoyant ou réglementant l'exercice d'une action populaire » est exempté de frais<sup>87</sup>.

Cependant, la seule exception tient en une demande « manifestement non fondée »<sup>88</sup>. Elle peut ouvrir à des difficultés. En effet, même si la demande n'est pas « manifestement non fondée », il existe un risque de « *Strategic Lawsuit Against Public Participation* » (SLAPP), litiges stratégiques destinés à intimider ou bloquer l'action des ONGE. Ce n'est ainsi pas rare que des ONGE soient ciblés par des demandes reconventionnelles réclamant des compensations fondées sur l'argument selon lequel elles sont des « plaideurs de mauvaise foi » présentant des prétentions dont elles ne pouvaient ignorer le manque de fondement<sup>89</sup>.

Pour échapper à ces risques, les ONGE existantes créent de nouvelles associations *ad hoc* avec des objectifs plus spécifiques, comme la lutte contre certaines activités ou certains projets. Elles le font notamment quand elles engagent des poursuites judiciaires contre un opérateur d'envergure ou l'Administration<sup>90</sup>. Pour ces ONGE constituées expressément pour plaider en défense de l'environnement, n'avoir aucun actif patrimonial constitue alors un avantage en cas de perte du procès. Mais cela n'est possible que grâce au concept juridique d'intérêts diffus et au régime juridique de l'action populaire.

Bien sûr, pour éviter les abus du droit d'accès à la justice, le juge peut rejeter la requête lorsqu'il « estime que le mérite de la demande est manifestement improbable, après avoir entendu le procureur et mené l'enquête préliminaire que le juge considère justifiée ou que l'auteur ou les procureurs requièrent »<sup>91</sup>.

#### **4. Raison d'être de l'institution des intérêts diffus et de l'action populaire : crise de représentation et défense des choses communes**

##### **4.1. Crise de représentation et rééquilibrage du système judiciaire**

L'institut juridique des intérêts diffus est, tout d'abord, la réponse à une crise de représentation juridique de certains intérêts essentiels par l'État<sup>92</sup>. Au Portugal, après une longue dictature, la méfiance vis-à-vis de l'État a expliqué la nécessité de trouver de nouvelles formes de protection des choses communes.

En effet, bien que l'État ait le devoir constitutionnel de protéger les choses communes ou les intérêts environnementaux<sup>93</sup> et que le ministère public soit le porte-parole des intérêts diffus<sup>94</sup>, la pratique a démontré l'incapacité de l'État social à protéger efficacement les nouveaux droits et à pacifier les conflits sociaux. L'atlas de

<sup>86</sup> Article 20, loi sur l'action populaire.

<sup>87</sup> Article 4 b), Règlement relatif aux frais de procédure, établi par le Décret-loi 34/2008 du 26 février 2008 (modifié onze fois, dont la dernière en 2016). Par exemple, une mesure provisoire coûterait 300 ou 800 euros (selon que la valeur de l'action sera inférieure ou supérieure à 300 000 euros). En cas d'injonction extrêmement complexe, le coût peut passer de 900 € (minimum) à 2000 € (maximum).

<sup>88</sup> Article 4 n.5, Règlement préc.

<sup>89</sup> Article 456, Règlement préc., responsabilité en cas de mauvaise foi.

<sup>90</sup> C'est le cas de la Plateforme « Algarve Libre du Pétrole », qui associe 19 ONGE (<https://www.palp.pt/>) ou de la Plateforme « Sauver le Tua », associant 10 ONGE n(<http://www.salvarotua.org/pt/>).

<sup>91</sup> Article 13 de la Loi d'action populaire.

<sup>92</sup> Luis filipe Colaço Antunes, « Colocação Institucional, Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos e 'Acção popular de Massas' », *Textos Ambiente*, Centro de Estudos judiciários, Lisboa, 1994, p. 93.

<sup>93</sup> En ce qui concerne l'environnement, L'État a la mission fondamentale de « promouvoir (...) la réalisation des droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux (...) » et le devoir de « protéger et promouvoir le patrimoine culturel du peuple portugais, la protection de la nature et de l'environnement, préserver les ressources naturelles et assurer une bonne planification » (article 9 alinéa e) de la Constitution).

<sup>94</sup> Selon le statut du Ministère Public « Il incombe au Ministère Public : (...) prendre en charge comme prévu par la loi, la défense des intérêts collectives et diffuses » (article 3 e) de la Loi n. 47/86, version actuelle).



la justice montre que la conflictualité environnementale est bien présente dans le territoire<sup>95</sup>, sans toujours trouver de solutions.

L'émergence de l'intérêt diffus répond donc à l'aspiration à un mécanisme plus efficace d'activation des tribunaux pour la protection des valeurs sociales les plus élevées. De nouvelles formes de revendication collective se sont élevées, l'État n'étant plus le seul à défendre les intérêts dépassant le cadre individuel. La doctrine des intérêts diffus, associée à l'action populaire en matière d'environnement, est ainsi venue répondre à une demande de justice sociale dans l'accès au droit.

La demande était d'autant plus pressante que le dommage environnemental, s'il peut être individuel, apparaît de plus en plus sous la forme de la dégradation de l'environnement lui-même. Ce préjudice total, plus grave qu'une simple addition des dommages singuliers, ainsi que plus complexe (dimensions patrimoniales et immatérielles, présentes et futures) en a appelé à des formes de représentation et d'actions adaptées.

Celles-ci ont en outre pallié l'inertie de l'action individuelle, expliquée par la faible valeur individuelle du dommage environnemental, ainsi que par les faibles avantages économiques de l'action<sup>96</sup>, mis en balance avec le coût des services de justice, les honoraires des avocats, la perte de journées de travail, etc. C'est l'autre raison de l'action populaire, celle de rééquilibrage du système. Il est en effet ressorti que ne pas reconnaître le droit pour les individus, en tant que porteurs des intérêts de la collectivité, d'exercer des actions devant les tribunaux au nom et dans l'intérêt de tous, revenait à accepter un accès à la justice élitiste et injuste. De là la nécessité d'un traitement plus favorable pour les rares personnes montrant des motivations altruistes pour affronter en justice les pollueurs, réponse aux déséquilibres du système existant (traditionnellement le pollueur, disposant d'un pouvoir économique, pouvant se targuer de créations d'emplois et du développement d'une région, plus équipé pour le système judiciaire car juridiquement conseillé au niveau le plus élevé, *versus* un ou quelques citoyens, disposant d'appuis judiciaires précaires, souvent constitués par des avocats *pro bono*, faisant appel à des témoins qui ont peur de parler, et subissant un risque sérieux de SLAPP). C'est, sinon, laisser perdurer un système d'accès à la justice où les décisions juridictionnelles ne reflètent pas suffisamment ni les arguments ni les points de vue des victimes. C'est pourquoi la représentation conjointe de tous les titulaires d'un intérêt par un seul acteur judiciaire n'est que le premier pas. Il faut rééquilibrer les pouvoirs relatifs des parties, ce que permet l'exemption de frais<sup>97</sup>, la collecte facilitée de preuves<sup>98</sup>, la suspension exceptionnelle de l'efficacité des actes<sup>99</sup>. La possibilité de substituer le procureur<sup>100</sup> au demandeur à l'action populaire en cas de désistement pendant l'affaire, créée en 2015, est également un apport en ce sens.

Enfin, cela est d'autant plus important que les conflits environnementaux reflètent très souvent des controverses sur des *valeurs, idées et options idéologiques*<sup>101</sup> plutôt que des discussions techniques sur les avantages des fondements du demandeur ou les inconvénients de ceux du défendeur. Ce sont des conflits dont la résolution ne découle pas

<sup>95</sup> « L'Atlas de la justice environnementale est une ressource d'enseignement, de réseautage et de promotion. Les stratèges, les activistes, les universitaires et les enseignants trouveront de nombreux usages pour la base de données, ainsi que les citoyens qui veulent en savoir plus sur les conflits souvent invisibles qui se déroulent » <https://ejatlas.org/>.

<sup>96</sup> Miguel Teixeira de Sousa analyse en détail les justifications économiques pour les procès collectives comme l'*actio popularis* (*A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lex, Lisboa, 2003, p. 94 et s.).

<sup>97</sup> Article 20, loi sur l'action populaire :

« 1 - Pour l'exercice du droit d'action populaire, aucun paiement initial n'est requis.

2 - L'auteur est exempté du paiement des frais dans le cas où il gagne même partiellement la demande.

3 - En cas de perte totale de la demande, l'auteur intervenant est condamné à un montant à fixer par le juge entre un dixième et la moitié des frais qui seraient normalement dus, compte tenu de sa situation économique et du motif formel ou substantiel de la perte ».

<sup>98</sup> Article 17, loi sur l'action populaire : « dans l'action populaire et dans le contexte des questions fondamentales définies par les parties, le juge a l'initiative de collecter des preuves, sans aucun lien avec l'initiative des parties »

<sup>99</sup> Article 18 loi sur l'action populaire : « Même si un recours particulier n'a pas d'effet suspensif, en termes généraux, le juge, dans une action populaire, peut lui donner cet effet, afin d'éviter un préjudice irréparable ou une réparation difficile ».

<sup>100</sup> Article 18 loi sur l'action populaire, v. Procureur : « Dans le cadre des actions populaires, le ministère public détient la légitimité et les pouvoirs de représentation et d'intervention procédurale conférés par la loi, et peut se substituer au demandeur en cas de désistement, ainsi qu'en cas de transaction ou conduite préjudiciable aux intérêts en cause ».

<sup>101</sup> R. C. MANCUSO, *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 120.

seulement de choix juridiques, mais aussi d'options politiques. C'est pourquoi les mécanismes de défense des intérêts diffus sont également appelés *actions idéologiques*<sup>102</sup>.

#### 4.2. Défense des choses communes ou du patrimoine commun environnemental

Par ailleurs, l'environnement est souvent caractérisé comme un patrimoine commun universel<sup>103</sup>. Il n'appartient ni à un individu, ni à une association, ni au gouvernement<sup>104</sup>. Dès lors, les atteintes contre ce patrimoine affectent l'ensemble des individus et se font sentir à court et à long terme en affectant, dans la durée, les générations présentes et les futures. Les intérêts envers lui sont donc « diffus » parce que les intérêts que lui portent les sujets juridiques ne sont pas limités dans l'espace ou dans le temps. L'air pur, l'eau propre, le silence, la diversité biologique, intéressent une pluralité d'individus, voire toute la communauté mondiale, présente et future. Les droits et intérêts sur les éléments environnementaux sont ainsi indivisibles : la division en des *actions* ou *quotas* attribuables à des individus ou des groupes n'est pas envisageable. Les droits et intérêts de chaque membre du groupe sont tellement interdépendants les uns des autres que, pour satisfaire l'intérêt d'un membre, il faut satisfaire tous les autres. De même, lorsque l'intérêt d'un membre est lésé, tous les autres le sont également<sup>105</sup>.

En droit Portugais, cette spécificité est reconnue. Il y a plus que des intérêts privés opposés aux intérêts publics. Une troisième catégorie intermédiaire est admise, celle des intérêts transindividuels<sup>106</sup>, qui a émergé il y a quarante ans, comme résultat d'un processus de « socialisation des intérêts »<sup>107</sup>. Ces intérêts transindividuels comprennent deux sous-catégories : les intérêts collectifs et les intérêts diffus.

Le tableau ci-dessous permet de visualiser plus clairement le positionnement relatif des différentes catégories :

---

<sup>102</sup> Dans les mots de A. P. GRINOVER, « Nouveaux groupes, nouvelles catégories, nouvelles classes d'individus, conscients de leur communion d'intérêts, de leur besoins et de leur faiblesse individuel, s'unissent contre les tyrannies de notre époque, laquelle n'est plus la tyrannie des gouvernants : c'est l'oppression des minorités, les intérêts des grandes groupes économiques, l'indifférence des pollueurs, l'inertie, l'incompétence ou la corruption des bureaucrates », (« Novas tendências na tutela Jurisdicional dos interesses difusos », *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, vol 13, n. 1/2 1984, p. 7).

<sup>103</sup> V. supra Section 1 ; M. S. GIANNINI, « La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi », *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova, 1976, *apud* O. DOMINGUES, « Intérêt Collectif et action en Justice en Matière d'environnement. Analyse Comparée France-Portugal », *Textos Ambiente e Consumo* Vol. III, Centro de Estudos judiciários, Lisboa, 1996, p. 306.

<sup>104</sup> A. GIDI, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 53

<sup>105</sup> A. GIDI, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 54 et 55. Dans le même sens, José Carlos Barbosa Moreira, *Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos*, Temas de Direito Processual, Terceira Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1984.

<sup>106</sup> Dans l'analyse, on met surtout l'accent sur le plan factuel, à savoir les intérêts, plutôt que sur le plan éthico-normatif, les droits. Il y a, quand même, une correspondance directe entre *intérêt* et *droit* permettant de parler aussi de « droits diffus ». Pour la distinction, v. par exemple A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des *droits* et des *intérêts* », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, tome 1, Dalloz et Sirey, Paris, 1971, p. 242.

<sup>107</sup> E. BRAGA BACAL PARLE fait le rapport entre la massification de la société et l'importance croissante des intérêts diffus (Acesso à Justiça e tutela dos interesses difusos, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Vol. V, janvier-juin de 2010 p. 261 et ss.).

Intérêts			
Individuels	Trans-individuels		Publics
	Collectifs	Diffus	
exercés individuellement	exercés collectivement		exercés publiquement
Réalisation de la micro-justice (contentieux de l'individu isolé)	Réalisation de la macro-justice (contentieux supra-individuel)		

La construction des intérêts transindividuels a eu comme objectif de légitimer les actions en justice des individus et des organisations sociales<sup>108</sup>.

Néanmoins, si la distinction entre les intérêts privés et les intérêts publics est assez claire, la différence entre les classifications intermédiaires, et notamment entre les intérêts collectifs, les intérêts diffus et les intérêts publics n'est pas si évidente<sup>109</sup>.

Ainsi, si l'on compare en premier lieu les intérêts collectifs et les intérêts diffus, on notera que les porteurs d'intérêts collectifs sont les membres d'un groupe non occasionnel, un groupe de personnes liées par un lien juridique stable<sup>110</sup>. Les titulaires des intérêts collectifs sont, par conséquent, déterminables dans la mesure où il y a un lien entre eux, ou encore un lien avec la partie adverse. Par exemple, ils sont membres d'un syndicat, actionnaires d'une société, contribuables du même impôt, contractants d'une agence d'assurances, étudiants d'une école. Ce sont donc des groupes délimités, qui peuvent être constitués en associations ou autres formes officielles, avec une dimension corporative. C'est le cas des associations civiques, des associations de voisinage, des coopératives de production, des syndicats de travailleurs, des partis politiques ou des abonnés de contrats collectifs. Il faut néanmoins souligner que dans les intérêts collectifs, l'intérêt du groupe ne se confond pas avec la somme des intérêts des membres du groupe, c'est-à-dire qu'il y a un « intérêt personnel » du groupe<sup>111</sup>. En revanche, les intérêts diffus concernent un groupe de personnes plus ou moins étendu, ayant un certain nombre de caractéristiques communes, unies par un intérêt commun et partageant une communion de fait dans la jouissance du bien. Mais les titulaires des intérêts diffus sont indéterminés (et dans la plupart des cas, indéterminables), unis à peine par des circonstances de fait (et non par un rapport juridique) : par exemple habiter la même région, utiliser le même parc, aimer les oiseaux, vivre dans les mêmes conditions socio-économiques. Dans les intérêts diffus, il n'y a donc pas de lien juridique entre les individus, ou avec la partie adverse. Ce sont des groupes plus vastes, potentiellement toute l'humanité. Ce sont des intérêts sans porteur défini et le titulaire des intérêts diffus est la communauté et non l'individu.

Si on considère en second lieu, les intérêts diffus et les intérêts publics, spécialement dans un contexte environnemental, on doit estimer que les intérêts diffus concernent les individus et toute la collectivité tandis que les intérêts publics, l'État. Les victimes des préjudices aux intérêts privés sont les titulaires de droits subjectifs ; aux intérêts publics, l'État et ses citoyens ; aux intérêts diffus, l'ensemble d'une communauté qui peut être l'ensemble des êtres humains. Alors que la protection juridique des intérêts privés vise à faire respecter les droits subjectifs du titulaire, celle des intérêts publics vise à faire respecter le droit, tandis que la protection juridique des intérêts diffus

<sup>108</sup> Pour une perspective mondiale des actions collectives ou de groupe, dans la défense des intérêts collectifs, v. P. G. KARLSGODT (ed.), *World Class Actions. A Guide to Group and representative Actions Around the Globe*, Oxford University Press, 2012.

<sup>109</sup> R. C. MANCUSO, in *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 75 soutient que les intérêts diffus concernent « la nation ».

<sup>110</sup> L. F. COLAÇO ANTUNES, "Reconstituição Histórica da Tutela dos Interesses Difusos", *O Sagrado e o Profano*, Homenagem a A. J. S. da Silva Dias, *Revista de História e Teoria das Ideias*, Faculdade de Letras, Coimbra, 1987.

<sup>111</sup> R. CAMARGO MANCUSO, *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 46.

aspire à réaliser la justice<sup>112</sup>. Sur le plan de la pratique, il n'est cependant pas facile de faire une différence, surtout en ce qui concerne les intérêts environnementaux, entre ceux publics et ceux diffus. Mais d'une part, les porteurs diffèrent : les intérêts publics seront défendus devant le juge, en régime de monopole, par des personnes publiques (collectivités territoriales, État, entités administratives, etc.) : ceux diffus, par chaque individu, ou des associations, au nom de tous et au bénéfice de la communauté. D'autre part, pour savoir si est en jeu un intérêt public ou un intérêt diffus, il faut évaluer la portée du dommage ou l'importance du danger pour l'environnement<sup>113</sup> : un dommage très grave ou un danger très élevé configurent une atteinte à l'intérêt public environnemental ; l'État doit initier une action pour la protection de l'environnement (soit matérielle, soit de police, soit en justice), sous peine de manquer au respect de l'impératif constitutionnel de garantie de l'environnement et des conditions de vie (voire d'être reconnu responsable<sup>114</sup>). En revanche, le titulaire de l'action populaire a le droit d'accès à la justice même quand le dommage ou le risque est moins important. Évidemment, l'argument *a maiori ad minus* justifie qu'aux porteurs d'intérêts diffus soit reconnue légitimité pour saisir un tribunal quand le dommage ou le danger sont sérieux.

## Conclusion

Même si l'État portugais a le devoir constitutionnel de protéger l'environnement, et malgré le rôle assigné au procureur, il s'est avéré incapable de résoudre les conflits environnementaux. Le résultat a été l'émergence d'actions populaires pour la protection des intérêts diffus, en tant que réponse à l'incapacité des autorités publiques à protéger efficacement l'environnement. Ces intérêts se sont associés l'*actio popularis*, le procès judiciaire devenant un instrument au service de la paix sociale<sup>115</sup>, un instrument ayant comme objectif majeur l'élargissement des opportunités de réalisations de la macro-justice environnementale.

La générosité du régime d'*actio popularis*, qui permet la représentation par des personnes diverses des intérêts diffus devant le juge, constitue l'aboutissement des niveaux les plus élevés de justice sociale et de protection de l'environnement. Ce sont les instruments juridiques de la durabilité.

Néanmoins, il faut préciser que, dans la pratique, cette action n'est pas aussi utilisée qu'elle pourrait l'être. Les ONG portugaises nourrissent une grande défiance envers la justice, perçue comme trop lente et inefficace. Par exemple, il est possible d'attendre 2 ans pour obtenir une mesure provisoire<sup>116</sup>. C'est pourquoi les associations préfèrent adopter d'autres stratégies : mobilisation citoyenne, réseaux sociaux, ou même intervention, via l'expertise scientifique que certaines ONG ont acquise, dans des procédures administratives ou d'autres actions en justice. Elles craignent également les risques de *Strategic Lawsuit Against Public Participation* (les associations préfèrent d'ailleurs pour cette raison agir contre des personnes publiques plutôt que contre des personnes privées).

---

<sup>112</sup> R. C. MANCUSO, *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 75.

<sup>113</sup> Pour l'appréciation de la gravité du dommage, v. les critères de la Directive 2014/52/UE du 16 avril 2014 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement : l'ampleur et l'étendue spatiale de l'impact ; la nature de l'impact ; l'intensité et la complexité de l'impact ; la probabilité de l'impact ; le début, la durée, la fréquence et la réversibilité attendus de l'impact ; le cumul de l'impact avec celui d'autres projets existants et/ou approuvés ; la possibilité de réduire l'impact de manière efficace, etc. (Annexe III 3).

<sup>114</sup> Régi par la loi 67/2007 du 31 décembre 2007.

<sup>115</sup> A. C. de ARAÚJO CINTRA, A. PELLEGRINI GRINOVER, C. R. DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, Malheiros Editores, São Paulo, 1997, p. 41.

<sup>116</sup> Cf. EU Justice Scoreboard qui compare la performance perçue des systèmes judiciaires dans l'UE : [https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/effective-justice/eu-justice-scoreboard\\_en](https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/effective-justice/eu-justice-scoreboard_en) (dernier accès 11 juillet 2018).

## LEÇON DE DROIT COMPARE N°6 :

La reconnaissance de l'intérêt commun en rapport avec les droits FONDAMENTAUX AU SEIN DES BENI COMUNI EN ITALIE<sup>279</sup>**1. « Beni comuni » : la multiplicité des approches italiennes**

En Italie, depuis quelques années, la notion de « *beni comuni* » est mobilisée dans le débat juridique, notamment en droit privé. Les approches doctrinales en sont multiples : les juristes utilisent la notion de « *beni comuni* » d'une manière qui n'est pas unitaire, tant en ce qui concerne les objets d'étude que les approches suivies<sup>280</sup>. Une classification des approches peut néanmoins être proposée, sans occulter le fait que les différentes approches utilisées le sont généralement sans logique apparente.

Ainsi, dans une première approche, c'est le concept économique de biens communs qui se trouve utilisé, notamment dans un courant d'analyse économique du droit<sup>281</sup>.

Une deuxième approche reflète, quant à elle, une perspective critique de transformation radicale du système existant à travers la diffusion d'une logique de « commun », déclinée différemment chez les auteurs<sup>282</sup>.

Une dernière approche cherche quant à elle à construire une notion juridique de « *beni comuni* », que ce soit en ayant recours à l'histoire – celles des propriétés collectives et du phénomène des *enclosures*<sup>283</sup> – ou en jetant les bases de la construction d'une notion juridique de « *beni comuni* » actuelle<sup>284</sup>, propre à fonctionner dans la pratique juridique d'aujourd'hui. Les perspectives et les outils techniques utilisés à cette fin sont pluriels. Les recherches portent, dans une première direction, sur la possibilité de construire des modes de gestion des ressources qui ne se fondent pas (uniquement) sur le marché concurrentiel<sup>285</sup> et, en ce qui concerne les biens publics, sur le rapport entre collectivité et personne public. Pour cela, elles s'appuient sur le principe de subsidiarité (article 118 de la Constitution italienne)<sup>286</sup> ou réfléchissent à une gestion démocratique des biens<sup>287</sup>. Par ailleurs, plusieurs études portent sur le rôle de la communauté<sup>288</sup>. Dans une

<sup>279</sup> Rédactrice : Chiara ANGIOLINI.

<sup>280</sup> Sur les divers usages du terme, v. F. CORTESE, *Che cosa sono i beni comuni?*, in M. BOMBARDELLI (dir.), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione. Quaderni della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Trento*, n. 23, 2016, p. 38. Sur la comparaison entre l'usage du terme dans le domaine du droit et dans celui de l'économie, A. MASSARUTTO, *Il dovere di avere doveri. I "beni comuni" e la "scienza triste"*, in "Ragion pratica", n. 2, 2013.

<sup>281</sup> M. GRANIERI *Analisi economica dei beni comuni: una rilettura critica e una proposta*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 3, 2013 ; G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le "tragedie dell'interesse comune"*, in *Annuario. Analisi economica e diritto amministrativo. Atti del Convegno annuale (Venezia, 28-29 settembre 2006)*, Milano, 2007.

<sup>282</sup> M. BARCELLONA, *La metafora dei "beni comuni": l'Impero, lo Stato e la democrazia nel tempo del capitalismo cognitivo*, in "Democrazia e diritto", n. 3, 2016 ; M. R. MARELLA, *La proprietà reconstruite: conflits sociaux et catégories juridiques*, in *Tracès. Revue de sciences humaines. Hors-série. Traduire et introduire*, 2016.

<sup>283</sup> V. MANNINO, *Le "bien commun": la fausse impasse du droit romain et du droit savant*, in J. de SAINT VICTOR, B. PARANCE (dir.), *Repenser les biens communs*, cit., pp. 35 ss. Dans une perspective critique de cette approche : R. FERRANTE, *La favola dei beni comuni, o la storia presa sul serio*, in "Ragion pratica", n. 2, 2013 ; M. FIORENTINI, *Note a margine alla Tavola Rotonda su 'Beni comuni e gestione dei servizi tra pubblico e privato'*, in P. FERRETTI, M. FIORENTINI, D. ROSSI (dir.), *Il governo del territorio nell'esperienza storico-giuridica*, Trieste, 2017.

<sup>284</sup> V. par exemple, D. FESTA, *Biens communs (mouvement social italien)*, in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, Paris, 2017, 107-111.

<sup>285</sup> L. NIVARRA *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, in M. R. MARELLA (dir.), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Vérone, 2012, p. 70 ; A. IULIANI *Prime riflessioni in tema di beni comuni* in "Europa e diritto privato", n. 2, 2012 p. 617 ; M. R. MARELLA, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in *Ead.* (dir.), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Vérone, 2012, p. 21 ; G. RESTA, *La privatizzazione della conoscenza, e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso 'Myriad Genetics'*, in « *Rivista Critica del Diritto Privato* », 2011, n° 2, p. 283.

<sup>286</sup> C. IAIONE, *Beni comuni e innovazione sociale*, in "Equilibri. Rivista per lo sviluppo sostenibile", n. 1, 2015, p. 60 ; C. IAIONE, G. ARENA (dir.), *L'Italia dei beni comuni*, Roma, 2012, p. 101.

<sup>287</sup> A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, n° 3, 2014, p. 18 ;

seconde direction, d'autres recherches tracent un lien, pour construire la notion de « *beni comuni* », entre le droit de biens et les droits fondamentaux. C'est la perspective la plus développée, qui est considérée comme « fonctionnelle » : elle met en avant, parmi les « fonctions » possibles des biens, celle consistant à permettre l'exercice des droits fondamentaux. Les études menées portent à la fois sur les biens publics et les biens privés, en mobilisant, d'un point de vue technique, soit les instruments de droit administratif, soit ceux de droit privé. Nous nous concentrerons, dans les lignes qui suivent, sur cette dernière approche des *beni comuni* et sur les biens privés tant cet objet d'étude est intéressant en ce qu'il met en rapport la propriété privée et les droits fondamentaux et ouvre à l'analyse de leur relation ; dans le même temps, il oblige à mettre à l'épreuve la possibilité que la communalité dépasse la *summa divisio* « propriété publique/propriété privée », en considérant les biens privés comme des biens qui peuvent être les objets d'intérêts de la collectivité.

## 2. Droits fondamentaux : la perspective italienne

L'étude des *Beni comuni* implique ainsi de cerner l'approche des droits fondamentaux qui a cours en Italie. Une présentation de la notion de « *beni comuni* » est en effet impossible si l'on ne considère pas les diverses notions sur lesquelles elle s'appuie, soit les divers courants de pensée qui traitent des rapports entre biens, droits exclusifs et droit fondamentaux, le tout en croisant les études sur les *res communes omnium*. De là la nécessité de synthétiser les approches théoriques qui ont analysé la relation entre droits fondamentaux et régimes des biens, d'un côté, mais également la fonction sociale de la propriété, d'un autre. Également, un parcours en jurisprudence et dans la législation sera utile, toujours pour comprendre le rapport entre droit fondamentaux et droit privé, entre normes constitutionnelles et propriété.

### 2.1. Droits fondamentaux, Constitution et droit privé

La Constitution italienne énonce, en son article 2 que :

« La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité, et exige l'accomplissement des devoirs de solidarité politique, économique et sociale auxquels il ne peut être dérogé ».

Son article 3 précise quant à lui que :

« Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales. Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays ».

Sur ces fondements, nombre d'études ont abordé l'analyse des rapports entre la Constitution et le droit privé<sup>289</sup>, au regard des droits fondamentaux. Les recherches ont ainsi porté sur la possibilité et

<sup>288</sup> M. R. MARELLA, *The common goods. A quest for another relation between people and things*, in A. CHAIGNEAU (dir.) *Fonctions de la propriété, et commun*, Paris, 2017.

<sup>289</sup> E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in "Rivista di Diritto Civile", n. 5, 2012. Sur la phase de « constitutionnalisation du droit privé », v. not. U. BRECCIA, *Problema Costituzionale e sistema privatistico*, in "Rivista critica del diritto privato", n. 4, 1984 ; G. LOMBARDI, *Potere Privato e diritti fondamentali*, Turin, 1970. Le thème a été étudié aussi récemment : M. R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in "Giustizia civile", n. 2, 1999, p. 3 ss.; C. FAVILLI, C. FUSARO, *The Protection of Constitutional Rights in the Private Sphere*, in D. OLIVER, J. FEDTKE *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study*, Routledge-Cavendish, 2007 ; A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in "La nuova giurisprudenza civile commentata", n. 1, 2016. Une

L'opportunité d'introduire la théorie allemande des « effets horizontaux » des droits fondamentaux (*Drittwirkung*<sup>290</sup>), directs ou indirects, et sur la construction analytique et méticuleuse des interprétations du droit positif aux fins de construire un système de protection civile des droits fondamentaux constitutionnellement protégés<sup>291</sup>. Plusieurs théories ont été tracées pour justifier l'application des droits fondamentaux dans le droit privé. Plus précisément, ces droits peuvent être considérés selon deux points de vue différents : soit comme intérêts de toute la collectivité, soit comme intérêts de chaque individu. Le premier met l'accent sur la protection des valeurs objectives que l'ordre juridique protège ; le second sur les prérogatives des individus.

### 2.1.1. La perspective de l'unité : les valeurs

Quoi qu'il en soit de ces différences d'approche, on peut lire dans chacune d'entre elles la défense des valeurs. Une partie de la doctrine considère ainsi que le caractère objectif des valeurs protégées par le texte constitutionnel est la pierre angulaire de l'application des droits fondamentaux dans le droit privé. Dans cette perspective, les droits fondamentaux sont considérés, en citant Giorgio Lombardi, comme des « valeurs absolues qui constituent la base d'un nouveau type de cohabitation politique, et donc doivent être considérés de manière unitaire : ils se dirigent soit vers l'État, soit vers les individus, dans le cadre de rapports réciproques qui caractérisent les relations entre les personnes dans le cadre de la société civile »<sup>292</sup>. La jurisprudence et la doctrine allemande ont eu une influence sur l'élaboration de cette approche. En effet, les arguments fondés sur les valeurs est le fondement de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, qui à partir du cas « *Luth* »<sup>293</sup>, a affirmé l'application horizontale des droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle allemande a en effet « justifié le développement de nombreuses obligations d'intervention de l'État, non prévues initialement dans le texte constitutionnel, en se fondant sur le caractère objectif des droits »<sup>294</sup>.

---

approche de droit européen a été développée par E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in “Rivista di diritto civile”, n. 4, 2015 ; O. O. CHEREDNYCHENKO, N. REICH, *The constitutionalization of european private law: Gateways, Constraints, and Challenges in “European review of private law”*, vol. 23, n. 5, 2015. Les réflexions sur l'application sont liées à celles sur leur interprétation ; à ce propos v. not. R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologne trad. it. 2012, (1994), pp. 101 ss.

<sup>290</sup> La jurisprudence et la doctrine allemandes ont été importantes dans l'élaboration théoriques, à partir du cas *Luth* de 1958. Pour une traduction en anglais et un commentaire, v. D. P. KOMMERS e R. A. MILLER, *The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham-Londra, 2012 pp. 442 ss ; D. FRIEDMANN, F. BARAK-EREZ (dir.) *Human rights in private Law*, Oxford, 2002.

<sup>291</sup> V. not. V. SCALISI, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in “Rivista di Diritto Civile”, 1982 ; G. D'ANGELO, *L'art. 844 del codice civile e il diritto alla salute*, in F. D. BUSNELLI, U. BRECCIA, *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978. Sur le thème, v. C. ANGIOLINI, *La questione dei beni comuni. Un itinerario fra regimi dei beni e diritti fondamentali*, Ca' Foscari, XXX ciclo, a.a. 2016/2017.

<sup>292</sup> G. LOMBARDI, *Potere Privato e diritti fondamentali*, cit., p. 54.

<sup>293</sup> V. not. C. STARCK *Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court* in D. FRIEDMANN, F. BARAK-EREZ (dir.) *Human Rights in Private Law*, cit. pp. 97 ss. ; A. HELDRICH, G. M. REHM, *Importing Constitutional Values through Blanket Clauses Court* in D. Friedmann, F. BARAK-EREZ (dir.), *Human Rights in Private Law* cit. ; M. COLOMBINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, 2014, pp. 40 ss. Une approche similaire est développée pas la jurisprudence espagnole, v. F. J. ANSUATEGUI ROIG *L'autonomia presa sul serio*, in I., BELLONI, T. GRECO, L. MILAZZO (dir.) *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, vol. II, Torino, 2016. La référence aux valeurs existe aussi dans le contexte français : J. ROCHFELD écrit que “pour les tenants de l'École dite « objectiviste », il faudrait davantage se référer à un critère substantiel c'est-à-dire à la substance du droit, aux valeurs qu'il traduit”, *Ead., Les grandes notions du droit privé*<sup>2</sup>, Paris, 2013, p. 171.

<sup>294</sup> M. COLOMBINE, *La technique des obligations positives* cit., p. 40 ss. ; R. ELLGER *The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law*, in D. FRIEDMANN, F. BARAK-EREZ (dir.) *Human Rights in Private Law* cit. Le débat doctrinal et les interprétations jurisprudentielles ont regardé l'effet direct ou indirect des droits fondamentaux. L'effet direct a été soutenu par NIPPERDEY, et utilisé par la Cour dont il était le président. A ce propos, v. A. HELDRICH, G. M. REHM, qui écrivent « *the president of the Federal Labour Court Nipperdey, foremost among many prominent scholars, led those arguing that fundamental rights do not bind only the government with respect to its*



Prise en compte par la doctrine italienne de droit constitutionnel, l'approche fondée sur les valeurs apparaît alors comme une critique au formalisme<sup>295</sup> : elle est étroitement liée à la réflexion sur le changement du concept de souveraineté et une volonté de la doctrine de substituer, comme justification de la souveraineté, « le fondement de la valeur au fondement d'autorité »<sup>296</sup>. Cette réflexion critique s'appuie sur la théorie selon laquelle « l'origine de tout le droit objectif est l'autorité étatique ou, plus précisément, le '*Stato-persona*', à la volonté de laquelle, unitaire et indivisible, remontent les différentes 'manifestations' constituant le droit objectif »<sup>297</sup>, et donc la garantie et la protection des droits et libertés des individus, les « droits publics subjectifs »<sup>298</sup>. Ces réflexions visent donc à déconstruire la théorie du '*Stato-persona*' (État-personne) comme souveraine, dont la volonté se traduit en loi, contraignante et impérative car assistée par la force<sup>299</sup>.

Selon cette théorie encore, les valeurs constitutionnelles fondent l'ordre juridique et doivent donc être nécessairement partagées par toute la collectivité : placées à la tête soit de la hiérarchie des sources du droit, soit du discours politique. Elles sont considérées comme des instruments pour construire l'unité de l'ordre juridique dans le contexte d'une démocratie pluraliste<sup>300</sup>.

Ainsi, la référence à des valeurs partagées semble être utilisée pour permettre à un sujet doté d'autorité, l'État, de définir, au moins partialement, le contenu de ces valeurs. À ce propos, si on considère que les valeurs ne sont ni naturelles ni objectives, mais qu'elles dérivent de choix politiques, la référence à l'unité, à l'existence de valeurs partagées, implique alors l'identification d'un sujet capable d'interpréter ces valeurs ; de dire, à partir de la Constitution, quelles sont-elles et quel est leur contenu<sup>301</sup>. Or le seul sujet qui peut être légitimé pour ce rôle est l'État, en le considérant comme le représentant de la communauté politique, capable pour cette raison d'interpréter les valeurs partagées par la société<sup>302</sup>. Les valeurs deviennent également objectives car séparées de la multiplicité des sujets qui composent la collectivité, le pouvoir de les définir étant attribué à l'État<sup>303</sup>. En conséquence, les théories analysées, en affirmant que les

---

*citizens, but also bind parties in private law relationships. With Nipperdey at the helm, the Federal Labour Court applied this concept, the so-called theory of direct impact on third parties (Theorie der unmittelbaren Drittwirkung), in several of its decisions », in Id., *Importing Constitutional Values through Blanket Clauses Court in D. FRIEDMANN, F. BARAK-EREZ (dir.) Human Rights in Private Law*, Oxford, 2002. Dans une approche critique, v. G. LOMBARDI, *Potere Privato e diritti fondamentali*, Turin, 1970, p. 78- 79. V. not. R. ELLGER *The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law*, in D. FRIEDMANN, F. BARAK-EREZ (dir.) *Human Rights in Private Law* cit.*

<sup>295</sup> A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in "Politica del diritto", n. 4, 1991. Dans une perspective critique v. A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *costituzionalismo.it*. Disponible sur : <http://www.costituzionalismo.it/docs/interpretazionevalori.pdf>. Dernier accès : 8 janvier 2019.

<sup>296</sup> G. SILVESTRI, *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005, p. 71.

<sup>297</sup> A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, cit., p. 646.

<sup>298</sup> A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, cit. p. 646.

<sup>299</sup> A ce propos, G. SILVESTRI écrit que « la même formule wébérienne de l'État monopoliste legal de la force ne peut pas être utilisée pour affirmer la souveraineté de l'État », in Id., *Lo Stato senza Principe*, cit., p. 72.

<sup>300</sup> M. LUCIANI, *Corte Costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. ROMBOLI (dir.) *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 mai 1990*, Torino, 1991, p. 173.

<sup>301</sup> A ce propos, en adoptant une approche fondée sur les théories de l'interprétation juridique pour la lecture de la Constitution : A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale, Testo rielaborato della relazione tenuta al convegno organizzato dal SISdiC dal titolo "I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale"*, Capri, 19 mars 2006, disponible sur : <http://www.costituzionalismo.it/docs/Interpretazione-Baldassarre.pdf> . Dernier accès : 8 janvier 2019.

<sup>302</sup> Dans cette argumentation, on voit comment attribuer à un sujet la possibilité d'interpréter la volonté des individus qui appartiennent à la communauté implique, dans une certaine mesure, la construction d'une valeur objectivée.

<sup>303</sup> C'est alors le législateur qui interprétera ces valeurs et les mettra en œuvre à travers de la législation. Le contrepoids à ce pouvoir, à cette autorité interprétative discrétionnaire, se trouve dans les pouvoirs de la Cour constitutionnelle, considérée comme un sujet-clé devant agir en tant que « juge des droits subjectifs », immergée « dans les valeurs », v. M. LUCIANI, *Corte Costituzionale e unità nel nome dei valori*, cit., p. 174. Dans une recherche d'équilibre, la Cour doit interpréter l'unité des valeurs déjà présente dans le texte constitutionnel, en la redécouvrant à chaque fois : « l'unité constitutionnelle (...) est dans sa dimension idéale chaque fois, déclarée, non créée, par la Cour, même s'il est vrai que (...) le juge Constitutionnelle la traduit (et donc la crée) dans sa dimension réelle », v. *Ibidem*, p. 176. Ces considérations portent en elles l'image du juge constitutionnel utilisant comme critère principal d'interprétation la tension vers l'unité de l'ordre juridique, obtenue par l'affirmation de valeurs « communes ».



valeurs sont « incorporées dans le droits fondamentaux »<sup>304</sup>, attribuent à la Cour constitutionnelle et au législateur un pouvoir discrétionnaire et politique très fort. En considérant que chaque interprétation est dans une certaine mesure discrétionnaire<sup>305</sup>, la doctrine qui se fonde sur les valeurs est lourde d'implications, le risque de cette perspective étant de justifier des raisonnements difficilement contrôlables et ouvrant à l'utilisation de l'argument de la « conscience sociale », vague. Ce risque est d'autant plus présent que cette perspective permet d'affirmer que « les droits doivent être considérés dans leur inévitable relativisation qui dérive de l'application des valeurs sociales »<sup>306</sup>.

Il n'en demeure pas moins que, à l'issue de ce parcours théorique, les titulaires des droits fondamentaux sont les individus et qu'ils peuvent être considérés comme titulaires de droits dont l'objet est déterminé par une interprétation du texte constitutionnel livrée dans le but de poursuivre l'unité des valeurs. Mais, dans la perspective des « valeurs », les intérêts qui pourraient être conçus comme « de chacun » sont considérés comme « de toute la collectivité » et leur interprétation est attribuée à l'État<sup>307</sup>. Dans ce point de vue, une critique de ces théories est que « la liberté liée à la subjectivité [serait] remplacée par l'objectivité de la valeur »<sup>308</sup>.

### 2.1.2. La perspective de la multiplicité : les titulaires des droits fondamentaux

Si l'on précise les titulaires des intérêts protégés, l'approche décrite permet de mettre en évidence les prérogatives que le titulaire peut faire valoir en justice ; plus largement, elle permet de se demander quels sont les instruments juridiques qui peuvent permettre la satisfaction des droits fondamentaux. Se pose ainsi la question de reconstruire, à partir de la Constitution italienne et de l'analyse critique de la jurisprudence, les intérêts protégés par le droit<sup>309</sup> dont chacun, et donc tous, sont titulaires, une autre

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 173.

<sup>305</sup> À ce propos v. not. V. CALDERAI, *I valori presi sul serio. Il circolo ermeneutico di argomentazione e interpretazione nelle strategie di produzione del diritto*, in G. COMANDE (dir.), *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003, pp. 119 ss.

<sup>306</sup> M. LUCIANI, *Corte Costituzionale e unità nel nome dei valori*, cit., p. 173.

<sup>307</sup> Le risque semble être ce de réduire les droits fondamentaux à une titularité vide, et d'affaiblir leur fonction de limite au pouvoir. A ce propos, il est possible de citer S. Rodotà, selon lequel il faut observer que « les droits fondamentaux sont le seul instrument juridique qui peut être utilisé contre-pouvoirs qui ne sont pas démocratiques », S. RODOTÀ, in *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 58. D'un point de vue critique, on peut alors observer que la reconstruction qui conçoit les droits fondamentaux comme des droits subjectifs avec pour objet la valeur « globale » a pour conséquence qu'un tiers par rapport au titulaire - le législateur - peut ainsi assumer le pouvoir de moduler et modifier (le bien) objet du droit fondamental. Pour une critique des droits fondamentaux comme ayant pour objet un « bien », v. not. P. RESCIGNO *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», nn. 5-6, 1976-77, p. 877 ss.

<sup>308</sup> Cette position est attribuée par Alexy à Forsthoff in R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit. p. 195.

<sup>309</sup> Cette opération peut s'effectuer sur la base de la considération que ces droits protègent l'individu et le développement de la personnalité de chacun, comme il ressort sans doute de l'article 2 de la Constitution, article clé pour l'interprétation des droits fondamentaux. Et en fait la « présomption de l'expansion maximale des libertés constitutionnelles » est interprétée comme « une règle, non exprimée en droit positif, mais totalement pacifique dans la littérature, au point d'être donnée comme une hypothèse constante d'interprétation » ; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologne, 1984, p. 41. En ce sens, G. D'AMICO écrit que « 'l'expansion maximale des libertés' n'est pas (...) seulement une formule capable de décrire l'expansion progressive du nombre et de la portée des libertés fondamentales, mais constitue, [...] une sorte d'objectif vers lequel diriger l'activité d'interprétation des formules constitutionnelles. De ce point de vue, on peut dire aujourd'hui que l'expansion maximale des libertés constitutionnelles et des garanties relatives représente un méta-critère interprétatif, étroitement lié aux caractéristiques particulières d'un système libéral-démocratique », (in Id., *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti* dans A. RUGGERI (ed.) *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, 2016, p. 707) qui peut jouer un rôle important dans l'interprétation des droits fondamentaux. Ce critère peut être fondé précisément sur les principes qui sont positifs dans le texte constitutionnel, en premier lieu dans les articles 2 et 3, qui peuvent servir de critères d'interprétation des droits fondamentaux. Un premier sous-critère est celui du but de la libre construction de la personnalité, qui se traduit par la recherche d'instruments juridiques qui permettent à chacun de se défendre de l'agression et de développer sa personnalité et qui doivent aussi être garantis dans les relations sociales. En ce qui concerne l'interprétation de

question étant celle de l'individualisation des instruments de protection que l'individu peut actionner<sup>310</sup>. Cette perspective implique la possibilité de réfléchir à la titularité des intérêts que la Constitution protège, ce même en l'absence de la qualification de droits fondamentaux.

Trois considérations peuvent alors être faites.

En premier lieu, la perspective par les titulaires permet de mettre en évidence non seulement la dimension de non-ingérence d'un sujet tiers en tant que violation des droits fondamentaux, mais aussi l'aspect positif de l'exercice des droits comme un moyen de satisfaction de l'intérêt protégé par la Constitution.

En deuxième lieu, considérer la position de chaque titulaire permet d'aborder le thème de l'égalité substantielle par rapport à la satisfaction de ces droits. Si les droits fondamentaux sont fonctionnels et au service du développement de la personne et de sa dignité sociale (article 3 de la Constitution italienne) et si l'égalité « n'est pas un droit, mais un mode d'être de tous les droits »<sup>311</sup>, émerge alors la nécessité de l'égalité des chances de satisfaction concrète des droits fondamentaux. Dans cette perspective, étudier le rôle des droits fondamentaux dans le droit privé implique une réflexion sur les garanties<sup>312</sup> qu'ils prévoient. L'État, et plus généralement les acteurs publics, doivent garantir les droits fondamentaux ; ils doivent le faire même dans la régulation des activités des personnes privées.

Enfin, la perspective du titulaire « individuel » est à évaluer par rapport à sa capacité à tenir compte également de la dimension collective, très importante dans l'approche fondée sur les valeurs. À ce propos, une doctrine met l'accent sur le caractère individualiste<sup>313</sup> des droits fondamentaux – et spécifiquement des droits qui se sont affirmés au XIX<sup>e</sup> siècle –, en tant que « droit de l'individu-sujet [...] plus que droits de l'homme »<sup>314</sup> ; ces droits attribuent une autonomie au sujet abstrait, en le protégeant des ingérences externes<sup>315</sup>. La dimension de l'égalité des chances, et donc de l'égalité substantielle, permet également,

l'article 2 de la Constitution, la littérature est très vaste. Voir not. E. ROSSI, art. 2 cost, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (dir.) *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006.

<sup>310</sup> V. not. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Rome-Bari, 2013.

<sup>311</sup> E. NAVARRETTA, citant la théorie de A. PIZZORUSSO, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, cit.

<sup>312</sup> La perspective des garanties semble être celle qui parvient le mieux à la construction de droits fondamentaux propres à circonscrire, selon les termes de L. FERRAJOLI, « ce que l'on peut appeler la sphère de l'indécidable » ; *Id.*, *Diritti fondamentali*, in *Id.*, (ed.), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, p. 25 ; voir aussi *Id.* *I diritti fondamentali come dimensioni della democrazia costituzionale*, in « Ricerche giuridiche », n. 2, 2014. Les droits fondamentaux doivent en effet être considérés « comme des situations de droit positif telles qu'elles sont établies dans les constitutions. Mais c'est précisément pour cette raison qu'elles ne représentent pas déjà une autolimitation toujours révoquant le pouvoir souverain, mais, au contraire, un système de limites et de contraintes qui lui sont supérieures ; donc pas des 'droits de l'État', ou 'pour l'État', ou 'dans l'intérêt de l'État', (...) mais des droits envers et si nécessaire contre l'État », *Ibidem*, p. 27. Selon une partie de la doctrine, l'aspect de la garantie dans l'égalité des chances de l'exercice des droits est à apprécier en termes de structure abstraite de ces droits, et marque une différence en ce qui concerne les droits patrimoniaux. Voir à cet égard le débat entre L. FERRAJOLI et R. GUASTINI dans L. FERRAJOLI (éd.), *Diritti fondamentali* cit. Ferrajoli écrit que « la première thèse concerne la différence radicale de structure entre les droits fondamentaux et les droits patrimoniaux : les sujets sont titulaires des droits fondamentaux tandis que les droits patrimoniaux impliquent l'exclusion de tous sauf le titulaire » *Ibidem*, p. 16. La position de Ferrajoli peut être partagée en ce qui concerne les droits fondamentaux tels qu'ils sont déclinés dans le texte constitutionnel ; certains doutes ont toutefois été avancés en ce qui concerne la déclaration selon laquelle les différences entre les deux catégories de droits « ne concernent que leur forme ou structure » *Id.*, *Diritti Fondamentali*. En ce qui concerne la notion de garantie, il peut être utile d'examiner l'article 3 de la Constitution, qui, selon la reconstruction d'une partie de la doctrine, « met en évidence un fait fondamental de notre système constitutionnel de garanties des libertés : celui d'une pertinence juridique spécifique et autonome des inégalités de fait, et le besoin de protection, au regard des positions du pouvoir découlant de ces inégalités, des libertés constitutionnellement garanties » ; G. LOMBARDI, *Potere Privato e diritti fondamentali*, cit. Sur cette position et sur ses origines historiques, voir aussi : G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 98 et suivantes ; N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, pp. 24-29.

<sup>313</sup> V. not. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, spec. pp. 5-6.

<sup>314</sup> P. BARCELLONA, *I diritti economici sociali e culturali nell'ordinamento interno*, in AAVV *Diritti economici sociali e culturali nella prospettiva di un nuovo stato sociale*, Padova, 1990, p. 27.

<sup>315</sup> *Ibidem*.

cependant, de considérer le sujet concret ; elle évite de séparer la perspective des droits « de la considération de la matérialité des conditions des personnes, et donc de la comparaison continue entre la promesse des droits et les effets qu'elle produit »<sup>316</sup>.

En suivant cette approche, l'application de la protection des droits fondamentaux dans le droit privé se justifie non pas en partant du collectif pour arriver à l'individu, mais au contraire à partir de l'individu<sup>317</sup> et des garanties auxquelles il peut prétendre. La dimension collective émerge alors en raison de la multiplicité des titulaires des droits fondamentaux, droits attribués à chacun et garantis dans la même mesure.

## 2.2. Propriété privée et fonction sociale dans la Constitution italienne

Par ailleurs, plus précisément à l'égard de la propriété privée, la Constitution italienne connaît la fonction sociale de cette dernière. Il faut préciser qu'elle garantit la propriété privée dans la partie qui porte sur les droits et obligations des citoyens, dans le titre III dédié aux « rapports économiques », et non parmi les principes fondamentaux, ou parmi les « droits et devoirs des citoyens ». Plus spécifiquement, la propriété est mentionnée dans la Constitution italienne dans les articles 42, 43 et 44.

Son article 42 énonce ainsi que :

« La propriété est publique ou privée. Les biens économiques appartiennent à l'État, à des collectivités ou à des particuliers. La propriété privée est reconnue et garantie par la loi, qui en détermine les modes d'acquisition et de jouissance, ainsi que les limites afin d'en assurer **la fonction sociale et de la rendre accessible à tous**. Dans les cas prévus par la loi et sous réserve d'indemnisation, la propriété privée peut être expropriée pour des raisons d'intérêt général ».

Son article 43 proclame quant à lui que :

« Dans des buts d'utilité générale, la loi peut réserver originellement ou transférer, par l'expropriation et sous réserve d'indemnisation, à l'État, à des établissements publics ou à des communautés de travailleurs ou d'usagers, des entreprises ou des catégories d'entreprises déterminées qui concernent des services publics essentiels ou des sources d'énergie ou des situations de monopole et qui ont un caractère d'intérêt général prééminent ».

Enfin, l'article 44 énonce que :

« Afin de réaliser l'exploitation rationnelle du sol et d'établir des rapports sociaux équitables, la loi impose des obligations et des limitations à la propriété foncière privée, fixe des limites à son étendue selon les Régions et les zones agricoles, favorise et impose la bonification des terres, la transformation des grands domaines et la reconstitution des unités de production. Elle aide la petite et moyenne propriété. La loi prévoit des mesures en faveur des zones de montagne ».

De son côté, le Code civil, en son article 832 dispose que :

« Le propriétaire a le droit de jouir et de disposer des choses de manière pleine et exclusive, dans les limites et dans le respect des obligations établies par le système juridique ».

Dès lors, en raison de la localisation de la propriété dans la partie de la Constitution relative aux rapports économiques, ainsi que des limitations prévues, une partie de la doctrine a soutenu que la propriété n'était

---

<sup>316</sup> S. RODOTÀ *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 49. A ce propos v. aussi P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice Civile*, Roma-Bari, 1991, spec. pp. 47 ss.

<sup>317</sup> Cette approche appartient à la tradition juridique moderne, v. à ce propos N. BOBBIO *L'età dei diritti*, cit., pp. 51-52.

pas considérée « comme attribut de la personnalité humaine »<sup>318</sup> dans la Constitution italienne, tandis qu'une autre estime que la propriété privée est bien consacré comme un droit fondamental, mais en précisant que « si on fait une comparaison entre les normes qui protègent les autres droits fondamentaux de personnes humaines ou des groupes, on se rend compte que, dans la hiérarchie constitutionnelle, le droit de propriété occupe une place modeste »<sup>319</sup>. Il en ressortirait que la propriété privée pourrait être limitée dès lors qu'elle entre en conflit avec les droits assurant le libre développement de la personne, protégés par l'article 2 de la Constitution. Unanimement néanmoins, la doctrine n'évoque que des limites au droit de propriété et non une suppression<sup>320</sup>.

C'est dans ce cadre que la fonction sociale de la propriété joue un rôle fondamental. Une partie de la doctrine a en effet interprété la « fonction sociale » comme une limite « interne » de la propriété<sup>321</sup>, capable de donner forme au droit de propriété. Cette interprétation a deux conséquences. En premier lieu, concevoir la fonction sociale comme limite interne de la propriété permet de mener une interprétation extensive et analogique des règles limitant le droit de propriété quand leur application permet la satisfaction d'intérêts « non exclusivement patrimoniaux [...] répondant à des principes de solidarité et de dignité de la personne »<sup>322</sup>. En second lieu, cette interprétation a pu fonder des interventions de la Cour constitutionnelle, suivie par la Cour de cassation, dans le sens de la légitimité constitutionnelle de mesures législatives limitant la propriété privée et modifiant le régime de certaines catégories des biens : sur le fondement de la fonction sociale de la propriété (et de l'article 42, alinéa 2), elles ont légitimé des expropriation (avec indemnisation) et des réglementation de l'usage de catégories de bien (sans indemnisation)<sup>323</sup>. Dans le premier cas, une indemnité d'expropriation est due « dès lors que les limites imposées n'ont pas un caractère général et objectif, et impliquent un sacrifice à un individu ou à un groupe d'individus »<sup>324</sup>.

### 3. « *Beni comuni* » et droits fondamentaux

#### 3.1. La proposition de la « *Commissione Rodotà* »

C'est sur le fondement de ces soubassements que, en 2007 une « *Commissione sui beni pubblici* », autrement appelée « Commissione Rodotà » en raison du nom de son président, a été instituée auprès du ministère de la Justice italien, avec pour but d'élaborer une proposition de réforme du régime des biens publics du Code civil. Le projet de réforme<sup>325</sup> a par la suite été présenté au titre d'une proposition de loi d'initiative populaire<sup>326</sup>.

<sup>318</sup> U. NATOLI *La proprietà. Appunti delle lezioni*<sup>2</sup>, Milano, 1976 p 34.

<sup>319</sup> M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in « *Politica del diritto* », n. 2, 1971, p 456. U. NATOLI écrit qu'« Il est clair, en effet, que dans l'échelle des valeurs juridiques - clairement délimitée par notre système constitutionnel - une situation subjective, qui se caractérise surtout du point de vue économique et patrimonial, doit être placée à un niveau de moindre importance par rapport à une situation différente, qui apparaît plutôt comme une expression de la personnalité de son titulaire et qui est protégée comme telle » *Id.*, *La proprietà*. cit. p. 35.

<sup>320</sup> E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in « *Rivista di diritto civile* », n. 5, 2012.

<sup>321</sup> Pour une histoire de la « fonction sociale » dans le contexte juridique italien : S. PATTI, *La funzione sociale nella "civiltà italiana" dell'ultimo secolo*, in « *Rivista critica del diritto privato* », n. 2, 2016 ; F. MACARIO, M. N. MILETTI, *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo. Atti dell'incontro di studio, Roma 9 ottobre 2015*, Roma, 2017.

<sup>322</sup> C'est l'approche de P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, Napoli, 1970, p. 73.

<sup>323</sup> C. Cost. 20 janvier 1966, n. 6 ; *ex pluris* : C. Cost., 10 mai 1963, n. 64 ; C. Cost., 4 juillet 1974, n. 202 ; 20 décembre 1976, n. 245, 11 juillet 1989, n. 391 ; 13 juillet 1990, n. 328 ; C. cost. 21 juillet 1995, n. 417 ; C. Cost. 19 juillet 199, n. 259 ; C. Cost. 27 décembre 1996, n. 419 ; 4 juin 1997, n. 170. Les arrêts sont disponibles sur : [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Dernier accès 8 janvier 2019.

<sup>324</sup> C. Cost. 20 janvier 1966, n. 6.

<sup>325</sup> Disponible sur :

[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_12\\_1.wp?previousPage=mg\\_1\\_12\\_1&contentId=SPS47624](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_12_1&contentId=SPS47624)

Dernier accès le 29 Décembre 2018. Sur la proposition en français, v. D. MONE, *Commission Rodotà (Italie)*, in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, Paris, 2017, pp. 196-199.

<sup>326</sup> V. le site officiel du Parlement italien : <https://www.camera.it/leg18/126?leg=18&idDocumento=2237>

La proposition introduit la catégorie des « *beni comuni* » définis (article 2, lett. c) comme :

**Les « choses qui expriment des utilités fonctionnelles à l'exercice des droits fondamentaux et au libre épanouissement de la personne ».**

Une liste non exhaustive des biens communs s'en suit<sup>327</sup> : ces biens sont considérés *a priori* comme utiles pour l'exercice des droit fondamentaux.

La proposition de réforme adopte, on le voit, une perspective fondée sur la « fonction » des biens. Les biens sont en effet définis comme « communs » en raison de la fonction qu'ils peuvent remplir<sup>328</sup>. Inversement, peu d'importance est donnée au caractère public ou privé du propriétaire.

Ces directions sont en outre confirmées par le régime applicable à ces biens. La proposition de réforme prévoit ainsi que :

« Les titulaires des biens communs peuvent être des personnes publiques ou privés. Dans tous les cas, la jouissance collective des biens doit être garantie, selon les formes et les modalités établis par la loi ».

Si le propriétaire du bien est une personne publique, le bien commun est cependant considéré « hors commerce » et sa concession n'est admise que dans des cas établis par loi et sans extensions possibles.

En ce qui concerne la possibilité d'agir en justice, la proposition de réforme prévoit que :

« Chacun peut agir en justice pour l'exercice des droits liés à la sauvegarde et à la jouissance des biens communs »,

Néanmoins, seul l'État peut agir en réparation d'un dommage à ces biens. Ce pouvoir d'agir en justice marque les pouvoirs de gestion sur ce type de biens et introduit une différence entre les biens publics et les biens communs : en ce qui concerne les biens publics, il existe un pouvoir discrétionnaire de l'État quant aux décisions relatives à leur gestion ; pour les biens communs, la possibilité d'une action en justice de « chacun » induit que la position des tiers non-propriétaires soit prise en compte, indépendamment de la volonté de la personne publique.

La définition n'a évidemment pas fait l'unanimité, tant s'en faut. D'un côté, elle a notamment été critiquée comme trop vague, la notion de « bien commun » ne pouvant être précisée que par la jurisprudence et la doctrine. Celles-ci auraient eu à interpréter les notions de « droits fondamentaux » et de « libre épanouissement de la personne »<sup>329</sup>. D'un autre côté, le régime des biens communs a paru excessif dans les atteintes pouvant s'en suivre, notamment à l'égard de biens, propriétés privées : le juge, sur le fondement de la proposition de réforme, aurait dû articuler la propriété privée et la garantie d'une jouissance collective des biens communs, ainsi que la possibilité d'une action en justice en découlant. Enfin, plus fondamentalement, on a pu dénoncer le risque de cette option théorique de tomber dans une « ontologie des biens », considérant les biens comme des entités qui, en eux-mêmes, seraient capables d'exprimer une fonction. À cet égard, on a fait valoir néanmoins que le risque serait ici minimisé par le fait que les droits fondamentaux endossent le rôle de « sélectionner » les utilités significatives des biens. Quoi qu'il en soit, l'approche avancée par la « Commissione Rodotà » a contribué au renforcement, dans les études de droit des biens, d'une conception fondée sur la fonction et les utilités des biens, déjà connue par une partie de la doctrine italienne<sup>330</sup>.

<sup>327</sup> La liste comprend « les fleuves, et leurs sources, les lacs et les autres eaux, les parcs comme définis par la loi, les forêts et les zones boisées, zone de haute montagne, les glaciers ; rivières, et les littoraux déclarées réserve naturelle ; la faune sauvage et la flore protégée, les biens archéologiques, culturelles, environnementales, et les zones paysagères protégées. »

<sup>328</sup> G. STOLFI, *Beni comuni in Parlamento. Per un percorso tra storia e diritto, verso approdi condivisi?*, in « Studi parlamentari e di politica costituzionale », n. 177/178, 2012, p. 54.

<sup>329</sup> L. NIVARRA, *Quattro usi di «beni comuni» per una buona discussione*, cit., p. 43.

<sup>330</sup> G. STOLFI, *Beni comuni in Parlamento. Per un percorso tra storia e diritto, verso approdi condivisi ?*, in « Studi parlamentari e di politica costituzionale », n. 177/178, 2012, p. 54 ; E. Reviglio, *Per una riforma del regime giuridico dei*

### 3.2. Les biens publics comme biens communs dans la jurisprudence de la Cour de Cassation italienne

D'ailleurs, alors que la proposition de réforme n'a pas prospéré en législation (entraînée notamment, dans sa première version par la chute du Gouvernement Prodi), la jurisprudence s'est emparée de la notion de « bien commun ». La Cour de cassation, dans trois arrêts<sup>331</sup> de février 2011, a en effet utilisé la notion, en la définissant comme tout bien qui :

« Indépendamment de la titularité, est, pour ses connotations intrinsèques, et particulièrement celles environnementales et paysagères, destiné à la réalisation de l'État social (...) [et] instrumentalement lié à la réalisation des intérêts de tous les citoyennes ».

Plus précisément, les arrêts en question étaient relatifs à un litige entre certaines entreprises et l'État italien, litige ayant pour objet la propriété de certaines vallées de pêche. L'État affirmait l'appartenance des vallées au domaine public, et donc l'inaliénabilité du bien ; les entreprises revendiquaient leur propriété privée du bien. La question technique était complexe<sup>332</sup>, mais le tribunal<sup>333</sup> et la cour d'appel<sup>334</sup> ont statué en faveur du caractère domanial du bien. Ils se sont fondés pour cela sur les dispositions du Code de la navigation (art. 28 Cod. Nav.). De son côté, la Cour de cassation va confirmer l'argumentation des juges du fond, mais en se fondant sur la Constitution, précisément sur ses articles 2, 9 et 42. Ce faisant, elle a réinterprété la notion de domanialité<sup>335</sup> et a introduit la notion de « bien commun », estimant que les vallées en question relevaient de cette catégorie au regard des intérêts qu'elles permettaient de satisfaire ; ces intérêts, protégés par la Constitution, influencent le régime du bien<sup>336</sup> et obligent à garantir une jouissance collective.

En définitive, dans la perspective tracée par la Cour, certains biens domaniaux sont aussi « communs » et, dans ce cas, « la titularité de l'Etat (comme « *Stato-collettività* », i.e. comme sujet qui représente les intérêts de tous) n'est pas une fin en soi, mais implique des charges inhérentes à une gouvernance qui garantisse l'effectivité des diverses formes de jouissance et d'usage public du bien ».

Évidemment et à nouveau, les arrêts de la Cour de cassation ont été vivement critiqués, ce pour diverses raisons.

En premier lieu, ils laisseraient des questions importantes en suspens, et notamment celle de savoir si et comment les charges liées à la gouvernance des biens communs, que la Cour attribue à l'État, devraient être considérées comme contraignantes ; qui pourrait agir en justice pour les faire valoir. Il est certain que si

*beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in "Politica del diritto", n. 3, 2008 p. 534.. Sur l'approche fondée sur les utilités des biens : P. GROSSI *I beni: itinerari fra 'moderno' e 'pos-moderno'*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", n. 4, 2012 ; E. FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in "Arch. giur.", LXXXIX, 1923 ; S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954.

<sup>331</sup> Cour de Cassation, chambres réunies, 14 février del 2011 n. 3665 ; 16 février 2011, n. 3811 e del 18 février 2011, n. 3938.

<sup>332</sup> Sur le caractère de la propriété des valles de pêches : G. ALPA, F. Di GIOVANNI, B. ECCHER, M. ESPOSITO, N. IRTI, B. LIBONATI, G. MORBIDELLI, *Lo stato giuridico delle valli da pesca della laguna di Venezia*, Padova, 2010. Sur le thème aussi : E. GUICCIARDI, *La condizione giuridica delle valli da pesca secondo il Codice della navigazione*, in "Dir. beni pubblici", 1942. En français, v. F. LAFFAILLE, *Biens publics, biens communs, fonction sociale de l'Etat. La lagune de Venise et le statut des valli salse di pesca*, in « Revue internationale de droit comparé », n° 3, 2016.

<sup>333</sup> Trib. Venezia, 26 mai 2004.

<sup>334</sup> C. App., Venezia, 10 juin 2008, n. 824.

<sup>335</sup> La Cour énonce que, « Aujourd'hui (...) il n'est plus possible de se limiter, en ce qui concerne l'identification des biens publics ou d'Etat, à l'examen des règles du Code Civil ; il est indispensable de les réintégrer dans les différentes sources du système et, en particulier, avec la Constitution ».

<sup>336</sup> La Cour énonce que, « ainsi, la communauté étant composée de personnes physiques, l'aspect domanial du type de bien en question cède la place à la réalisation d'intérêts fondamentaux indispensables au développement de la personnalité humaine ».

on interprète ces arrêts à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine relatives aux « intérêts diffus »<sup>337</sup>, on élargit le cercle des personnes habilitées à agir en justice contre des actes administratifs qu'elles estimeraient illégitimes comme ayant une incidence sur l'usage commun. On introduit une possibilité, sur le fondement des articles 9, 2 et 42 de la Constitution, d'imposer des limites au pouvoir discrétionnaire de la personne publique, limite tenant en la compatibilité de la décision publique avec la possibilité réelle d'exercice des droits fondamentaux.

En deuxième lieu, les conséquences juridiques de l'indifférence de la Cour à la titularité du bien ne seraient pas complètement claires : ce type de décisions pourrait-il s'appliquer à des biens « communs » privés ? A cet égard, on peut se référer à deux approches de l'indifférence, l'une « forte », l'autre « faible ». Dans la première interprétation, l'indifférence devrait avoir comme conséquence une réinterprétation à la fois du régime des biens publics et de celui des biens privés, quand l'exercice des droits fondamentaux est en jeu : même en présence d'un bien privé, une jouissance collective du bien pourrait être imposée. Dans l'interprétation « faible », non. À ce propos, il faut noter que la Cour de cassation, en s'appuyant sur la distinction entre « *Stato-apparato* » (État comme organisation bureaucratique et administrative) et « *Stato-collettività* » (État comme ensemble de tous les citoyens), s'est intéressée au régime des « biens domaniaux », soit des biens relevant d'une catégorie particulière : selon les termes mêmes de la Cour, « la domanialité exprime une appartenance double, de la collectivité et de la personne publique, dans laquelle la deuxième (la titularité au sens strict) est une appartenance nécessaire servant à garantir la conservation des caractéristiques importantes du bien et son usage collectif »<sup>338</sup>. Néanmoins, la difficulté pour certains d'accepter la perspective « faible » tient en ce que le sens et la fonction de la catégorie des « biens communs » seraient alors presque annihilée ; seuls les biens domaniaux pourraient véritablement s'y couler.

En troisième lieu, la doctrine a critiqué l'utilisation de l'argument fondé sur les droits fondamentaux, en ne le considérant pas comme nécessaire pour résoudre le litige<sup>339</sup>, quand d'autres auteurs approuvaient cette interprétation<sup>340</sup> (même parfois en la critiquant dans certains de ses aspects<sup>341</sup>) ou relevaient la difficulté d'application des droits constitutionnellement garantis en raison de l'absence de normes les concrétisant au niveau législatif<sup>342</sup>.

Enfin, la motivation de la Cour de cassation a été critiquée pour son manque de rigueur.

### 3.3. L'approfondissement doctrinal du lien entre biens communs et droits fondamentaux

Sur ces fondements du lien entre droits fondamentaux et biens, par ailleurs, la doctrine affirme la nécessité de redéfinir le « rapport entre monde des personnes et monde des biens »<sup>343</sup> : « l'identification de plus en plus claire d'une série de situations juridiques comme (...) les droits inhérents à la constitutionnalisation de la personne, implique le développement d'un instrument institutionnel capable d'identifier les biens

<sup>337</sup> Sur les intérêts diffus dans l'ordre juridique italien, v. C. ANGIOLINI, *Interêts diffus (Italie)* in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, Paris, 2017, p. 698-702.

<sup>338</sup> V. G. CARAPEZZA FIGLIA *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in "Rassegna di diritto civile", n. 2, 2012, p. 537.

<sup>339</sup> Dans cette perspective, v. not. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 55.

<sup>340</sup> E. PELLECCIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni : dal bene pubblico al bene comune*, in « Il foro italiano », n. 1, 2012 ; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale* cit., 535 ss. ; F. Marinelli, voce *Beni comuni*, cit., p. 163.

<sup>341</sup> S. LIETO écrit que « l'effort visant à identifier cette catégorie, (...) doit s'entendre dans le sens de l'affirmation d'un principe d'indisponibilité absolue de certains biens considérés comme essentiels à l'existence de chaque individu », pour ensuite identifier comme problématique « la sélection des besoins primaires ». in *Ead. "Beni comuni", diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica* in "Politica del diritto", n. 2, 2011, 348.

<sup>342</sup> Une autre critique de l'arrêt de la Cour de cassation concerne l'impossibilité d'appliquer directement la Constitution, étant donné l'absence de règles qui concrétisent la norme constitutionnelle, v. C. Castronovo, *op. cit.*, p. 183.

<sup>343</sup> S. RODOTA, *Beni comuni: una strategia globale contro lo Human divide*, in M. R. Marella (dir.), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 315.

directement nécessaires à leur satisfaction »<sup>344</sup>. Dans cette perspective les droits fondamentaux ont, à l'égard du « public » et du « privé », une fonction limitative des droits exclusifs<sup>345</sup>.

Plus précisément, la réflexion comporte deux aspects centraux : le premier concerne les caractéristiques des biens ; le second la dimension des droits fondamentaux.

En ce qui concerne le premier aspect, les analyses ne se fondent toujours pas sur une conception ontologique des biens, qui considérerait les fonctions que ceux-ci peuvent « par nature » exprimer. Le point de vue est très différent, qui approche les biens comme teintés « par la culture et l'histoire, non par une vision qui est métaphysique »<sup>346</sup>. Une considération concrète mène à considérer les caractéristiques que ceux-ci revêtent dans un contexte social donné.

Cette approche est alors étroitement liée au rôle joué par les droits fondamentaux, soit au second aspect. C'est ce qu'une certaine doctrine nomme « le constitutionnalisme des besoins ». Rodotà affirmait ainsi la nécessité d'aller « au-delà » de la « contemplation de l'horizon des droits fondamentaux, lointain et parfois irréalisable »<sup>347</sup>, et de les considérer, par rapport à l'individu, comme « un ensemble d'instruments qui doivent garantir au citoyen les plus grandes possibilités de développement autonome »<sup>348</sup> : qui doivent être mises en œuvre en pratique. Ces droits sont à considérer non seulement en termes de reconnaissance formelle, mais aussi en termes de « processus institutionnel et social » qui mène à établir un lien entre les droits et les biens qui peuvent permettre l'exercice des premiers<sup>349</sup>. C'est ce contexte, celui de « la qualité des droits à garantir qui conduit à qualifier un bien de 'commun' »<sup>350</sup> et à « la production de biens communs à travers les droits fondamentaux »<sup>351</sup>.

L'approche a évidemment des répercussions, notamment sur le régime de la propriété privée : à cet égard, il a pu être affirmé qu'il fallait reconnaître que « le même bien [pouvait] être objet d'intérêts différents et protégés, même s'ils ne sont pas propriétaires ». Rodotà écrivait en ce sens qu'« il ne suffit pas (...) de se référer à la qualification formelle du sujet à qui est attribuée la titularité du bien »<sup>352</sup> ; qu'il fallait rompre le lien exclusif « intérêt-sujet-bien »<sup>353</sup>, en permettant certaines utilisations des biens liées à l'exercice des droits fondamentaux, même à des personnes qui n'en sont pas propriétaires.

Elle en a également à l'égard du rôle du juge : le régime des biens résultant de l'exercice des droits fondamentaux est largement confié à leur appréciation lorsqu'ils ont à régir des litiges ; à assurer l'accès à des biens considérés en pratique comme fonctionnels pour la satisfaction des droits. Dans cette direction, les tribunaux, et pas seulement ceux nationaux, sont chargés de garantir la protection des droits fondamentaux et de leur donner une expression concrète, « passage historique et institutionnel essentiel, de la simple garantie législative des droits à la dimension des droits fondamentaux »<sup>354</sup>. À ce propos, un équilibre est à construire entre pouvoirs législatif et juridictionnel<sup>355</sup>, tout en sachant que ce dernier transcende les frontières nationales, et donc nécessairement celles de la souveraineté des États. Les droits fondamentaux, tels qu'interprétés et rendus « exécutoires » par les tribunaux, notamment européens, constituent en conséquence l'une des limites possibles aux décisions politiques nationales, ce d'autant qu'ils sont de plus en plus invoqués par la société civile et des groupes politiques informels.

<sup>344</sup> S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale*, cit.; U. Mattei, *I beni pubblici: un dialogo fra diritto e politica*, in G. ALPA, V. ROPPO, (dir.) *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2012.

<sup>345</sup> L. D'ANDREA, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive*, in "Rivista AIC", n. 3, 2015, p. 10.

<sup>346</sup> S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e sui beni comuni*<sup>3</sup>, Bologna, 2013, p. 482.

<sup>347</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 121.

<sup>348</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 90.

<sup>349</sup> L. D'ANDREA, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale*, cit., p. 6.

<sup>350</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 98.

<sup>351</sup> S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale*, cit. p. 330.

<sup>352</sup> S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale*, cit. p. 322.

<sup>353</sup> S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 45. V. aussi G. RESTA, *Nuovi beni immateriali, e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in *Id.*, (dir.) *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010 cit., pp. 71-72.

<sup>354</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 56.

<sup>355</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 57.



Bien entendu, à nouveau, cette théorie a été l'objet de nombreuses critiques doctrinales. Une première a concerné l'opportunité et la légitimité de l'application des droits fondamentaux au système des biens, ainsi que l'incertitude qu'une telle application entraînerait en termes de catégorie. Une deuxième critique tient en celle de l'absence de nécessité d'une notion de « biens communs », compte tenu de la possibilité d'un réexamen – partiel – de celle de « bien public ». En outre, une partie de la doctrine identifie comme problématique la dissimulation de la dimension collective des biens communs, masqué sous le caractère individuel des droits fondamentaux.

À tout le moins, il serait indispensable pour beaucoup de prévoir, au niveau du droit commun, une catégorie de biens fonctionnels dédiés à la satisfaction des droits fondamentaux et de prévoir un régime qui en soit l'expression<sup>356</sup> : une application directe du texte constitutionnel serait insuffisante<sup>357</sup>, postulat étant posé que la norme constitutionnelle ne peut être appliquée directement. Mais cet obstacle ne fait que renvoyer à la nécessité d'un texte législatif, que le projet de réforme élaboré par la Commission Rodotà aurait pu incarner<sup>358</sup>. Toutefois, en l'absence – à ce jour – de l'adoption d'un tel régime, il ne serait pas possible au juge de mener des interprétations conduisant à l'identification de « biens communs » tels que définis. Seule, à la rigueur, une interprétation dans le sens de l'exercice effectif des droits fondamentaux pourrait s'appliquer au régime de certains biens.

En troisième lieu, quant au rôle du juge, certains doutent qu'une interprétation du droit des biens à la lumière des droits fondamentaux permette de déterminer la notion de biens communs et que les décisions ne soient pas teintées de trop d'incertitude : « la détermination des frontières resterait incertaine, étant donné que les droits fondamentaux, tels qu'ils sont désormais pacifiquement reconnus, sont susceptibles d'être appliqués en fonction de facteurs historiques et environnementaux et que le 'développement de la personne' est un critère extrêmement indéterminé et certainement impossible à réduire à des indices objectifs »<sup>359</sup>. Pour d'autres cependant, le degré d'incertitude critiqué pourrait être compris comme une indication de la nécessité d'une étude plus approfondie du sujet, et non de son abandon.

Enfin, quelques critiques viennent de ceux qui estiment que cette construction fondée sur les droits fondamentaux est connotée d'un sens individualiste : « la technique des droits fondamentaux (...) néglige la dimension collective qui devrait plutôt caractériser la gestion du bien commun »<sup>360</sup>. Cette critique se prolonge d'une autre, relative à la possibilité que la place centrale de l'individu empêche l'émergence des « conflits sociaux et politiques liés aux biens communs »<sup>361</sup>. Rodotà défendait, lui, l'idée que les droits de la personne étaient une étape nécessaire d'émancipation, permettant à la personne de se situer dans une dimension collective sans voir son espace de liberté réduit. Mais la question de la collectivité et des conflits potentiels n'en existe pas moins, ne serait-ce qu'en raison de la nécessité de coordonner les intérêts des individus.

#### 4. *Beni comuni*, entre application horizontale des droits fondamentaux et « intérêts diffus »

La perspective qui relie droits fondamentaux et droit de biens peut également illustrer une forme d'application horizontale des droits fondamentaux. À cet égard, on peut s'appuyer sur l'intuition de Lina Bigliazzi Geri qui, il y a quelques années, avait réfléchi sur l'exclusivité du *dominium*, en affirmant qu'il consiste en la « possibilité d'exclure les tiers de la jouissance à niveau décisionnelle, à l'égard des choix concernant l'utilisation du bien »<sup>362</sup> et en concluait qu'il « faudrait réfléchir à la possibilité de construire des

<sup>356</sup> C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 189.

<sup>357</sup> C. CASTRONOVO *Eclissi del diritto Civile*, cit., pp. 15-84.

<sup>358</sup> C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto Civile*, cit., p. 42 ss.

<sup>359</sup> N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 131.

<sup>360</sup> V. M. R. MARELLA *Il principio costituzionale della funzione sociale e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, in G. ALPA, V. ROPPO (dir.), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Rome-Bari, 2013 p. 108.

<sup>361</sup> M. R. MARELLA, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit., p. 26. Sur l'origine individualiste et individuelle des droits fondamentaux v. aussi D. BONETTO, *Beni comuni, interessi comuni, rimedi individuali* in A. QUARTA, M. SPANO (dir.), *Beni Comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Milano-Udine, 2016, pp. 111 ss.

<sup>362</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Divagazioni su tutela dell'ambiente ed uso della proprietà*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1988, p. 1175.

“formes de ‘redistribution’“ des pouvoirs décisionnels ouverts à l’intervention des tiers »<sup>363</sup>. Elle posait l’hypothèse selon laquelle il serait possible de construire des prérogatives de tiers fondées sur la garantie de la satisfaction des droits fondamentaux.

On peut, pour illustrer le propos, mener une étude casuistique et prendre deux exemples, l’un relatif au droit à la santé, l’autre concernant l’intérêt environnemental et la recherche. Le but de cette démarche est de comprendre si, dans le droit positif italien, il est possible de trouver des règles permettant un contrôle, par les titulaires de droits fondamentaux, de l’usage du bien par le propriétaire, d’une part, et une possibilité d’accéder à certaines utilités des biens, d’autre part. Le choix méthodologique d’une analyse casuistique se justifie par le fait que les droits fondamentaux étant hétérogènes, ils appellent des analyses distinctes<sup>364</sup>.

#### 4.1. L’exemple de l’articulation du droit à la santé et de l’usage de certains biens

Dans l’ordre juridique italien la protection du droit à la santé a une double dimension : l’article 32 de la Constitution italienne le définit à la fois comme « droit fondamental de l’individu et intérêt de la collectivité »<sup>365</sup> :

« La République protège la santé en tant que droit fondamental de l’individu et intérêt de la collectivité. Elle garantit des soins gratuits aux indigents.

Nul ne peut être contraint à un traitement sanitaire déterminé, si ce n’est par une disposition de la loi. La loi ne peut, en aucun cas, violer les limites imposées par le respect de la personne humaine. »

Sur ce fondement, la Cour constitutionnelle a affirmé que la santé était à considérer « non seulement comme intérêt de la collectivité, mais aussi et surtout comme droit fondamental de l’individu, de sorte qu’il est un droit primaire et absolu, pleinement opérationnel aussi dans les rapports entre personnes privées »<sup>366</sup>. La protection constitutionnelle comprend également la « prétention de l’individu à des conditions de vie, d’environnement et de travail qui ne soient pas dangereuses »<sup>367</sup> pour la santé. L’existence de « positions symétriques des individus » par rapport à ce droit<sup>368</sup> et donc l’attribution à chacun du droit à la santé « implique (...) le devoir de l’individu de ne pas porter atteinte à la santé et de ne pas la mettre en péril avec son propre comportement, en respectant le principe général qui considère que le droit de chacun trouve une limite dans la reconnaissance réciproque et dans l’égale protection du droit coexistant des autres »<sup>369</sup>. De la jurisprudence de la Cour constitutionnelle émerge ainsi, également, l’importance de la perspective considérant la santé comme « intérêt de la collectivité », l’existence de positions « symétriques » faisant émerger l’interrelation entre les prérogatives de plusieurs titulaires. Or, cette dimension collective ou « transindividuelle » peut se manifester quand ce droit interfère, par exemple, avec les nécessités de l’usage de biens immeubles, comme dans le cas où l’individu est un résident d’immeuble où se développent des activités qui nuisent à sa santé.

Dans ce type d’hypothèses, la Cour constitutionnelle a affirmé que la « pleine et exhaustive protection » que la Constitution attribue au droit à la santé « s’articule en diverses situations subjectives en raison de la

<sup>363</sup> *Ibidem*, p. 1176. V. aussi S. RODOTA, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, nn. 5-6, 1976-77.

<sup>364</sup> À ce propos v. not. N. BOBBIO *L’età dei diritti*, Torino, 1990, p. 22. Dans la perspective du droit européen, v. not. D. LECZYKIEWICZ, in *Horizontal application of the Charter of Fundamental Rights*, in “European Law Review”, n. 4, 2013.

<sup>365</sup> V. not. A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32 in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, (dir.), Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

<sup>366</sup> C. Cost., 26 juillet 1979, n. 88. Dans la même perspective, à propos de l’application de l’article 32 Const en droit privé : C. Cost., 14 juillet 1986, n. 186, C. Cost. 18 décembre 1987, n. 559 ; les arrêts sont disponibles sur : [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Dernier accès : 20 décembre 2018.

<sup>367</sup> C. Cost., 2 juin 1994, n. 218, disponible sur : [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Dernier accès : 20 décembre 2018.

<sup>368</sup> C. Cost., 2 juin 1994, n. 218, disponible sur : [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Dernier accès : 20 décembre 2018.

<sup>369</sup> C. Cost., 2 juin 1994, n. 218, disponible sur : [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Dernier accès : 20 décembre 2018.

nature et du type de protection que l'ordre juridique attribue à l'intégrité et à l'équilibre physique et psychique de la personne humaine par rapport aux relations juridiques concernées»<sup>370</sup>. Par rapport au droit des biens, deux directions peuvent être suivies pour appliquer cette articulation : soit celle des troubles de voisinage (article 844 du Code civil italien<sup>371</sup>) ; soit la règle qui prévoit une action juridictionnelle préventive atypique (article 700 du Code de procédure civil italien). S'il n'y a pas le lieu de les examiner en détail, on retracera néanmoins succinctement leur utilisation car elle a permis que de tiers non propriétaires, dont le droit à la santé était concerné par certains usages des biens, puissent agir en justice et voient protégé leur droit devant le juge civil<sup>372</sup>.

Quant à la première direction, il faut préciser que l'article 844 qui régit l'action en cessation en cas de troubles de voisinage, avait été traditionnellement interprété comme une règle n'intéressant que les relations entre deux propriétaires et l'équilibre à établir entre deux fonctions différentes du droit exclusif d'usage du bien : le développement de l'entreprise et la conservation de la propriété foncière<sup>373</sup>. Néanmoins, une partie de la doctrine<sup>374</sup> et de la jurisprudence ont construit une interprétation de la règle à la lumière de la Constitution. C'est ce qui a permis qu'elle tienne compte du droit à la santé. Pourtant, la question avait été posée en 1974 à la Cour constitutionnelle<sup>375</sup> : celle-ci avait alors exclu la possibilité que la norme puisse protéger les droits à la santé et à un environnement sain, en raison de la *ratio legis* de l'article 844 du Code civil. Selon la Cour, il se limiterait à considérer l'intérêt des propriétaires à rejeter les ingérences de tiers. Cette interprétation est toujours suivie par une partie de la jurisprudence<sup>376</sup> et de la doctrine<sup>377</sup>. Néanmoins, une autre partie de la jurisprudence et de la doctrine<sup>378</sup>, quand bien même elles ne

<sup>370</sup> C. Cost. 16 octobre 1990, n. 455, disponible sur : [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Dernier accès : 20 décembre 2018.

<sup>371</sup> Article 844, c. civ. : « Le propriétaire d'un fond ne peut pas empêcher les nuisances de fumées ou de chaleur, les fumées, les rumeurs, les secousses, et propagation similaires dérivante du fond du voisin, s'ils ne dépassent pas la tolérance normale, en considérant aussi de la situation des lieux.

En l'application de cette norme, l'autorité judiciaire doit concilier les exigences de la production avec les raisons de la propriété. Elle peut tenir compte de la priorité d'un certain usage ».

<sup>372</sup> Cette jurisprudence a également abordé la question dans la perspective de l'articulation de l'art. 844 Cod. Civ. et d'un régime public réglementant une activité. En ce qui concerne le premier, la jurisprudence relative à l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'à l'article 844 du Code civil, tend à affirmer que la violation du droit à la santé peut également être établie indépendamment de toute réglementation permissive de droit administratif, en considérant que ce type de cas ne concerne pas « les relations entre particuliers ». La question est résolue par la jurisprudence sur le fondement d'un double argument : les tribunaux considèrent comme au-delà d'une tolérance normale les entrées qui dépassent les seuils fixés comme maximaux par le droit public. Par ailleurs, être en dessous du seuil des entrées n'exclut pas que les nuisances puissent dépasser la tolérance normale ; dans cette dernière hypothèse, en raison du champ différent du droit public et du droit privé, la possibilité de l'application de l'article 844 du Code Civil n'est pas exclue. A ce propos : Cass. Civ. 27 juillet 2000, n. 9893, disponible sur [www.studiolegale.leggiditalia.it](http://www.studiolegale.leggiditalia.it), dernier accès : 6 janvier 2018 ; Trib. Venezia, 14 avril 2003, disponible sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) dernier accès : 6 janvier 2018 ; Cass. Civ. 25 juin 2012, n. 10587, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), dernier accès : 6 janvier 2019. Sur la question v. not. F. PIAIA, *Intollerabilità delle immissioni acustiche : primato dell'art. 844 c.c. e risarcimento del danno non patrimoniale* (nota a sentenza), in «Danno e responsabilità», n. 2, 2017, pp. 175 ss. ; dans une approche critique : M. MAUGERI *Immissioni acustiche, normale tollerabilità e normative di settore: la nuova disciplina*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», n. 4, 2010, pp. 20204.

<sup>373</sup> U. MATTEI écrit à ce propos que, dans l'article 844 Cod. civ., le mot « production » est utilisé « pour identifier l'utilisation dynamique de la propriété, tandis que le mot 'propriété' identifie son utilisation statique » ; *Id.*, voce *Immissioni*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1993, et U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 2015 pp. 330 ss. ; à ce propos v. aussi : VISINTINI, voce *Immissioni (Diritto Civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, 1982, pp. 1218 ss. ; V. SCALISI, *Immissioni di rumore*, cit., p. 148.

<sup>374</sup> V. not. G. VISINTINI, voce *Immissioni*, cit., pp. 1221 ; V. Scalisi, *Immissioni di rumore*, cit., pp. 127 ss.

<sup>375</sup> Corte Costituzionale, 23 juillet 1974, n. 247, disponible sur : [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Dernier accès : 5 janvier 2019. Pour une critique de l'arrêt v. V. SCALISI, *Immissioni di rumore*, cit., p. 134.

<sup>376</sup> Une partie de la jurisprudence adopte cette approche : Cass. Civ. Sez. Un., 6 octobre 1975, n. 3164 ; Trib. Verona, 27 septembre 2011, disponible sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), dernier accès : 5 janvier 2019 ; Cass. Civ. Sez. Un., 20 octobre 2014, n. 22116 ; Cass. Civ. Sez. Un. 27 février 2013, n. 4848, disponible sur [www.studiolegale.leggiditalia.it](http://www.studiolegale.leggiditalia.it) dernier accès : 5 janvier 2019.

<sup>377</sup> Pour une perspective critique, v. U. MATTEI, *La proprietà*, cit., pp. 339 ss. ; A. M. MUSY, *Immissioni sonore nell'isola di Ponza, regole economiche, superstizioni e soluzioni giuridiche*, in «Giurisprudenza italiana», n. 1, 1996.

<sup>378</sup> Affirmant cette possibilité, C. MASSIMO BIANCA, *La proprietà*, Milano, 2017 pp. 168 ss. ; B. POZZO, *Ambiente (strumenti privatistici di tutela dell')*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 2003. En ce qui concerne la jurisprudence : Cass. Civ. chambres réunies, 6 septembre 2013, n. 20571, disponible sur [www.studiolegale.leggiditalia.it](http://www.studiolegale.leggiditalia.it) dernier

s'accordent pas sur les arguments techniques<sup>379</sup>, admet la possibilité d'utiliser la même règle aux fins de protection de la santé et du droit à un environnement sain : le droit à la santé serait sinon un droit « désarmé »<sup>380</sup>. Sur ce fondement, la possibilité d'appliquer par analogie l'article 844 Code civil à des hypothèses autres et de fonder une action en cessation de nuisances portant atteinte au droit à la santé a été admise (avec des références à l'article 32 de la Constitution également)<sup>381</sup>, confinant parfois à une injonction de changer l'usage du propriétaire (aux fins de réduire les nuisances sous le seuil de la limite de la tolérance normale)<sup>382</sup>. Elle l'a même été pour des locataires (sur le fondement de l'article 1585 du Code civil<sup>383</sup>), voire dans d'autres cas<sup>384</sup> (certains affirmant la nécessité de l'étendre « à tous les titulaires de l'intérêt en cause, indépendamment de l'existence d'un lien entre eux et le fond »<sup>385</sup>). Certes, la direction peut être critiquée en ce qu'elle attribue une nouvelle fonction à une règle conçue pour protéger la propriété<sup>386</sup>, avec des résultats qui ne sont pas toujours satisfaisants. Elle répond cependant à une difficulté du droit privé à protéger, à travers une technique différente de la réparation du dommage, le droit à la santé par rapport à un usage de biens qui lui porte atteinte.

L'autre instrument utilisé pour assurer une protection du droit à la santé, et dans certains cas à un environnement sain, consiste en l'action juridictionnelle préventive atypique (*azione cautelare*) prévue par l'article 700 du Code de procédure civile italien<sup>387</sup>. À partir des années 1980, s'est en effet affirmée une interprétation selon laquelle l'utilisation de l'article 700 pour protéger le droit à la santé pourrait se fonder sur la possibilité d'obtenir une décision sur le fond (article 844 c. civ.)<sup>388</sup>. Un autre argument a été

accès : 5 janvier 2019; Cass. Civ., 5 août 2011, n. 17051, disponible sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), dernier accès : 5 janvier 2019 ; Cass. Civ. 12 juillet 2016, n. 14180, disponible sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), dernier accès : 5 janvier 2019. V. obs. R. SAVOIA, *Società autostrade condannata a realizzare la barriera antirumore se le immissioni rumorose superano la normale tollerabilità* in "Diritto & giustizia", n. 32, 2016, pp. 5 ss.; Trib. Palermo 10 mars 2004, in "Il foro italiano", n. 1, 2005, pp. 1267 ; Cass. Civ. 23 mai 2013, 12828 disponible sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), dernier accès : 5 janvier 2019 ; Cass. Civ. 15 octobre 1998, n. 10186, in "Danno e Responsabilità", obs. de A. BATA e A. SPIRITO, 1999, n. 1 pp. 107 ss.; Cass. Civ. 9 janvier 2013, n. 309 ; Cass. Civ. 4 septembre 2013, n. 20340); Cass. Civ., chambres réunies, 15 octobre 1998, n. 10186. V. aussi S. MAGLIA, M. A. LA BARILE, *Immissioni rumorose: pericolose (e "silenziose") novità* in "Ambiente e sviluppo", n. 5, 2009, pp. 423 ss.

<sup>379</sup> G. VISINTINI, voce *Immissioni*, cit., pp. 1221; R. PETRUSO, voce *Immissioni* in *Digesto delle discipline privatistiche*, 2012.

<sup>380</sup> P. PERLINGIERI e P. PISACANE, *Art. 32*, in P. PERLINGIERI (dir.) *Commento alla Costituzione Italiana*, Napoli, 1997, p. 209.

<sup>381</sup> Trib. Reggio Emilia, 28 septembre 1994, in "Giustizia civile", n. 6, 1995, 1663 ss., obs. E. PELLECCIA, *Brevi note in tema di disciplina delle immissioni, tutela della salute e rimedio inibitorio* ; Trib. Roma, 9 mai 2011, in "Responsabilità civile e previdenza", n. 11, 2011, obs. G. TOMMASINI, *La tutela d'urgenza della salute contro le immissioni acustiche eccedenti la normale tollerabilità*; Cass. Civ. 25 août 2014, n. 18195, disponible sur [www.studiolegale.leggiditalia.it](http://www.studiolegale.leggiditalia.it) dernier accès : 5 janvier 2019.

<sup>382</sup> Il est particulièrement intéressant Cass. Civ. 12 juillet 2016, n. 14180, où la Cour de Cassation a ordonné à la société gérant les autoroutes de construire des barrières antibruit.

<sup>383</sup> V. not. Cass. Civ. 22 décembre 1995, n. 13069 in "Giurisprudenza italiana", n. 7, 1996, obs. F. COLLURA *Nota in tema di diritto personale di godimento* ; v. aussi G. ACERBIS, *Immissioni intollerabili, circolazione del fondo e lesione del diritto di proprietà*, in "Responsabilità Civile e Previdenza", n. 6, 2000, pp. 1371 ss. ; U. MATTEI *La proprietà*, cit., pp. 340 ss. ; G. VISINTINI, voce *Immissioni (Diritto Civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, 1982, pp. 1218 ss.

<sup>384</sup> V. not. V. SCALISI, *Immissioni di rumore*, cit., p. 161 ; U. MATTEI, *La proprietà*, cit., p. 340.

<sup>385</sup> V. Scalisi, *Immissioni di rumore*, cit., p. 161-162.

<sup>386</sup> S. RODOTA, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, cit., pp. 898 ss. V. aussi V. SCALISI, *Immissioni di rumore*, cit., p. 139 ss.

<sup>387</sup> « (...) qui a des motifs sérieux de soupçonner que, pendant le temps nécessaire pour faire valoir son droit dans la voie ordinaire, son droit va être menacé par un préjudice imminent et irréparable, peut demander (...) au juge les mesures d'urgence qui apparaissent, en raison des circonstances, plus appropriées pour assurer provisoirement les effets de la décision sur le fond ».

<sup>388</sup> Pret. Vigevano, 22 mars 1985, Pret. Thiene, 1984, in "Giurisprudenza di merito", 1985, p. 1040 e ss. obs. R. FUZIO, *La tutela della proprietà o dell'ambiente?* ; Pret. Verona, 29 juin 1984, in "Giustizia civile", n. 1, 1984, 3192 ss.; Pret. Abbiategrosso, 12 juillet 1988, in "Responsabilità civile e previdenza", 1998, n. 1, 1004 ss, obs. *Sulle immissioni di rumori molesti*, di F. CHIAVEGATTI ; Pret. Molfetta, 27 février 1989, in "Archivio delle locazioni", 1989, pp. 351 ss.; Corte App. Roma, 30 janvier 2013, n. 563, disponible sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), dernier accès : 15 décembre 2018 ; Trib. Salerno, 3 novembre 2004, disponible sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), dernier accès : 15 décembre 2018 ; Trib. Foggia, 27 février 2007 in "Il Foro Italiano", nn. 7-8, 2007, obs. *Tutela della salute e inquinamento elettromagnetico: quale valore per i limiti legali?* di F. MATTOSOGLIO.

utilisé par la Cour de cassation, en chambres réunies en 1985<sup>389</sup>, puis adopté par une partie de la jurisprudence<sup>390</sup>, selon lequel la possibilité d’agir en justice sur le fondement de l’article 700 c.p.c. se justifierait parce que la disposition prévoit la réparation du dommage en nature<sup>391</sup>. Dans certains arrêts de 2000, la Cour de cassation observe aussi que qu’« il serait contradictoire d’affirmer » que le droit à la santé « ne tolère pas d’interférences externes qui peuvent porter atteinte à son intégrité, et en même temps [d’]admettre que la personne peut agir en justice seulement pour demander la réparation de son dommage, et non une action préventive »<sup>392</sup>. De cette manière, une protection préventive était admise. Certaines interprétations la fonde directement sur l’article 32 de la Constitution : « le fondement du droit à la santé, prévu par l’art. 32 Const., [justifierait] en soi, et non de manière subordonnée à une norme qui protège la propriété » une invocation en justice<sup>393</sup>. Pour autant, les arrêts postérieurs utiliseront le critère de la « tolérance normale » prévu par l’art. 844 c.c., l’appliquant par analogie<sup>394</sup>. Il faut aussi souligner qu’une partie de la jurisprudence reconnaîtra qualité à agir non seulement aux titulaires de droits réels concernés par les nuisances, mais aussi à des requérants se qualifiant de résidents<sup>395</sup>.

En définitive, on remarque que les fondements utilisés ont été construits par la jurisprudence, sur la base du droit positif existant. Le risque, qui a été souligné alors, était de voir émerger une interprétation qui, d’une part, ne soit pas cohérente avec l’ensemble du système et, d’autre part, qui ne soit pas efficace pour protéger le droit à la santé. Par ailleurs, si l’on comprend les raisons pour lesquelles, la jurisprudence va, dans certains cas, jusqu’à « déformer » le sens des règles, dans d’autres cas on note qu’elle fonde directement les actions sur l’article 32 de la Constitution et recourt au mécanisme de l’analogie ; elle le fait en raison de la difficulté d’identifier des règles de droit privé susceptibles d’être interprétées à la lumière de la Constitution et qui ne prévoiraient pas seulement des recours en réparation du préjudice. Il convient également de noter qu’il y aura persistance du contentieux de protection du droit à la santé via les normes de droit civil, même après l’adoption de diverses réglementations de droit public. Cela pose la question de l’efficacité des autres instruments juridiques et de la nécessité de prévoir des recours complémentaires à la protection administrative. Enfin, l’article 844 du Code civil, tel qu’interprété par la jurisprudence, conduit à la construction d’une qualité à agir assez large, « ouverte » (du fait du fondement direct sur l’article 32 Const.). Dès lors, l’existence d’une pluralité de sujets – identifiables –, détenteurs du droit à la santé et qui peuvent être

<sup>389</sup> Cass. Civ. Sez. Un., 19 juillet 1985, n. 4263, in “Giustizia civile”, I, 1986, p. 128 ss, obs. Zerella, *La tutela del diritto alla salute e la disciplina delle immissioni*; Trib. Padova, 24 novembre 2006, disponible sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), dernier accès : 15 décembre 2018.

<sup>390</sup> Trib. Verona, 13 octobre 1989 ; Cass. Civ., 11 septembre 1989, n. 3921, disponible sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), dernier accès : 15 décembre 2018 ; Trib. Palermo, 12 novembre 2008 disponible sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), dernier accès : 15 décembre 2018 ; Cass. Civ., Sez. Un., 8 novembre 2006, n. 23735, disponible sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), dernier accès : 15 décembre 2018 ; Trib. Salerno, 28 avril 2007, in “Giurisprudenza di merito”, n. 12, 2007, obs. *Il diritto incompressibile all’ambiente salubre e la sindrome di N.I.M.B.Y.* di L. VIOLA ; App. Milano, 17 juillet 1992 ; Cass. Civ., 11 septembre 1989, n. 3921 ; Trib. Venezia, 14 avril 2003, disponible sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), dernier accès : 15 décembre 2018.

<sup>391</sup> Art. 2058 Cod. civ. Sur le point v. A. D’ADDA *Art. 2058* in E. GABRIELLI (dir.) *Commentario al Codice Civile*, Torino, 2011 ; M. LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, cit., pp. 341 ss. M. R. MARELLA *Attuazione del diritto e regole di responsabilità. Contributo allo studio della riparazione del danno*, Perugia, 1996 pp. 25 ss.; G. CECCHERINI *Risarcimento in forma specifica e diritti della persona: una nuova forma di tutela?* in “Rivista critica del diritto privato”, n. 1-2, 1993, pp. 75 ss. En ce qui concerne la jurisprudence : Pret. Verona 12 novembre 1987, in “Giustizia civile”, 1988, I, p. 801 ss. ; Cass. Civ., 27 juillet 2000, n. 9893 disponible sur [www.studiolegale.leggiditalia.it](http://www.studiolegale.leggiditalia.it) dernier accès : 15 décembre 2018 ; Verona, 28 mars 2001, in “Giurisprudenza italiana”, 2001, 2063 ss. obs. T. DELLA MASSARA, *Due pronunce in tema di elettrosmog: ovvero dei ragionevoli limiti di un approccio generalizzante di fronte alla specificità del caso concreto*.

<sup>392</sup> Cass. Civ., 27 juillet 2000, n. 9893 disponible sur [www.studiolegale.leggiditalia.it](http://www.studiolegale.leggiditalia.it) dernier accès : 15 décembre 2018.

<sup>393</sup> Pret. Milano, 5 février 1990, in “Responsabilità civile e previdenza”, 1990, pp. 604 ss. ; Pretura Torino, 27 décembre 1990, in “Diritto di famiglia”, 1991, 1060.

<sup>394</sup> Pret. Torino, 27 décembre 1990, in “Diritto di famiglia”, 1991, 1060 ; Cass. Civ. 27 juillet 2000, n. 9893 disponible sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), dernier accès : 15 décembre 2018 ; C. BELFIORE *Ancora sulla difesa dei rumori*, cit., p. 283 ; Pret. Milano, 5 février 1990, in “Responsabilità civile e previdenza”, 1990 ; Cass. Civ. 6 avril 1983, n. 2396, in “Responsabilità civile e previdenza”, 1983, pp.760 ss.

<sup>395</sup> Pret. Pietrasanta, 8 novembre 1986, in “Il foro italiano”, 1987, I, 3372, in “Rass. giur. Enel”, 1990, 523 ; Pret. Modica, 31 juillet 1990, in “Il foro italiano”, 1992, I, 2303 ; Trib. Padova, 24 novembre 2011, disponible sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), dernier accès : 15 décembre 2018 ; M. LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, cit., pp. 329 ss.



concrètement affectés par la même nuisance et dans le même temps, permet de réfléchir à l'existence d'une communauté identifiable dans la pratique. Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence emporte modification des usages du bien possibles, en permettant à des personnes non titulaires d'un droit de propriété et qui n'exercent pas de fonctions publiques d'agir en justice.

#### 4.2. L'exemple de l'articulation de l'intérêt environnemental et paysager avec l'usage de certains biens

Aux fins de comprendre comment des intérêts constitutionnellement protégés peuvent conduire à la possibilité de jouir des utilités d'un bien d'autrui<sup>396</sup>, il est utile d'analyser également l'importance de l'intérêt environnemental et paysager dans la jurisprudence italienne. On constatera que cet intérêt est moins bien reçu que le précédent.

Un arrêt de la Cour constitutionnelle de 1976<sup>397</sup> avait ainsi à connaître de la légitimité constitutionnelle de l'article 842 du Code civil, par rapport aux articles 9 et 33 de la Constitution. Plus précisément, il s'agissait d'un conflit entre droit des chasseurs d'accéder aux biens d'autrui et intérêts autres, dont les bénéficiaires demandaient la même possibilité. Les juges du fond avaient estimé que le droit des chasseurs « impliqu[...],ait un droit égal en faveur de ceux qui poursuivent (...) des intérêts artistiques, scientifiques et culturels en général », (sur le fondement de l'article 2 de la Constitution et de l'article 3, quant à l'interdiction des discriminations). La Cour Constitutionnelle affirme quant à elle que « l'éventuelle faculté d'entrée dans un fond d'autrui pour y exercer (...) les activités artistiques-culturelles mentionnées n'a pas un (...) caractère d'essentialité » par rapport à l'exercice des libertés invoquées ; ces activités seraient « susceptibles de concrétisation autre, en considérant leur substance complexe et multiforme [...] ». La Cour justifie aussi l'exclusion de la possibilité d'un droit d'accès égal à celui prévu pour les chasseurs en raison de la protection que la constitution garantit à la propriété<sup>398</sup>.

La direction n'évoluera pas avec un arrêt de la Cour de cassation du 27 août 1999. La Cour y a en effet affirmé qu'un « droit d'accès à la nature » ayant comme contenu la « liberté d'accéder, sans porter préjudice à d'éventuelles cultures existantes, au fond d'autrui non clôturé, aux fins de faire des activités d'excursion ou similaires » n'existait pas, refusant par là toute application analogique de l'article 842 du Code civil à d'autres situations<sup>399</sup>.

Certes, on pourrait imaginer des cas où l'intérêt en question pourrait être considéré comme plus « essentiel ». Par exemple, le cas d'un chercheur qui mènerait son activité de recherche, financée par l'État, sur une plante ou un habitat situé sur un fonds appartenant à autrui et dont il demanderait l'accès. Dans ce cas, la Cour constitutionnelle ne pourrait pas utiliser l'argument d'une « autre concrétisation possible » et devrait peut-être constater la réduction excessive de la liberté de recherche impliquée par l'exclusion de l'accès. Dans cette hypothèse donc, le bien pourrait être considéré comme nécessaire à l'exercice d'une liberté dont un sujet identifié est titulaire ; sa « fonction » serait d'y répondre. On pourrait même se demander s'il n'y aurait pas des situations où une communauté serait intéressée et pourrait faire valoir des « intérêts diffus »<sup>400</sup>. Dans ce cas, les réflexions devraient porter sur le critère de reconnaissance de l'intérêt. Or, du point de vue du paysage ou de l'intérêt environnemental, le critère dit des *vicinitas*, utilisé par la jurisprudence administrative en matière de qualité à agir au regard des

<sup>396</sup> Dans le contexte français v. not. F. OST., *La nature hors la loi*, Paris, 2003, pp. 323 ss.

<sup>397</sup> C. Cost., 25 mars 1976 n. 57, disponible sur [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), dernier accès : 15 décembre 2018. Sur ce point : G. LIOTTA, *Profili dell'accesso nel diritto privato*, Padova, 1992, pp. 123 ss., F. VALGUARNERA, *Accesso alla natura fra ideologia e diritto*, Torino, 2010, p. 176.

<sup>398</sup> Une partie de la doctrine critique l'approche adoptée par la Cour, v. F. VALGUARNERA, *Accesso alla natura* cit., p. 170.

<sup>399</sup> Par ex. Art. 3, l. 572, 16 décembre 1985, selon lequel « la récolte des truffes est libre dans les bois et sur les terres non cultivées ». Sur ce point, F. VALGUARNERA, *Accesso alla natura fra ideologia e diritto*<sup>2</sup>, Turin, 2010, pp. 166-167.

<sup>400</sup> *Intérêts diffus (Italie)* in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, Paris, 2017, p. 698-702.

intérêts diffus<sup>401</sup>, peut être considéré comme adapté (et pourrait se coupler avec la considération du droit de vivre dans un environnement sain<sup>402</sup>) : il permet de sélectionner les situations dans lesquelles, en raison du critère de « proximité », l'exercice des intérêts protégés au niveau constitutionnel peut être fortement compromis ; alors une interprétation constitutionnelle de la norme serait nécessaire, sous peine de réduction injustifiée d'un intérêt protégé au niveau constitutionnel. Ce serait l'une des applications de la notion de « bien commun » introduite en droit positif par les arrêts de 2011.

Il reste que, si on allait dans cette direction, il faut mesurer l'impact de la protection des droits fondamentaux sur le régime du bien, notamment en ce qui concerne les prérogatives de tiers sur les utilités des bien, et leur qualité à agir. Sur le premier aspect, cette protection peut impliquer des conséquences sur l'usage du bien concerné par le propriétaire, une réduction des utilités que le système lui permet de tirer du bien. Néanmoins, cela ne peut pas aller jusqu'à permettre aux titulaires du droit fondamental, de jouir, à travers une de leurs activités, des utilités que le bien exprime. En ce qui concerne la possibilité d'intenter une action en justice, les règles de droit privé qui ont été examinées, en tant que règles relatives aux droits réels ou liées à une activité spécifique telle que la chasse dans le cas de l'article 842 du Code civil, permettent difficilement un recours « généralisé », fondée sur une titularité de l'intérêt protégé par la Constitution.

Le tout permet de réinterpréter la fonction sociale de la propriété<sup>403</sup>. Une partie de la doctrine italienne affirme en effet que cette fonction « fait émerger, sur le plan constitutionnel, une nouvelle position de l'individu, qui n'est plus considéré seulement (...) *uti singulis* ou *uti cives*, mais aussi dans le rôle qu'il joue dans la *societas*, donc non par rapport à l'Etat, mais par rapport aux autres individus, et donc *uti socius* »<sup>404</sup>. D'autres la considère comme une limite interne à la propriété qui, si elle n'impose pas un comportement au propriétaire, implique que « la légitimité du comportement du *dominus* [soit] épuisée quand il arrive à la limite d'être antisocial »<sup>405</sup>. Dans ces théories, « le libre développement de la personnalité »<sup>406</sup>, protégé par l'article 3, alinéa 2, de la Constitution italienne fonderait la limitation et permettrait de tirer trois types de conséquences.

En premier lieu, l'admission de cette fonction sociale permettrait l'application par analogie des règles limitatives du droit de propriété quand leur application permet la poursuite de cette finalité de libre développement, soit des intérêts « non exclusivement patrimoniaux (...) répondants aux principes de solidarité et de dignité de la personne »<sup>407</sup>. Chacun serait titulaire de ces intérêts constitutionnellement protégés<sup>408</sup>.

En deuxième lieu, la réflexion sur la fonction sociale de la propriété pourrait conduire à identifier un vide juridique par rapport à certains usages du bien, soit lorsque l'activité du propriétaire entre en conflit avec la possibilité concrète de satisfaction des intérêts constitutionnellement protégés.

Enfin, la fonction sociale de la propriété servirait de justification à une réduction des pouvoirs du propriétaire, réduction qui dériverait de la construction de prérogatives sur le bien au profit de titulaires, tiers non-propriétaires. À ce propos, il pourrait être soutenu que ces limitations constituent des expropriations et qu'elles justifient donc une indemnisation. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour

---

<sup>401</sup> Ce critère consiste en « un lien stable et significatif (...) du demandeur avec l'environnement à protéger », Cons. Et. 27 mars 2003, n. 1600, disponible sur [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) (dernier accès : 28 décembre 2018). Sur le thème de la *vicinitas*, et sur l'intérêt environnemental comme intérêt à agir, v. A. MAESTRONI *La vicinitas quale condizione per l'azione; paletti interpretativi in relazione alla questione della necessità della prova effettiva di un danno attuale e concreto in capo al gruppo di cittadini ricorrente*, in «Rivista giuridica dell'ambiente», n. 5, 2014 ; S. GUARINO, *La legittimazione a ricorrere in materia di provvedimenti autorizzatori alla realizzazione di impianti di energia da fonte rinnovabile*, in «Rivista giuridica dell'ambiente», n. 5, 2013 ; P. BERTOLINI, *Problematiche connesse alle condizioni dell'azione nei ricorsi in materia ambientale proposti da cittadini uti singuli*, in «Rivista giuridica ambiente», n. 6, 2012.

<sup>402</sup> Cette approche est celle de F. VALGUARNERA, *Accesso alla natura* cit., p. 187.

<sup>403</sup> Sur l'articulation de l'accès avec la propriété dans le contexte français, v. J. ROCHFELD, *Accès (enjeux théoriques)*, in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD, *Dictionnaire des biens communs*, Paris, 2017, 7-12.

<sup>404</sup> U. NATOLI, *La proprietà*, cit., p. 186.

<sup>405</sup> U. NATOLI, *La proprietà*, cit., p. 192.

<sup>406</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>407</sup> P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, Napoli, 1970, p. 73.

<sup>408</sup> En ce sens, U. MATTEI, *Una primavera di movimento*, cit., p. 548.

Constitutionnelle déjà analysée<sup>409</sup> les regardent comme des mesures conformes au régime des biens, n'affectant qu'une catégorie d'usages et ne requérant pas une indemnisation.

### 5. Droits fondamentaux et intérêt commun : les sens possibles de « *beni comuni* » et les pistes de réforme

On a considéré le rapport entre droits fondamentaux et droit des biens. Cette analyse nous permet désormais de revenir sur le sens de l'adjectif « communs », ainsi que sur les deux déclinaisons possibles de la notion juridique de « biens communs », pour proposer des pistes de réformes.

Au vu des évolutions, l'adjectif « commun » peut être en premier lieu entendu dans une perspective intersubjective : dans ce sens, il vise à désigner des intérêts constitutionnellement protégés, liés au libre développement de la personnalité, dont chacun serait titulaire et dont il faudrait garantir des possibilités égales de satisfaction au travers de l'invocation des droits fondamentaux (notamment en raison de l'exigence de l'« égalité substantielle » protégée par l'article 3 de la Constitution). Dans ce cas, il existe à la fois une dimension subjective et une dimension collective de ces intérêts et les individus ne disparaissent pas dans une objectivité ayant pour seul représentant l'État. On tient compte de la multiplicité des sujets porteurs de ces intérêts. La communauté est donc ici construite à partir des individus ; la collectivité coïncide avec la « communauté humaine »<sup>410</sup> (mais dans une perspective dynamique, c'est-à-dire dans la mise en œuvre de l'intérêt, la communauté peut être identifiée de manière flexible, du fait des nécessités de l'exercice concret d'une prérogative<sup>411</sup>).

Dans cette perspective, l'expression « biens communs » peut renvoyer à deux sens différents. Le premier renvoie à des hypothèses dans lesquelles l'existence des « intérêts communs » affecte le régime du bien en imposant la construction de prérogatives de titulaires d'intérêts communs (en l'occurrence les intérêts constitutionnellement reconnus comme droits fondamentaux), en parallèle du droit de propriété et de l'intérêt public concrétisé par l'État. Les prérogatives des titulaires pourraient être, dans une gradation vers le maximum de communalité<sup>412</sup>, soit de contrôle (*via* des actions en cessation de certains usages par exemple, comme pour le droit à la santé), contrôle sur l'activité du propriétaire qui ne serait alors pas intégralement confié à la personne publique ; soit de bénéfice de certaines utilités du bien considérées comme « communes » (impliquant une nécessité de coordonner des usages multiples, entre titulaires des intérêts communs et propriétaire) ; soit de bénéfice de la totalité des utilités, toutes dédiées à la satisfaction des intérêts communs, comme dans les cas traités par la Cour de cassation italienne en 2011<sup>413</sup>, mais à l'égard de biens publics. Dans ces prérogatives, il faut également insister sur la dimension procédurale. Il devrait être également possible d'introduire des formes de recours collectifs

<sup>409</sup> V. *supra*.

<sup>410</sup> S. RODOTA, *Beni comuni: una strategia globale contro lo Human divide*, cit., p. 327.

<sup>411</sup> Et, donc, le mécanisme de concrétisation de l'intérêt semble faire ressortir l'existence d'une communauté définie, cependant non pas comme une *prius* par rapport à la titularité d'une prérogative sur le bien, mais comme une conséquence de l'existence d'une pluralité de détenteurs individuels d'un intérêt protégé par la Constitution, concrètement en jeu dans l'usage du bien.

<sup>412</sup> Pour la construction de cette classification, v. E. DICIOTTI, *I beni comuni nell'attuale dibattito politico e giuridico: un chiarimento concettuale, un'apologia e una critica*, in "Ragion pratica", n. 2, 2013.

<sup>413</sup> V. *supra*.



ou « communs » pour faire valoir les intérêts<sup>414</sup>. À nouveau, la dimension commune ne serait pas identifiée *a priori*, mais permettrait de « mettre en commun des intérêts similaires »<sup>415</sup> dans un contexte donné.

Évidemment, les critiques peuvent être multiples : flou des notions utilisées, atteintes à la propriété sur ces fondements indéfinis et expansion non contrôlée de la notion, diversité des régimes réunis sous l'appellation de « biens communs », etc. Néanmoins, on ne peut nier qu'il existe des interactions entre le droit des biens et les intérêts constitutionnellement protégés. Il est donc nécessaire de réfléchir de manière systématique à la construction d'un régime de biens « communs ».

Celle-ci pourrait en outre, en second lieu, être exclusivement réservée aux hypothèses où la totalité des utilités d'un bien serait destinée à la satisfaction des intérêts constitutionnellement protégés. On fixerait là plus précisément le régime et les limites de son utilisation par un propriétaire, mais on en limiterait l'application aux biens publics.

*In fine*, pour construire le lien entre biens et droits fondamentaux, une distinction pourrait être faite entre les cas dans lesquels une atteinte à l'intérêt protégé, droit fondamental, dépend d'une activité du propriétaire (contrôle) et les cas dans lesquels l'utilisation du bien par le tiers non-propriétaire est nécessaire ou opportune (utilisations). Dans le premier groupe d'hypothèses, une règle générale serait intéressante qui permettrait aux titulaires de l'intérêt protégé d'agir en cessation d'utilisations du bien par le propriétaire qui portent préjudice à son intérêt (contrôle de l'utilisation du bien menée par le propriétaire). Dans le deuxième groupe d'hypothèses, quand la réalisation de l'intérêt protégé nécessite une utilisation des biens par le tiers non-propriétaire, il faudrait envisager la possibilité d'une règle permettant l'accès aux biens pour les utilisations *nécessaires à la réalisation de l'intérêt constitutionnellement protégé*<sup>416</sup>. Le critère de l'ouverture de l'accès tiendrait ici en une mise en balance des atteintes que devrait subir le propriétaire avec la possibilité, pour les tiers, de satisfaire l'intérêt constitutionnellement protégé par d'autres voies. L'accès serait permis quand l'exercice de ce dernier serait impossible ou excessivement difficile autrement. Enfin, il faut considérer le rôle que devrait jouer le droit administratif dans cette reconstruction des régimes du droit des biens privés dans un sens de satisfaction des intérêts constitutionnellement protégés. En prenant l'exemple du droit à la santé, le droit administratif aurait à déterminer un seuil au-delà duquel la nuisance est considérée comme non-tolérable, sauf preuve contraire du propriétaire. En dessous de ce seuil, la preuve d'un préjudice par le titulaire du droit à la santé pourrait être exigée. Dans le cas où un accès au bien serait revendiqué, il pourrait aider à identifier les domaines concernés et les sujets bénéficiaires. Il faudrait cependant faire attention à ne pas (ré)attribuer exclusivement à la personne publique le pouvoir de définir quand et comment il est possible de satisfaire des intérêts constitutionnellement protégés<sup>417</sup>.

En conclusion, l'analyse des propositions italiennes peut être utile dans le contexte d'une réflexion sur les biens communs. En fondant la titularité subjective à l'égard de bien sur les droits fondamentaux entendus

---

<sup>414</sup> En ce sens, il est intéressant de rappeler la réflexion de M. Spanò, qui écrit que « la protection collective ne sera pas nostalgique de la substance, mais de l'avenir de la forme : la cohésion du groupe (ou de la classe) n'est plus significative (si elle ne l'a jamais été), mais celle des intérêts dont les membres du groupe sont porteurs. Cela implique une géométrie variable et une pluralité innombrable de « classes ». (...) La protection collective ne répond donc qu'à la socialisation radicale des formes de vie contemporaines, mais, surtout, qu'elle le fait au même niveau que leur singularisation tout aussi formidable : si elles sont de l'ordre du commun, c'est qu'elles ne sont pas de l'ordre de l'Un, de la substance (prosaïquement de la cohésion du groupe) », in Id., A. QUARTA (dir.), *Beni comuni 2.0*, p. 143. Intéressant sur ce point est le dialogue entre P. RESCIGNO, A. ZOPPINI, G. RESTA, *Diritto Privato. Una conversazione*, Bologne, 2017, pp.106 et ss.

<sup>415</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>416</sup> V. aussi A. QUARTA, *Non-proprietà, Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016, pp. 279 ss.

<sup>417</sup> Une telle approche pourrait être particulièrement utile pour les catégories de biens qui font l'objet d'une réglementation publique intense, comme celle des biens culturels, même si l'on considère que les règles régissant ces biens, « d'une part, constituent et reconnaissent des droits d'utilisation et de jouissance au profit du public, et qu'elles restent silencieuses, de l'autre, sur les degrés de protection et de disponibilité que les mêmes droits confèrent au bénéfice du titulaire du droit », v. A. M. GAMBINO, A. GENOVESE, B. SIRGIOVANNI, *Beni comuni*, in «Nuovo diritto civile», n. 3, 2016, p. 325. V. aussi L. NIVARRA *I beni comuni: dalla fruizione alla gestione*, in E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (dir.), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2017.

## ANNEXE N° 2 – LEÇONS DE DROIT COMPARE

comme intérêts constitutionnellement protégés, et sur leur satisfaction, elles permettent de réfléchir aux critères d'identification des titulaires de l'intérêt commun et aux actions que ceux-ci peuvent entreprendre, en tenant compte aussi bien des dimensions individuelle, que diffuse et collective.



