



HAL
open science

Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels

Mélanie Clément-Fontaine

► **To cite this version:**

Mélanie Clément-Fontaine. Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels. Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers - Actes & Colloques. Les modèles propriétaires - Actes du colloque international organisé par le CECOJI - En hommage au professeur Henri-Jacques LUCAS, 47, LGDJ, p. 51, 2012, 9791090426139. hal-02014429

HAL Id: hal-02014429

<https://hal.science/hal-02014429v1>

Submitted on 11 Feb 2019

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

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

UN RENOUVEAU DES BIENS COMMUNS : DES BIENS MATÉRIELS AUX BIENS IMMATÉRIELS

Mélanie CLÉMENT-FONTAINE

*Maître de conférences à l'Université Versailles Saint-Quentin,
Co-directrice du Master II NTI, membre du DANTE*

Par biens communs on entend désigner des biens dont la jouissance est partagée par une communauté. Définir ainsi la notion conduit à mettre à jour l'existence d'une contradiction au sein même de l'expression « biens communs » : le mot *bien* suggère l'*appropriation* tandis que le mot *commun* évoque le *partage*. L'opposition qui naît des deux termes composant l'expression est singulière¹. Tel n'est pas le cas pour des expressions voisines comme les *choses communes* et les *biens publics*. La jouissance des choses communes et des biens publics est partagée par plusieurs personnes mais, contrairement aux biens communs, les premières ne sont pas appropriables et les seconds sont la propriété de l'État qui organise leur mise à disposition directe ou indirecte au public.

Une question se pose alors : ne serait-il pas plus pertinent de parler de *communs* plutôt que de *biens communs* pour désigner des choses dont la jouissance est partagée par une communauté ? En effet, le recours à ce néologisme récent dans la langue française et issu du substantif communs² permet d'éviter, semble-t-il, la contradiction en gommant toute référence à l'appropriation. Le choix en faveur de l'appellation « communs » paraît d'autant plus pertinent que les biens communs ne désignent pas, de façon unanime, une notion particulière. Le législateur a utilisé l'expression de biens communs, tout d'abord, pour désigner les biens détenus ensemble par les époux puis, plus tard, l'expression lui a servi à nommer tout autre chose, à savoir des biens non réservés à un individu mais au contraire destinati-

1 À rapprocher toutefois de l'analyse de l'expression « propriété collective » par le professeur F. Zenati, « La propriété collective existe-t-elle ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, LGDJ, 2009, p. 589.

2 À rapprocher du terme anglais « commons ». Voir sur la question des *commons*, C. Hess et E. Ostrom (ed.), *Understanding Knowledge as a Commons : From Theory to Practice*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2007. Dans cet ouvrage, les auteurs définissent notamment les *commons* comme « A general term that refers to a resource shared by a group of people and often vulnerable to social dilemm » et les *commons-based production* comme étant présente « When no one uses exclusive rights to organize an effort or capture its value, and when cooperation is achieved through social mechanisms other than price signals or managerial directions. Large-scale instances of such cooperation include peer production » (*ibid.* p. 349).

nés à la Nation. Quant aux auteurs, ils rangent parfois dans la catégorie de biens communs les choses communes ou encore les *res nullius*. Ces considérations typologiques ne doivent cependant pas faire perdre de vue la richesse que contient l'expression. Pour la découvrir, faut-il encore lever le voile de pudeur qui freine la conceptualisation de la notion.

BIEN COMMUN ET PROPRIÉTÉ COLLECTIVE

Si, *a priori*, il existe une contradiction entre bien et commun, elle tient, nous semble-t-il, à l'hégémonie de la perception individualiste de la propriété³ qu'il conviendrait peut-être de transgresser. En ce sens, la proposition, qui fut longtemps refoulée, selon laquelle la propriété n'est pas nécessairement individuelle, n'a jamais été totalement oubliée⁴. Elle conduit à reconnaître l'existence d'une propriété collective autonome par rapport à la personnalité juridique, à l'indivision et la copropriété avec lesquelles la tendance était de la confondre⁵. En effet, la propriété collective est présentée comme un lien d'appropriation collectif qui ne nécessite pas la personnification. Les titulaires de cette propriété ne disposent pas de quote-part sur le patrimoine collectif qui n'est ni partageable ni transmissible, le patrimoine collectif s'acquérant par l'adhésion à la communauté⁶.

Le contexte socio-économique actuel est favorable à la résurgence de la propriété collective ainsi définie et, avec elle, celle des biens communs. Cela est dû en premier lieu au retour des communautés. En effet, au cœur des notions de biens communs et de propriété collective se trouve l'idée de communauté : la propriété collective est la propriété d'une communauté, quant aux biens communs, ce sont ceux dont jouissent les membres d'une communauté. Or, depuis les textes révolutionnaires, ce sont justement les communautés qui ont été chassées du paysage juridique. La notion de communauté a été éclipsée notamment sous l'effet de la personnification⁷. Mais aujourd'hui plusieurs facteurs commandent de renouer avec l'existence des communautés. Tout d'abord les enjeux environnementaux et

culturels conduisent à faire prévaloir la communauté humaine sur l'individu. Ensuite, le développement de moyens d'échanges notamment numériques suscite le retour des communautés et favorise leur développement. Grâce à ces nouveaux outils numériques, des personnes éparses géographiquement, n'ayant pas nécessairement le même profil social⁸, peuvent interagir entre elles et se réunir autour d'un projet commun. Elles sont ainsi en mesure de partager et de produire ensemble⁹. Ceci permet la résurgence de communautés capables de produire des biens immatériels. Dès lors, le lien unissant les biens immatériels aux membres de la communauté est nécessairement étranger à toute appropriation individuelle. La jouissance est commune à l'image des modalités de création adoptées et partagées par les contributeurs et les utilisateurs formant la communauté. Il s'agit de modalités collaboratives de création pour reprendre l'expression en vigueur en sciences cognitives. Ce phénomène contribue au renouveau de la notion de biens communs qui est intimement liée à l'existence de communautés.

BIENS COMMUNS ET COMMUNAUTÉ

À l'origine des biens communs, il y a nécessairement une communauté. L'histoire des biens en contient de nombreux exemples tels qu'hier, les communautés villageoises ou encore les communautés familiales¹⁰, et aujourd'hui les communautés en ligne¹¹.

Étymologiquement, le mot communauté est la réunion de personnes (*cum*) liées par un rapport d'échange réciproque ? (*munus*). Selon une approche sociologique, la communauté s'oppose aux formes institutionnelles. Les membres de la communauté répondent à des normes culturelles ou à des pratiques non formalisées¹². Par ailleurs de nombreuses études sociologiques¹³ révèlent que les personnes forment une communauté en partageant une activité collective et un sentiment d'appartenance. Se crée ainsi une conscience sociale globale. Une approche exprimée avec force dans la définition de la communauté de Durkheim¹⁴, selon qui la communauté « est une unité absolue qui exclut la distinction des parties. Un groupe qui mérite ce nom n'est pas une collection même organisée d'indivi-

3 Pour un rappel historique : P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 2, PUF, 2ème éd., 1971, notamment n° 87.

4 Sallieles évoque la question très tôt en parlant de « propriété commune » à propos de la société en commandite de l'ancien droit : l'ancien droit n'a pas eu recours à la notion de personnalité juridique pour justifier l'existence du patrimoine social de ces sociétés. Il suffit que « les éléments soient groupés en vue d'une affectation commune » Sallieles, *De la personnalité juridique. Histoire et théories : vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit comparé sur les personnes juridiques*, Paris, éd. La Mémoire du droit, 1910 et « Étude de l'histoire des sociétés en commandites », *Ann. dr. Comm.* 1885, p. 10 et s. et 1897, p. 29 et s.; L. Jossierand, « Essai sur la propriété collective », *Livre du Centenaire, du Code civil*, t. I, Paris 1904, p. 370; R. Nerson, « Observation sur quelques espèces particulières d'indivision », *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 707; A. Ionasco, « La nature juridique de la copropriété », *Mélanges Michel de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 21; J. Carbonnier, « Communauté - Communisme - Propriété, Agriculture et communauté », Paris, Librairie de Médecis, (1944?), p. 17-39 reproduit in R. Verbière, *Jean Carbonnier 1908-2003 Ecrits*, PUF, 2008, p. 381.

5 Une étape décisive de l'étude de la propriété collective a été franchie grâce au travail de distinction opéré entre la propriété collective et l'indivision, la copropriété ou encore le patrimoine des personnes morales : C. Duvert, « La propriété collective », *Les Petites Affiches*, 6 mai 2002, p. 4; R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », *Le code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 297 à 372; L. Jossierand, « Essai sur la propriété collective », *Livre du Centenaire, du Code civil*, *ibid.*; et F. Zenati, « La propriété collective existe-t-elle ? », *op. cit.*

6 En ce sens J. Carbonnier « Communauté - Communisme - Propriété, Agriculture et communauté », *ibid.*, et F. Zenati, « La propriété collective existe-t-elle ? », *ibid.*

7 La personnification du collectif consiste à créer une personne distincte des membres qu'elle regroupe. La personnification ainsi opérée du groupe a pour conséquence d'attribuer la propriété et la gestion des biens (détenus auparavant par le collectif) à une entité unique dotée de la personnalité juridique. Le modèle de la propriété individuelle est ainsi préservé, la personne morale faisant écran au collectif. Voir sur ce point, F. Zenati, *ibid.*, p. 596 et s.

8 D. Demazière, F. Horm, M. Zune, « La sociabilisation dans les "communautés" de développement de logiciels libres », *Sociologie et Sociétés*, Vol. XLI, n° 1, 2009, p. 217.

9 Ces technologies agiraient comme des « facilitateurs (...) permettant aux personnes de produire des représentations et des contenus qu'elles ne produiraient pas sans ce support » (B. Coneine cité par F. Barcellini, *Conception de l'artefact, conception du collectif : dynamisme d'un processus de conception ouvert et continu dans une communauté de développement de logiciels libres*, Thèse du conservatoire national des arts et métiers, 2008, p. 32.) Parmi les biens produits, on songera notamment à l'encyclopédie wikipédia qui constitue un bien immatériel (une œuvre de l'esprit selon l'expression consacrée en droit de la propriété intellectuelle). Voir *supra*.

10 P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, vol. 2, PUF, 2ème éd. 1971, n° 71.

11 Il s'agit des communautés dont les membres sont reliés grâce au réseau Internet. Parmi ces communautés, on distingue les communautés de pratique des communautés épistémiques : « suivant la nature de l'intérêt commun des participants à des communautés en ligne, deux objectifs orientent l'activité peuvent apparaître : un objectif d'apprentissage structurant les communautés de pratique, ou un objectif de production et d'échange de connaissances structurant les communautés épistémiques » (F. Barcellini, *Conception de l'artefact, conception du collectif*, *op. cit. spéc.* p. 33.)

12 F. Barcellini, *ibid.* p. 31.

13 B. Barthe et Y. Quéinnec, « Terminologie et perspectives d'analyse du travail collectif en ergonomie ». *L'année psychologique*, 1999, p. 663.

14 E. Durkheim, « Communauté et société selon Tonnies », *Revue Philosophique*, 1889, n° 27, pp. 416-422.

différents en relation les uns avec les autres ; c'est une masse indistincte et compacte qui n'est capable que de mouvements d'ensemble, que ceux-ci soient dirigés par la masse elle-même ou par un de ses éléments chargé de la représenter. C'est l'agrégat de consciences si fortement agglutinées qu'aucune ne peut se mouvoir indépendamment des autres ».

Toutefois, l'étude des communautés conduit à nuancer cette définition. La communauté est faite également des individualités qui la composent et qui demeurent intactes. Les membres de la communauté définissent ensemble des règles communes de fonctionnement¹⁵.

La perception juridique des communautés rejoint celle des sociologues. Premièrement, la communauté se distingue de la personne morale si bien qu'elle ne dispose pas de la personnalité juridique. Ainsi que le souligne Jossierand dans son étude sur la propriété collective¹⁶, « entre le patrimoine d'une personne morale et celui d'une communauté non personnifiée, il existe (donc) des différences pratiques indéniables, découlant toutes de cette idée fondamentale que le premier est celui d'un être unique et immatériel, alors que le deuxième relève d'une collection d'individualités physiques ». En outre, si la communauté est constituée de la réunion de personnes, elle ne se résume pas à cela. Le sens du mot « communauté » est plus précis¹⁷ car il faut qu'il existe également un fil conducteur entre les individus. Salleron, relève que « la communauté est essentiellement déterminée par les sujets qui la composent » (...) « C'est pourquoi il n'y a pas tant communauté à proprement parler qu'il y a *sentiment communautaire* »¹⁸. Que l'on parle de sentiment d'appartenance, de conscience sociale globale, ou encore de sentiment communautaire, il s'agit toujours de décrire ce qui fait le ciment d'une communauté.

Enfin, la communauté repose sur des liens d'échanges réciproques¹⁹. C'est pourquoi, lorsque l'on aborde les liens unissant la communauté aux biens dont la jouissance est partagée par les membres, elle peut être définie comme « le groupe considéré sous le rapport de l'égalité de ses membres dans la propriété d'un bien »²⁰. Ainsi, les relations des membres de la communauté commandent les rapports qui existent entre ces derniers et les biens partagés que l'on nomme biens communs.

La notion de biens communs est par conséquent étroitement liée à la fois à la notion de communauté et à la notion de propriété collective. Le rapprochement des trois notions permet, à présent, de mener plus en avant l'analyse des biens communs. En premier lieu, il s'agit de répondre à une interrogation soulevée dès les premières lignes de ce développement, c'est-à-dire, de déterminer s'il y a réellement une contradiction inhérente à l'expression de biens communs. En second lieu, l'objectif sera de préciser ce qu'il faut entendre par jouissance commune.

15 D. Demazière, F. Horn, M. Zune, « La sociabilisation dans les « communautés » de développement de logiciels libres », *proc.* ; P. Barcellini, *ibid.*, p. 31 : « Une des caractéristiques des communautés reste dans le fait que ce sont les membres eux-mêmes qui font évoluer cette règle, et non une autorité extérieure ».

16 L. Jossierand, « Essai sur la propriété collective », *op. cit.*, p. 93.

17 Salleron précise qu'on ne saurait ainsi substituer utilement public, foule, masse, groupement, qui désignent également la réunion de personnes, au mot communauté : L. Salleron, *Six études sur la propriété collective*, Paris, 1947, p. 81.

18 L. Salleron, *ibid.*, p. 93.

19 Étymologie du mot commun, *munus*, veut dire à la fois « don » et « charge ». Voir A. Lipietz, « Questions sur les « biens communs » », *Esprit* janvier 2010.

20 L. Salleron, *Six études sur la propriété collective*, *ibid.*, p. 91.

I - LES BIENS COMMUNS : DES BIENS

Définir la notion de bien n'est pas chose aisée. Les définitions proposées sont le plus souvent tautologiques ou énumératives. Traditionnellement, on oppose les biens aux personnes ou les biens aux choses²¹. La notion semble échapper à toute définition générale en raison de la diversité de ses visages. Toutefois, selon la formule du professeur Aynès et « sous réserve de nuances, on peut dire qu'elle s'applique à des choses corporelles ou incorporelles, utiles à l'homme, donc désirables et dotées d'une valeur, et appropriables »²². Si la propriété s'entend d'un lien individuel de la personne à une chose, alors la jouissance commune ne renvoie pas naturellement à la notion de bien mais plutôt aux choses communes consacrées à l'article 714 du code civil, ou encore aux biens du patrimoine commun de l'humanité. Pourtant, l'affirmation ne résiste pas à l'analyse.

A. Les choses communes et les biens communs

Les choses communes, décrites à l'article 714 du code civil, ont pour particularité de ne pas être appropriables et d'être laissées à la jouissance de tous.

Pour justifier cet état, les auteurs ont défendu l'idée selon laquelle l'article 714 du code civil vise les choses (traditionnellement la mer, l'air, l'eau de pluie) dont la nature ne serait pas conciliable avec une appropriation, soit que celle-ci n'est pas possible, soit qu'elle est inutile du fait de l'abondance de la chose. Suivant cette thèse, c'est donc en raison de leur nature que des choses n'appartiennent à personne et que leur usage est commun à tous. Ainsi, la notion de choses communes serait limitée aux choses qui n'auraient jamais été appropriées²³. Or, le champ de l'appropriation tend à s'élargir et le caractère abondant de certaines choses est remis en question. En témoigne le développement du droit de l'environnement afin de préserver ce que l'on pensait inépuisable hier. Aussi, selon une approche renouvelée de la notion de choses communes²⁴, l'article 714 est interprété comme ayant une valeur normative et non simplement descriptive d'un état des choses. Autrement dit, c'est parce qu'il y a une réelle volonté de laisser à l'usage commun certaines choses qu'elles sont qualifiées de choses communes et non en raison de leur nature. Celles-ci n'appartiennent à personne *car il faut que* l'usage soit commun à tous. Cette approche renouvelée des choses communes repose sur un faisceau d'indices. Premièrement, le texte même du code civil (article 714) témoigne de la nécessité d'une démarche volontaire car il laisse entendre, que sans une intervention législative, la nature des choses communes serait insuffisante à garantir leur existence. Deuxièmement, les auteurs font valoir que le législateur n'a pas enfermé la notion dans une liste limitative contrairement aux Instituts de l'empereur Justinien contenant la formule suivante : « voici les choses qui sont communes

21 Selon la célèbre formule du Doyen Carbonnier « Le droit a recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien, cette abstraction », J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens*. Les obligations, vol. II, PUF, 2004, n° 707, p. 1592.

22 P. Berlioz, *La notion de bien*, LGDJ, Droit privé, 2007, préf. L. Aynès.

23 À la différence notamment des *res nullius* qui peuvent, non seulement être appropriées, mais encore, qui ont pu l'être auparavant. De même, contrairement aux choses communes les *res derelictae*, qui sont les choses abandonnées, ont, par définition, déjà fait l'objet d'appropriation.

24 Notamment M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, LGDJ, 2006. Comp. S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, n° 126 et s. Une telle approche des choses communes avait été évoquée dans des travaux plus anciens : I. Le Moine, *Les choses hors commerce, notion et régime*, Thèse, Dijon, 1993, spéc., p. 28 ; J. Bacquet, *Biens qui n'appartiennent à personne (res nullius) et biens dont l'usage est commun à tous les hommes (res communes)*, LGDJ, 1921, p. 2 et p. 21 et s.

à tout le monde de droit naturel : l'air, l'eau qui coule, et par suite les rivages de la mer »²⁵. À l'inverse, la formule générale et abstraite de l'article 714 permet de s'émanciper de la liste traditionnelle des choses communes. C'est ainsi qu'il a été proposé d'inclure dans la catégorie des choses communes des choses qui, traditionnellement, n'étaient pas visées. Parmi ces nouvelles choses communes se trouvent notamment les œuvres de l'esprit entrées dans le domaine public par extinction des droits patrimoniaux²⁶. En effet, ces œuvres sont, du fait de l'extinction des droits patrimoniaux, des œuvres dont l'exploitation est libre et gratuite²⁷. Outre les œuvres de l'esprit du domaine public, l'information et les idées sont également parfois qualifiées de nouvelles choses communes²⁸. L'élargissement de la catégorie des choses communes concerne donc essentiellement des choses immatérielles. Il témoigne d'une recherche d'équilibre face à l'appropriation grandissante de l'immatériel en vue de préserver des espaces de partage.

En vérité, l'absence de propriété ne suffit pas à garantir la jouissance commune, et ce pour deux raisons. Premièrement, il est unanimement affirmé que les choses communes ne sont que *globalement* inappropriables. Autrement dit, il est admis que les choses communes sont appropriables partiellement. L'exemple traditionnel fourni pour illustrer la règle est l'eau de pluie qui est recueillie pour un usage personnel, ou encore l'eau de la mer emprisonnée dans une bouteille. De telles emprises paraissent alors inoffensives compte tenu du peu d'impact qu'elles ont sur la jouissance commune de la chose dans son ensemble. Pour autant, appliquée aux nouvelles choses communes, la jouissance commune peut être significativement réduite par chaque appropriation partielle. En ce sens, la réutilisation d'une œuvre tombée dans le domaine public en tant que marque constitue une réservation non négligeable de l'œuvre²⁹. En effet, le dépôt de marque, selon les dispositions du Code de la propriété intellectuelle (article 712-1) a pour effet de conférer au déposant un nouveau droit exclusif sur l'œuvre pour une durée de dix ans, qui peut être, de surcroît, perpétuellement renouvelé. Certes, le champ du droit des marques est limité à l'usage de l'œuvre en tant que signe distinctif. Néanmoins, le monopole ainsi créé permet de s'opposer à toute reproduction ou imitation de l'œuvre pour désigner des produits ou des services identiques à ceux visés dans l'enregistrement. La seconde raison pour laquelle l'absence de propriété est insuffisante à garantir la jouissance commune tient au fait que la notion repose sur un principe exclusivement abstentionniste consistant à ne pas approprier. Or, la jouissance commune suppose une attitude active notamment pour la conservation du bien, faute de quoi l'usage par tous risque de faire disparaître le bien, et donc la jouissance commune du bien. Il ne suffit pas de déclarer une chose inappropriable pour que tous puissent en jouir. Il est nécessaire de protéger la chose pour assurer sa pérennité et éviter ainsi que sa jouissance

ne soit que temporaire et par conséquent, garantie seulement aux premiers venus.

Ainsi, la possibilité d'approprier partiellement les choses communes affaiblit leur vocation à être laissées à la jouissance de tous. C'est à partir de ce constat qu'a été construite la notion de patrimoine commun de l'humanité.

B. Patrimoine commun de l'humanité et biens communs

Dans les années soixante, le patrimoine commun de l'humanité est entré dans l'ordre juridique international³⁰. Le concept repose sur la nécessité de préserver certaines choses contre l'appropriation privée ou nationale. Pour y parvenir, ces choses sont rangées dans un patrimoine appartenant en commun à l'ensemble de l'espèce humaine, appelé le patrimoine commun de l'humanité, afin de permettre aux générations présentes et futures d'en jouir.

Selon la doctrine publiciste, le concept de patrimoine commun de l'humanité constitue une avancée par rapport aux notions de *res nullius* et de *res communis* antérieurement utilisées en droit international pour régler le partage des richesses car il marque le passage d'une internationalisation passive à une internationalisation positive en mettant notamment l'accent sur la conservation. Il s'agit de garantir la jouissance non seulement à la génération présente mais aussi aux générations futures de l'humanité. Le professeur Kiss résume ainsi le chemin parcouru « on s'achemine de l'anarchie des *res nullius* à travers le libéralisme des *res communis* vers des conceptions communautaires prenant en compte les intérêts de toute l'humanité présente et aussi de celle de l'avenir »³¹.

Toutefois, entre le concept même du patrimoine commun de l'humanité, tel que dégagé par la doctrine, et sa mise en œuvre, l'écart est significatif. En effet, le concept a perdu de son unité et de sa portée au gré des multiples conventions internationales qui l'ont consacré. Résultat de compromis, les conventions censées permettre l'application du concept de patrimoine commun de l'humanité consacrent, en vérité, une jouissance commune dont la valeur est parfois simplement déclarative³², voire symbolique³³. D'autres fois, en vue de faire obstacle à l'emprise égoïste de biens, les règles retenues consistent à restreindre l'accès et la jouissance du bien au profit exclusif de sa conservation³⁴. Moratoire salutaire pour les générations futures mais qui, dans l'immédiat, réduit les biens communs de l'humanité à

25 *Institutes de l'empereur Justinien*, trad. française de Hulot, Rondenneau, Paris 1806.

26 M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, op. cit., spéc. n° 228 et s.

27 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V° Domaine public ; Vilbois, *Du domaine public payant en matière de droit d'auteur*, Paris, 1928, n° 4 ; S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, op. cit., n° 307 et s. Sur l'incidence du droit moral après la mort de l'auteur sur la jouissance commune voir nos travaux, *Les œuvres libres*, Thèse Montpellier I, 2006, n° 579.

28 R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », op. cit., spéc. p. 348 et 249.

29 D'autres exemples de réservation ont été proposés : à propos des droits applicables aux dessins et modèles (S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, op. cit. n° 504 et s.) ou au régime de la responsabilité civile (*ibid.*, n° 516 et s.) ; ou encore des droits de producteurs de bases de données : M. Vivant « An 2000 : l'information appropriée? », *Mélanges offerts à J. J. Best*, Litec 1997, p. 651 ; N. Mallet-Poujol « La directive concernant la protection juridique des bases de données : la gageure de la protection privative », *DIT*, 1996/1, p. 6 et spéc. n° 10 et s.

30 Pour une présentation générale de la construction de la notion de patrimoine commun de l'humanité voir A.-Ch. Kiss, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *Recueils des cours de l'Académie de droit international*, tome 175, vol. II, 1982, p. 103

31 *Ibid.* p. 112.

32 Voir notamment l'Engagement international sur les ressources phylogénétiques (Résolution 8/83 de la 22e session de la Conférence de la FAO, 5-23 novembre 1983) fondé sur le « principe universellement accepté que les ressources phylogénétiques sont patrimoine commun de l'humanité et qu'en conséquence, elles devraient être accessibles sans aucune restriction » (article 1). En définitive, la multiplication des brevets sur des inventions comprenant des éléments issus de ressources phylogénétiques a eu pour conséquence de limiter leur usage. Finalement en 1991, une nouvelle résolution annexée à l'Engagement a annulé la qualification de patrimoine de l'humanité et a proclamé les droits souverains des États sur les ressources phylogénétiques qui se trouvent sur leur territoire (Résolution 3/91 adoptée le 25 novembre 1991 lors de la 26e session de la conférence de la FAO).

33 À propos du génome humain : Convention adoptée par la Conférence générale de l'Unesco le 11 novembre 1997 et, par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 9 décembre 1998. Sur le caractère symbolique de la qualification du génome humain en bien de l'humanité. Voir notamment les propos critiques de Z. Kivilcim Forsman, *Génie génétique et droit international*, Thèse, Paris II, 2002, p. 171 et 172.

34 Par exemple, l'Accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes (1979) instaure un régime de conservation par gel pur et simple. Rés. AG 34/68, Doc. off. AG NU, 34e session, Supp. n° 46, p. 86 ; Doc. NU A/34/46, N-Y, 5 décembre, 18 I.L.M. 1434 ind. JIL 399. Entrée en vigueur le 11 juillet 1984 ; Recueil de textes, ADIFURTA, vol. 2, 1983.

des biens qu'il convient de conserver à défaut d'en user³⁵. Or, une telle conception des biens communs en limite énormément la portée.

C. Communauté, humanité, tous

L'impuissance des concepts de choses communes et de patrimoine de l'humanité à garantir une jouissance partagée pérenne témoigne de la difficulté à atteindre cet objectif. La racine de cette impuissance tient à l'absence, tant pour les choses communes que pour les biens communs de l'humanité, de tout rattachement au sentiment communautaire³⁶. Comment peut-il, en effet, exister de façon efficace un sentiment communautaire dans la mesure où la jouissance n'est pas à destination d'une communauté mais de « tous » concernant les choses communes, et de « l'humanité » pour les biens communs de l'humanité ? Ces entités indéfinissables, évanescentes³⁷, ne permettent pas une identification des personnes qui la composent ni, de ce fait, la naissance d'un sentiment communautaire. Il n'existe pas à proprement parler de communautés liées aux choses communes ou aux biens de l'humanité et par conséquent, l'idée d'un partage de la jouissance des choses ou des biens concernés est vaine.

Les études récentes de communautés qui partagent la jouissance de biens immatériels soulignent au contraire l'existence d'une conscience sociale globale portant essentiellement sur l'appréciation du rôle de chacun, notamment de chaque individu vis-à-vis du bien. Un phénomène que l'on retrouve à l'occasion de la description des communautés paysannes d'hier qui partagent la jouissance de terres. Juridiquement cela revient à proposer qu'un certain *animus domini* existe dans ces communautés³⁸.

Selon la célèbre expression de Proudhon³⁹, il a pu certes être affirmé que « la propriété, c'est le vol ». Entendue comme une provocation, la formule n'avait pas semblé légitime. En effet, la propriété a été érigée au rang de droit fondamental « inviolable et sacré » car elle garantit la liberté de chacun⁴⁰. Pourtant, ces dernières années, des voix se sont élevées contre la propriété en raison notamment du développement de l'appropriation des biens immatériels. Ce développement a été en particulier souligné dans le domaine de la propriété intellectuelle avec la création de droits nouveaux (tels que les droits des produc-

teurs de bases de données⁴¹) ou l'allongement de la durée des droits⁴² qui pourrait avoir pour conséquence de menacer la liberté de création ou encore la liberté d'accès à la création ou à l'information.

Ces critiques renouent avec le vieux débat sur la légitimité de la propriété⁴³ qui consiste à opposer la jouissance commune à la propriété individuelle ou encore, l'intérêt commun aux intérêts particuliers. La notion de biens communs permet de dépasser ces oppositions. Les biens communs sont en effet des biens dont la jouissance est partagée par une communauté. La propriété est, dans cette hypothèse, collective et l'exclusivité, qui caractérise le lien de propriété, disparaît au sein de la communauté pour n'exister qu'à l'égard des tiers⁴⁴. Il existe par ailleurs un intérêt capital dans le rapprochement des biens communs de la propriété. En effet, la propriété n'est pas seulement un droit d'opposer, elle est également source de responsabilité⁴⁵ car « l'homme exprime mieux sa souveraineté sur les choses d'un monde qui est éminemment le sien. (...) Collective ou individuelle, la propriété ne consiste pas seulement en l'affirmation d'une maîtrise plus ou moins absolue sur les biens ; elle établit aussi un devoir à leur endroit : devoir de les conserver, de les administrer et même, le cas échéant, devoir d'en disposer »⁴⁶. En ce sens, les membres d'une communauté ont le devoir de gérer leurs biens communs en vue de garantir l'effectivité d'une jouissance partagée. C'est pourquoi, il ne peut y avoir réellement de jouissance commune sans l'*animus domini*.

D. Biens communs et animus domini

L'*animus domini* comporte les deux aspects de la propriété : le sentiment d'un pouvoir juridiquement protégé et également celui d'un devoir⁴⁷. Le partage de l'*animus domini* chez les personnes formant une communauté permet l'existence d'une jouissance des biens communs, ceux qu'elles détiennent ensemble. La comparaison des biens communs aux biens publics illustre l'importance de l'*animus domini* : les biens publics contenus dans le domaine public de l'État peuvent symboliquement être définis comme « des choses qui appartiennent à l'être moral et collectif que nous appelons le public »⁴⁸. Pour autant, techniquement, seul l'État peut se prévaloir d'un droit de propriété sur ces biens⁴⁹. C'est pourquoi, il n'existe pas d'*animus domini* entre les usagers et les biens publics et par

35 A. Fayard Riffiod, *(Le patrimoine commun de l'humanité : une notion à réformer ou à dépasser ?*, Thèse de Dijon, 1995) : s'interrogeant sur l'utilisation de la notion de patrimoine commun de l'humanité, l'auteur relève que cette notion prise « comme élément s'intégrant dans une stratégie de conservation [elle] conduirait à la mise en réserve des biens conservés. La conservation pour la conservation, qui ressemble fort à une muséification consacrée à l'échelle mondiale, pourrait exprimer une tendance mortifère de la culture occidentale » (*Ibid.*, p. 12).

36 Voir cependant, pour une approche plus optimiste : A. Sériaux, « Nulle chose sans maître. Enquête sur un principe cardinal de l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 482 et spéc. p. 487.

37 F. Terré, « L'humanité, un patrimoine sans personne » *Droit et politique à la croisée des chemins*, *Mélanges Ph. Ardant*, 1999, p. 339 et s. ; A. Sériaux, « L'humanité au tourniquet de la peine », *PU Aix-Marseille*, 2007, p. 315 et s.

38 En ce sens, à propos des communautés paysannes, le Doyen Carbonnier précise qu'« il ne saurait y avoir de propriété communautaire là où n'existe pas, dans chaque membre du groupe, un certain *animus domini* », « Communauté - Communisme - Propriété, Agriculture et communauté », *op. cit.* spéc. p. 385.

39 P.-J. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété? ou recherche sur le principe du droit et du gouvernement*, 1840.

40 Articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lesquels le droit de propriété est un « droit naturel et imprescriptible » et un « droit inviolable et sacré ».

41 Loi du 1er juillet 1998 (n° 98-538) transposant la Directive communautaire du 11 mars 1996 (JOCE, 77/20, 27 mars 1996, p. 67914).

42 Notamment avec l'allongement de la durée du droit d'auteur de cinquante ans à soixante-dix ans prévu par la Directive communautaire du 29 octobre 1992 relative à l'harmonisation de la durée de la protection du droit d'auteur et des droits voisins (JOCE 24 nov. 1993, n° L 290/9) transposée, en droit français, par la loi du 27 mars 1997 (JO, 28 mars 1998, p. 4833).

43 M.-A. Frison-Roche et D. Terré-Fornacciari, « Quelques remarques sur le droit de propriété », *Vocabulaire fondamental du droit in Archives de philosophie du droit*, Tome 35, Sirey 1990, p. 233 et spéc. p. 235.

44 J. Carbonnier, « Communauté - Communisme - Propriété, Agriculture et communauté », *op. cit.* spéc. p. 397 ; F. Zenati, « La propriété collective existe-t-elle ? », *op. cit.*

45 L. Jossierand, *De l'esprit des droits et de la relativité : théorie dite de l'abus des droits (1939)*, Dalloz, 2006.

46 A. Sériaux, « Nulle chose sans maître. Enquête sur un principe cardinal de l'ordre juridique », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, LGDJ 2009, p. 482 et spéc. p. 484.

47 À rapprocher de l'article 14 de la loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 qui garantit la propriété et le droit de succession tout en précisant que la « Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité ».

48 J.-B. V. Proudhon, *Traité du domaine public*, 1832, 5 vol., t. 1, 2e éd. 1843, ch. XV, spéc. n° 202, p. 241.

49 Les biens publics de l'État sont, en principe, non seulement affectés à l'usage de tous, échappant ainsi aux droits privatifs, mais de plus, ils sont déclarés comme inaliénables et imprescriptibles.

conséquent, la jouissance par le public de ces biens est passive. Au contraire, la jouissance des biens communs suppose une implication directe des bénéficiaires. De ce fait, l'absence d'*animus domini* entre les usagers et le bien entraîne une différence entre forme de propriété applicable aux biens publics d'une part, et aux biens communs d'autre part.

Un bien peut être la propriété d'un individu comme celle d'un ensemble de personnes. En ce sens, il n'y a pas de contradiction à parler de biens communs. Pour autant, ce rapport de propriété suppose l'existence d'un *animus domini* qui ne peut exister qu'à une certaine échelle. « C'est une question de «capacité psychologique : au-delà d'un certain seuil, l'auto-régulation, la construction collaborative entre les membres d'un groupe sont compromises et la communauté se délite »⁵⁰. Les biens communs sont par conséquent des biens. Des biens dont la propriété est partagée par les membres d'une communauté. Reste alors à définir en quoi consiste cette propriété collective ou, selon l'expression du Doyen Carbonnier, cette propriété communautaire.

II - BIENS COMMUNS : OBJET DE PROPRIÉTÉ

L'appropriation des biens communs rompt avec la conception individualiste de la propriété. Elle s'apparente à des formes anciennes d'appropriation qui semblent réapparaître aujourd'hui et que l'on nomme propriétés communautaires ou collectives. Les biens communs, à l'instar des biens en général, peuvent revêtir différentes formes tels les biens meubles ou immeubles, les biens corporels ou incorporels. Les exemples du passé comme du présent l'attestent : les différences de forme des biens communs entraînent nécessairement des conséquences distinctes sur leur jouissance commune. En effet, selon que le bien commun est matériel ou immatériel, il n'a pas la même histoire.

A. Biens communs : biens matériels

Dans le passé, en fonction des lieux, la composition de la communauté, les biens concernés, et l'organisation de la jouissance commune variaient. Les biens communs ont été essentiellement des terres⁵¹, mais aussi des meubles. Ainsi, les auteurs relèvent l'existence aux XIII^e et XIV^e siècles de *communautés familiales*. Celles-ci pouvaient par exemple, selon certains usages, réunir plusieurs personnes vivant ensemble durant un an et un jour. Le caractère familial était donc pris au sens large, les personnes pouvant être liées par le sang mais aussi, plus généralement, par la cohabitation. Une cohabitation qui permettait « que se noue entre elles une communauté de meubles et de jouissance des revenus fonciers »⁵².

Parmi les exemples de biens communs, on songe aux *communaux*⁵³. En effet, ces derniers⁵⁴, tels qu'ils existaient sous l'Ancien régime, s'apparentent en quelque sorte à des biens communs⁵⁵. Il s'agit de terres dont les habitants, qui forment une « communauté

naturelle » ou « communauté spontanée » ont la jouissance commune de génération en génération⁵⁶. Certes, il serait possible d'objecter qu'il s'agissait « en réalité » de propriétés superposées, celle des habitants d'une part, et celle du seigneur d'autre part. De même, pourrait-on qualifier les droits des habitants de servitude personnelle, tandis que le seigneur serait l'unique propriétaire. Mais, outre la mise en garde de Bloch⁵⁷ contre toute projection de notre droit moderne sur les usages de l'époque de l'ancien droit, chacun semble d'accord pour considérer que la question ne se posait pas dans ces termes⁵⁸. En vérité, ces essais de qualification ne sont apparus qu'au XVI^e siècle en raison des revendications seigneuriales et furent débattus alors par les Romanistes. L'effort de construction théorique, en vue d'asseoir les droits des seigneurs, ne remet pas en question un constat communément partagé : il existait effectivement une jouissance commune de ces biens qui tenait en échec la jouissance individuelle⁵⁹.

Malgré les grandes campagnes de partages privatifs de ces terrains à la Révolution, les communaux ont subsisté sous d'autres formes. En particulier, ils ont été définis par la loi du 10 juin 1793 comme « ceux sur la propriété ou le produit desquels tous les habitants d'une ou plusieurs communes ou d'une section de commune ont un droit commun » (article 1^{er}, section 1^{ère}). Cette définition a été corrigée à l'occasion de la rédaction du code civil, mais elle connaît depuis une remarquable longévité⁶⁰. Ces biens relèvent du domaine privé de la commune.

Le sort des *marais* est relativement similaire. La plupart ont été divisés en parcelles pour faire l'objet de propriétés individuelles, d'autres ont été nationalisés. Néanmoins, on peut encore relever la trace d'une jouissance commune pour certains d'entre eux. À ce titre, l'exemple du marais de la grande Brière est assez remarquable. Ce marais présente, en effet, une double particularité qui a permis le maintien d'une jouissance partagée. Sur le plan social, les projets d'assèchement, notamment au début du XIX^e siècle, afin d'en faire des terres de pâtures, ont échoué sous la pression des habitants (à la différence de la plupart des marais tels que ceux de Donges, du Roussillon, et du Languedoc par exemple). L'appropriation individuelle du marais de la grande Brière n'a donc pas été l'objet de convoitise personnelle⁶¹ et la devise « Briéron, maître chez soi » est restée de mise. Sur le plan juridique, les habitants des paroisses riveraines des Marais ont obtenu, au XV^e siècle, la reconnaissance d'une jouissance commune par lettres patentes de François II, alors Duc de Bretagne. Cette jouissance commune des marais de la grande Brière au profit de ses habitants fut confirmée par Louis XVI dans des lettres patentes de 1784 :

« Pour les habitants des Paroisses de Guérande, Saint-Liphard, Saint-André et Escoublac en Bretagne

(...) A ces causes, de l'avis de notre Conseil qui a vu ledit Arrêt du 13 Janvier présent mois et an, dont extrait est ci-attaché sous le contre-scel de notre Chancellerie ; Nous avons

50 Carbonnier, « Communauté - Communisme - Propriété, Agriculture et communauté », op. cit.

51 Sur les communautés villageoises au Haut Moyen Âge, voir : J.-P. Levy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n° 283.

52 A.-M. Patault, Introduction historique au droit des biens, PUF, 1989, spéc. n° 50.

53 En ce sens M. Bourjon, *Les biens communaux*, LGDJ 1989.

54 A.-M. Patault, Introduction historique au droit des biens, *ibid.* spéc. n° 158 à 160.

55 Pour un rappel historique : P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 2, PUF, 2^{ème} éd. 1971, n° 96.

56 A.-M. Patault, *ibid.* spéc. n° 158 : « La législation monarchique reconnaissait implicitement l'inaliénation des communaux (édit d'avril 1667) ».

57 M. Bloch, *Annales*, 1936, p. 501, 1942 p. 45. Du même auteur : *La société féodale*, t. I, 1949.

58 J.-P. Levy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, *ibid.*, n° 296.

59 P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, *ibid.*, n° 71 et n° 96.

60 L'article 542 du code civil, issu de la loi du 25 janvier 1904, dispose que « Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis ».

61 A.-M. Charaud, « L'habitat et la structure agraire de la Grande Brière et des marais de Donges », *Annales de Géographie*, Année 1948, Volume 57, n° 306, p. 119.

de notre grâce spéciale, pleine puissance et autorité royale, maintenu et confirmé, et par ces Présentes, signées de Notre main, maintenons et confirmons lesdits Habitants des Paroisses de Guérande, Saint-Liphard, Saint-André et Escoublac, et tout le Peuple commun des Paroisses voisines de la Brière, dans la propriété, possession et jouissance commune et publique de ladite Brière-motière et terrains contenant des tourbes et mottes à brûler, situés entre et dans lesdites paroisses ; ordonnons par ces Présentes, qu'ils continueront d'y aller et venir, d'y mener, faire conduire et paître leurs bestiaux, d'y couper et prendre des mottes pour leur chauffage, et litières pour leurs bêtes, des roseaux pour la couverture de leurs maisons, et d'en jouir entièrement, librement et propriétément à l'avenir, comme par le passé, sans pouvoir en être empêchés par personne, et en aucune manière ; faisons défenses, par ces mêmes Présentes, à tous Seigneurs de Fiefs, et à tous particuliers de les y troubler, pour quelques causes et sous quelques prétextes que ce soit ; défendons pareillement à toutes personnes de quelques qualités qu'elles soient, de prendre, s'attribuer, appliquer à leur profit privatif, diminuer, altérer, endommager, clore ou faire clore aucune partie des terrains tourbeux, et d'en empêcher et auguster les entrées, issues et passages de quelque manière que ce puisse être.

Donnons par cesdites Présentes plein pouvoir, autorité et commission aux Juges Royaux de Guérande de veiller et pourvoir à la conservation de ladite Brière, au bon état, entretien et liberté des chemins qui y conduisent, et au bon ordre de l'exploitation et jouissance d'elle ; (...) Si nous mandons, que ces Présentes vous ayez à faire registrer, et de leur contenu jouir et user lesdits Exposans pleinement et paisiblement, cessant et faisant cesser tous troubles et empêchements contraires : car tel est notre plaisir.

Donné à Versailles le vingt-huitième jour de Janvier, l'an de grâce mil sept-cent quatre-vingt-quatre, et de notre règne le dixième. »

Le texte, qui surprend à la lumière de notre droit positif en reconnaissant aux habitants pêle-mêle « la propriété, possession et jouissance commune et publique de ladite Brière » a, depuis, donné lieu à une réglementation précise. La jouissance commune concerne aujourd'hui les habitants de vingt et une communes. Pour autant sa gestion a été confiée par une Ordonnance royale en 1838 à une commission, « la commission syndicale de la grande Brière ». Elle a pour mission de réglementer le tourbage, la pêche et la conservation des pâtures et chemins. Les habitants des communes sont représentés au sein de la commission par vingt et un syndicats.

La subsistance exceptionnelle d'une jouissance commune de ce marais, doit certainement son origine à l'absence d'utilité économique privative de ce bien et à l'existence d'un sentiment communautaire bien ancré⁶². Ce marais a ainsi échappé à l'emprise individualiste et au morcellement qui en aurait résulté. Sur un plan purement juridique, la propriété n'est pas restée collective mais est celle d'une collectivité territoriale. Le marais n'est plus géré directement par la communauté formée des habitants alentours, mais par la commission syndicale qui regroupe des représentants des vingt et une communes.

Des biens communs d'hier, il n'en reste qu'une lueur après les privatisations individuelles, les nationalisations, ou les effets de la personnification. Les communautés ont disparu au profit de l'individu, ou encore de la personne morale publique ou privée. La forme individuelle de la propriété a eu raison de toute forme collective entraînant la disparition, à proprement parler, des biens communs matériels. Si les biens communs matériels ont disparu, ils réapparaissent dans le domaine de l'immatériel.

62 Ibid.

B. Biens communs : biens immatériels

Que le bien soit matériel ou immatériel, privé ou public, il est en principe l'objet d'une réservation individuelle. Or, dans le domaine de la propriété intellectuelle, depuis les années quatre-vingt-dix les titulaires des droits affirment de plus en plus leur volonté de rompre avec l'exclusivisme individuel, au profit de l'établissement d'une jouissance partagée. Le mouvement est apparu tout d'abord pour les créations de logiciels, puis il s'est étendu à toutes les œuvres protégeables par le droit d'auteur.

Concrètement, ce mouvement est né de la volonté de certains auteurs de partager la jouissance de leurs œuvres. Une jouissance entendue au sens large, puisqu'elle ne se limite pas à permettre l'accès à l'œuvre, mais comprend, en outre, la possibilité de copier, de diffuser et de modifier l'œuvre. On parle communément d'œuvre libre. Grâce à la liberté de modification, l'œuvre peut être créée par une multitude de personnes. Le trait caractéristique de ce type d'œuvres, la source de sa singularité, réside dans la liberté qu'a chacun de participer à la création dès lors qu'il n'entrave pas la liberté des autres de le faire. Ainsi, l'œuvre libre résulte de l'action créative d'un ensemble de personnes formant une communauté et est laissée à la jouissance de ceux qui suivent les règles de la communauté.

La démarche n'est pas nouvelle que l'on songe aux nombreux écrits qui évoluent en passant de mains en mains ou encore aux édifices d'envergure à l'image des cathédrales dont la création nécessitait l'intervention de nombreux artistes, aux compétences diverses, se succédant de génération en génération. Mais, aujourd'hui, le fait de vouloir partager la jouissance (au sens large) de son œuvre heurte l'esprit du droit de la propriété intellectuelle. En effet, la construction juridique, notamment du droit d'auteur, n'a pas échappé à l'influence des principes individualistes qui irriguent le droit des biens. On pourrait même dire qu'elle est une des belles traductions de ces principes. En effet, les notions « d'auteur » et « d'œuvre », sur lesquelles a été construit le droit de la propriété intellectuelle, ont été appréhendées par le législateur selon une vision individualiste.

L'auteur est entendu en tant qu'un individu solitaire. Les créations réalisées par plusieurs personnes ne sont reconnues que dans un cadre limité. La première forme d'œuvre plurale est celle des œuvres de collaboration, créées par un groupe de personnes physiques déterminées au moment de la création (CPI, article L. 113-2 alinéa 1). La qualification d'œuvre de collaboration suppose que la création soit le fruit d'une « concertation entre les coauteurs » qui sont guidés par une « commune inspiration ». Par conséquent, les modalités de création exigées pour que l'œuvre soit qualifiée d'œuvre de collaboration, ne laissent place à aucune intervention spontanée de l'extérieur. Lors de la phase de création, les auteurs forment une communauté fermée. Lors de la phase d'exploitation, le lien qui unit l'œuvre aux coauteurs a pu être analysé sous l'angle de la propriété collective⁶³. L'article L. 113-3 du code de la propriété intellectuelle dispose en ce sens que « l'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs ». Toutefois, l'expression énigmatique de « propriété commune », renvoie au régime de l'indivision, le droit indivis de chaque coauteur ayant un caractère individualiste⁶⁴. Il n'y a pas de place pour la propriété collective : le sentiment communautaire existe uniquement dans la phase de création mais ne se prolonge pas lors de l'explo-

63 M. Goré, *Propriété collective des œuvres : Contribution du modèle du droit d'auteur au droit commun*, Thèse Paris II, 2007.

64 A. Robin, *Le copropriété intellectuelle, contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, PUA-LGDI, collection Thèse, 2006, n° 133 et s. et spéc. n° 158, p. 125.

tation des droits⁶⁵.

La deuxième forme d'œuvre plurale énoncée à l'alinéa 2 de l'article L. 113-2 est l'œuvre composite. Elle est réalisée à partir d'une œuvre préexistante, c'est-à-dire, à partir des éléments, donnant prise au droit d'auteur, empruntés d'une autre œuvre. L'œuvre composite est communément rangée dans la catégorie des œuvres plurales bien qu'en réalité, l'auteur de l'œuvre première ne participe pas à la création de l'œuvre seconde. Il ne dispose donc pas de droit sur cette dernière. Il peut toutefois opposer ses propres droits portant sur son œuvre⁶⁶. Par conséquent, le rapport entre l'œuvre composite et son auteur suit les principes individualistes du droit d'auteur.

Enfin, la troisième forme d'œuvre plurale, est l'œuvre collective. Elle est créée à l'initiative d'une personne (le coordinateur) qui orchestre sa création, à laquelle participent des auteurs, et décide seul de son exploitation⁶⁷. Ces œuvres sont ainsi créées par un groupe de personnes au sein duquel il convient de distinguer le coordinateur des contributeurs (les auteurs participants à son élaboration). Seul le coordinateur dispose du droit d'auteur sur l'œuvre collective (CPI, article L. 113-5). À l'inverse, les contributeurs peuvent se prévaloir des droits propres uniquement sur leur contribution respective sans qu'ils n'entrent en concurrence avec les droits sur l'œuvre collective dans son ensemble. Cette construction juridique ne s'apparente pas à la propriété collective : chaque participant à l'œuvre a des droits portant sur une assiette distincte.

Par ailleurs, le caractère individualiste du droit d'auteur transparait à travers la définition de l'œuvre de l'esprit qui a été pensée comme pratiquement intangible en dehors de la volonté de l'auteur. Une fois créée par son auteur, celle-ci ne peut être modifiée que par lui. Et encore, lorsque l'œuvre est détenue par un tiers, les modifications par l'auteur ne pourront être effectuées qu'à certaines conditions⁶⁸. L'intangibilité de l'œuvre est garantie par le droit moral et, en particulier, par le droit à la protection de l'intégrité de l'œuvre qui interdit à quiconque de modifier la forme (physique) de l'œuvre ou de dénaturer son esprit sans l'autorisation de l'auteur (CPI, article L. 121-1). Ce dernier peut, *a posteriori*, donner son accord pour les modifications proposées par des tiers, mais en aucun cas une personne ne pourra obtenir valablement une autorisation *a priori* en raison du caractère inaliénable du droit moral (CPI, article L. 121-1). À la mort de l'auteur, même lorsque l'œuvre est « tombée » dans le domaine public à l'expiration des droits patrimoniaux, le droit à l'intégrité de l'œuvre demeure en raison de son caractère perpétuel. Les héritiers de l'auteur qui recueillent le droit moral, ne peuvent en user de façon discrétionnaire. Ce droit s'apparente à une mission qui leur est confiée, celle d'assurer la protection de l'œuvre conformément

65 Ainsi, les décisions relatives au sort de l'œuvre, une fois achevée, sont prises à l'unanimité ce qui confère à chaque auteur un droit de veto (sous réserve, néanmoins, des règles correctives afin d'éviter les blocages jugés abusifs). De plus, les droits de chaque auteur se transmettent selon les règles successorales. Enfin, les auteurs disposent individuellement des droits sur leurs contributions personnelles dès lors qu'elles sont détachables de l'ensemble créé.

66 Il appartient à l'auteur de l'œuvre première d'autoriser l'exploitation de l'œuvre composite.

67 L'alinéa 3 de l'article L. 113-2 dispose que l'œuvre collective est « l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé ».

68 L'article L. 121-4 du code de la propriété intellectuelle reconnaît à l'auteur un « droit de repentir » qui permet à l'auteur de modifier son œuvre « même postérieurement » à sa divulgation et « nonobstant la cession de son droit d'exploitation ». L'auteur doit alors indemniser préalablement le cessionnaire.

à la volonté de l'auteur. Le législateur a donc retenu une vision transcendante de l'œuvre qui a, par conséquent, un caractère figé.

Enfin, selon cette conception traditionnelle de l'auteur et de l'œuvre, le lien légal entre l'auteur et son œuvre échappe difficilement à une appropriation personnelle. L'auteur disposant d'un monopole sur son œuvre est seul à pouvoir en accorder certaines jouissances aux autres. Mais surtout, la manière et l'étendue des jouissances qu'il peut accorder sont strictement encadrées par des règles pour la plupart d'ordre public (en particulier, l'interprétation stricte des cessions, l'inaliénabilité du droit moral), qui ne permettent pas l'établissement d'une jouissance commune au sens large de l'œuvre.

Ainsi, la jouissance commune des œuvres libres telle qu'imaginée par certains, est en contradiction, pour ne pas dire contraire, aux règles du droit d'auteur.

Tout d'abord, le fait qu'il soit permis de la modifier en fait une œuvre potentiellement créée par plusieurs personnes. Si l'œuvre connaît un succès important, le schéma de création n'entre ni totalement dans le schéma pyramidal de la création des œuvres collectives, ni dans celui horizontal de la création des œuvres de collaboration, ni dans celui en cascade de la création des œuvres composites. La représentation graphique de la création d'une œuvre libre serait plutôt une figure fractale à l'image du flocon de neige, les modalités de création de l'œuvre libre étant multidimensionnelles et spontanées. Ensuite, le fait qu'il soit permis de modifier l'œuvre libre heurte le principe de l'inaliénabilité du droit moral. Un problème moins aigu pour les œuvres logicielles, pour lesquelles le droit à la protection de l'intégrité a été réduit à sa plus simple expression⁶⁹ mais, qui s'avère majeur pour les autres œuvres de l'esprit puisque l'auteur ne peut pas renoncer à son droit à la protection de l'intégrité de l'œuvre en raison du caractère inaliénable. Enfin, l'étendue de la jouissance accordée par l'auteur ne répond pas au formalisme des contrats d'auteur selon lequel chaque droit cédé doit faire l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et le domaine d'exploitation des droits cédés doit être délimité quant à son étendue et à sa destination, son lieu et sa durée (CPI, article L. 131-3).

La confrontation des deux paradigmes, celui du droit d'auteur, tel que pensé depuis la Révolution, et celui du mouvement du libre, permet de mettre en doute la possibilité qu'une œuvre libre soit juridiquement valable. Hors des canons du droit de la propriété intellectuelle, les auteurs et les utilisateurs des œuvres libres sont voués à connaître l'inconfort de l'insécurité juridique. Malgré tout, le nombre d'œuvres libres n'a cessé d'augmenter. Certaines connaissent même un écho public non négligeable, que l'on songe au moteur d'exploitation Linux ou encore à l'encyclopédie Wikipédia.

Le mouvement du libre est donc sorti de la marginalité pour devenir un mouvement social largement répandu et partagé. On remarquera, car ce fait est notable, que l'extension du mouvement à toutes les formes d'expression autres que logicielles a été envisagée, pour la première fois, en France⁷⁰, bien que le régime juridique français soit l'un des moins accueillants au partage de la création⁷¹. Ceci est le signe qu'en dépit d'un droit peu accueillant, le mouvement progresse.

69 A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 3ème éd. 2006, n° 495.

70 La première licence libre ayant pour objet une œuvre non logicielle fut la Licence Art Libre créée dans le cadre du mouvement Copyleft Attitude (le site : <http://artlibre.org/>).

71 Par exemple, le droit belge permet, contrairement au droit français, la renonciation au droit moral. Voir, sur ce point, à propos des logiciels libres : Y. Cool et al., *Les logiciels libres face au droit*, Bruxelles, Bruylant 2005.

Nonobstant l'inadéquation de droit d'auteur aux œuvres libres, ce qui intéresse l'observateur du mouvement du libre est l'effort de conceptualisation de l'œuvre libre opéré ces dernières années. Les créateurs ne se sont pas contentés de laisser faire en n'exerçant pas leurs droits. Ils n'ont pas non plus souhaité renoncer à leurs droits. Ils ont au contraire exercé leurs droits intellectuels afin d'atteindre un objectif précis, celui de mettre en place une jouissance commune de l'œuvre de façon pérenne. Cela consiste à permettre à chacun de jouir pleinement de l'œuvre, voire de participer à sa création puisque cette dernière peut à tout moment évoluer dans sa forme. Ainsi, la jouissance commune de l'œuvre (dans sa forme initiale comme dans ses formes dérivées) est reconnue à toute personne qui adhère à cette idée de partage. En ce sens, les personnes participant à un projet libre forment une communauté⁷². Il existe ainsi autant de communautés qu'il y a d'œuvres libres.

En l'absence de cadre juridique adapté, les auteurs ont tenté de rendre leurs œuvres libres par le biais de l'outil contractuel. Ils ont conçu des licences dites libres car elles ont pour objet d'accorder des droits de jouissance réciproques afin que les destinataires de l'autorisation comme les concessionnaires jouissent mutuellement des mêmes droits sur leurs apports respectifs. Personne ne renonce donc à ses droits de propriété intellectuelle, mais chacun jouit des mêmes droits sur l'ensemble ainsi réalisé ou qui sera réalisé. Chaque personne participant à l'œuvre est à la fois consciente des apports personnels qu'elle réalise⁷³, et de son rôle dans la création d'ensemble. Il en résulte plusieurs conséquences. *L'animus domini* est présent chez les membres de la communauté. La propriété sur l'œuvre dans son ensemble est nécessairement collective. Les communautés sont rarement institutionnalisées. Elles ne se confondent pas avec les organismes, qu'ils soient privés (une association par exemple) ou publics (tel un centre de recherche). Pour jouir de l'œuvre il suffit d'accepter les règles de la communauté. Le droit ne se transmet pas. Il n'existe pas de droit de veto entre les membres de la communauté car le droit n'est pas exclusif entre eux. Il n'existe pas non plus de droit de partage. Ainsi, conceptualisée, l'œuvre libre peut être définie comme *toute œuvre, quel que soit son mode d'expression, protégée par le droit d'auteur, évolutive, à pluralité d'auteurs car il est possible de la copier, de la diffuser et de la modifier, de par la volonté de son auteur, sans autre restriction que celles nécessaires à la garantie de ces libertés*. L'outil contractuel pour que l'œuvre soit libre n'est qu'un pis-aller peu convaincant. Mais, il ne pourrait en être autrement sans une évolution du droit d'auteur vers la reconnaissance d'une forme de création répondant aux règles de la propriété collective.

C. L'avenir des biens communs ?

La jouissance commune des biens communs se conçoit nécessairement différemment selon que le bien est meuble ou immeuble, matériel ou immatériel.

Lorsque le bien commun est un immeuble, la jouissance commune ne peut se faire qu'entre les personnes proches géographiquement. Si le bien commun est matériel, alors le souci de conservation contraindra la jouissance commune. À l'inverse, les biens communs immatériels échappent à ces deux types de contraintes. Leur immatérialité permet une jouissance par une communauté dispersée géographiquement d'une part, et d'autre part, l'immatérialité en fait des biens non rivaux, c'est-à-dire des biens dont la jouissance par les

72 Les exemples emblématiques de ces communautés sont les communautés Debian et Python, des communautés ayant pour objet le développement de logiciels libres.

73 Le respect du droit de paternité de chaque auteur est d'autant plus important que le dynamisme de ce mode de création repose sur l'économie de la notoriété.

uns ne fait pas obstacle à la jouissance au même moment par les autres⁷⁴. Enfin, la conservation des biens communs immatériels n'est pas menacée car ils ne s'épuisent pas ni ne se dégradent à l'usage.

Faut-il en conclure que les biens communs en tant que biens dont la jouissance est partagée par les membres d'une communauté ne peuvent exister aujourd'hui qu'à condition d'être immatériels ? Rien n'est moins sûr. Les nouvelles formes de biens communs, telles que les œuvres libres, pourraient n'être que la manifestation d'un besoin social plus général d'un retour à la propriété collective. Celle-ci a existé sous la pression d'une nécessité sociétale, puis a disparu en raison d'intérêts opposés. Elle réapparaît malgré un cadre juridique peu propice qui tend, peut-être, à s'assouplir par touches discrètes sans dire son nom⁷⁵. Les individus renouent ainsi volontairement avec la jouissance commune au sein d'une communauté.

74 Ce phénomène a déjà été observé en matière de copropriété intellectuelle : A. Robin, *La copropriété intellectuelle, contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, op. cit. n° 391 s., p. 406 s.

75 On songera notamment à l'avant-projet de réforme du Livre II relatif aux biens - proposé par le groupe de travail présidé par Monsieur le Professeur Hugues Perinet-Marquet - qui consacre le régime des troubles de voisinage et qui reconnaît en filigrane une communauté de voisins. Voir V. Durand Girard, « La protection vicinale dans le cadre des articles 629 et 630 de l'avant-projet de réforme du Livre II relatif aux biens », à paraître.