



HAL
open science

L'espace public et les libertés politiques : logiques de privatisation dans une perspective comparée (France, Royaume-Uni, Allemagne, États-Unis, Canada)

Thomas Perroud

► To cite this version:

Thomas Perroud. L'espace public et les libertés politiques : logiques de privatisation dans une perspective comparée (France, Royaume-Uni, Allemagne, États-Unis, Canada). 2022. hal-03698598

HAL Id: hal-03698598

<https://hal.science/hal-03698598>

Preprint submitted on 18 Jun 2022

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.

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

L'espace public et les libertés politiques : logiques de privatisation dans une perspective comparée (France, Royaume-Uni, Allemagne, États-Unis, Canada)

Thomas Perroud

*

La problématique des communs urbains¹ s'inscrit dans la continuité des évolutions que nous souhaiterions étudier ici. Les communs urbains se proposent comme objectif de théoriser des méthodes de lutte contre l'évolution de la ville néolibérale, à partir d'en bas, des communautés. Il s'agit donc d'une réaction communautaire aux phénomènes de privatisation de la ville. Ce faisant les communs urbains créent de nouveaux arrangements, de nouveaux agencements de propriété et c'est en cela que la question de la privatisation des espaces publics rejoint la réflexion sur les communs. Nous verrons que les réactions juridictionnelles vont susciter des solutions nouvelles et, surtout, un réagencement des faisceaux de droit dont dispose le propriétaire sur son bien. Ce qui nous intéressera ici, c'est la façon dont les juges réagissent aux phénomènes de privatisation qui affectent les espaces publics urbains, que ceux-ci soient possédés par des personnes publiques ou des personnes privées².

¹ V. la revue de la littérature sur la notion de communs urbains in : Feinberg, A., Ghorbani, A., & Herder, P. (2021). Diversity and Challenges of the Urban Commons: A Comprehensive Review. *International Journal of the Commons*, 15(1), §3.3.1 : "A large part of our corpus contributes to the critique of neo-liberalism: socio-economic mechanisms are viewed as driven by the interests of global finance capital, rather than by the interests of the society or, more generally, human rights (Harvey, 2012; Simpson, 2014). Neo-liberalism affects in many ways the urban commons (Kalb, 2017): resource enclosure, privatisation, commodification, gentrification (Bresnihan & Byrne, 2015; Newman, 2013), displacements and alienation. These serve as an argument for commoners to claim spaces in the city and reverse neo-liberalism (Hodkinson, 2012; Petrescu et al., 2016; Ruggiero & Graziano, 2018). In some cases, the enclosure or social exclusion may result from the commoning activities themselves (Cooke et al., 2019; Parker & Schmidt, 2017) to ensure their functioning." L'article est disponible à cette adresse : <http://doi.org/10.5334/ijc.1033>.

² Ce travail poursuit donc les recherches entreprises depuis plusieurs années sur l'espace public, sous l'angle de la liberté de manifester (avec Aurélie Duffy-Meunier, "La liberté de manifestation en droit comparé", *Jus Politicum* (janvier 2017) et la *Revue des droits de l'Homme*) ou sous l'angle des communs (in : Rapport remis à la Mission de

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

Nous expliquerons un peu plus bas la conception large que nous adoptons du concept de privatisation, en lien avec les usages, les utilités des espaces publics.

La ville contemporaine est en effet parcourue de phénomènes contradictoires et de revendications opposées. Elle est le lieu du pouvoir politique et en ce sens elle doit pouvoir accueillir tous les modes d'expression des préférences de chaque groupe social (manifestations, affichage, occupations, distribution de tracts). Elle est aussi le lieu de la circulation, du divertissement, du logement, ainsi qu'un lieu de profit. Le marché a toujours été un lieu essentiel de la ville, qu'il s'agisse du marché de denrées alimentaires ou des travailleurs. La vocation commerciale de la ville est donc, à cet égard, essentielle et certainement inaugurale.

Dans la lutte, la concurrence entre tous ces usages, il est souvent difficile de représenter ce qui constitue l'intérêt général, lequel permettrait de mettre en équilibre l'ensemble de ces demandes. Il y a des hiérarchies, souvent implicites, de ceux-ci, qu'il revient au propriétaire d'établir. Deux cas s'opposent donc. Si le propriétaire est public, et en prenant pour point d'analyse le droit administratif français, celui-ci établit une hiérarchie dans l'usage du domaine public avec la dichotomie usage conforme et non conforme à l'affectation³. L'usage conforme à l'affectation du domaine consiste par exemple à utiliser une voie publique pour circuler, car la circulation est la vocation de la voirie routière. Cette utilisation ne faisant qu'exprimer une liberté conforme à la vocation du domaine, elle ne nécessite donc aucune autorisation à la différence de l'usage non conforme dont le modèle est l'utilisation privative du domaine public pour

recherches Droit & Justice, L'échelle de communalité, dir. M. Cornu, G. Martin, J. Rochfeld : "Les biens publics" avec Rocio del Pilar Trujillo Sosa et Clément Topuz ; "Les intérêts à reconnaître" avec Chiara Angiolini, Marie-Pierre Camproux Duffrene, Rocio Del Pilar Trujillo Sosa, Daniela Festa ; "Le droit d'accès à la justice et les actions en défense des intérêts communs", avec Chiara Angiolini, Marie-Pierre Camproux Duffrene, Rocio Del Pilar Trujillo Sosa, Daniela Festa ; "Leçon de droit comparé n°2 : Les limitations aux privatisations des espaces publics dans les pays anglo-américains et en Allemagne", avec Rocio del Pilar Trujillo Sosa et Clément Topuz).

³ L'article L2121-1 du Code général de la propriété des personnes publiques dispose ainsi : "Les biens du domaine public sont utilisés conformément à leur affectation à l'utilité publique."

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

un usage commercial qui requiert, lui, une autorisation. Seul l'usage récréatif de la ville, expression de la liberté d'aller et venir est totalement libre. Le piéton n'a besoin d'aucune autorisation pour emprunter les voies publiques. L'automobiliste, lui, a besoin d'une autorisation (permis de conduire), doit acquitter des droits pour stationner. Le piéton faisant usage de la liberté d'aller et venir n'a aucun compte à rendre. Ce n'est même pas le cas de la manifestation qui doit être déclarée en France⁴. Certes l'autorité administrative est tenue de délivrer une autorisation, mais il y a quand même une formalité, qui peut se traduire parfois par des trajets imposés et la présence d'un service de sécurité. Si, à l'inverse, le propriétaire est privé, la réponse est simple : c'est à lui et à lui seul de fixer la hiérarchie des usages de son bien, ce qui pose évidemment problème lorsque la propriété considérée est un espace public.

Ce détour par le droit administratif français montre donc que la grande majorité des usages du domaine est prise dans des régimes d'autorisation qui mettent la puissance publique et le juge d'un côté, le propriétaire privé de l'autre, au centre de l'arbitrage entre ces usages. La privatisation revient dans ce cadre à donner à un usage le monopole ou le quasi-monopole d'un espace. En ce sens, nous souhaiterions ici élargir le concept de privatisation pour montrer que la façon dont la puissance publique gère l'espace public lorsqu'elle en est propriétaire manifeste aussi des choix et des publics qu'elle privilégie au détriment d'autres. Il y aura privatisation à partir du moment où un usage devient impérialiste.

La prémisse de mon raisonnement, que l'on peut légitimement refuser, est que la vocation première de l'espace public est politique ou devrait être politique. Cette affirmation est fondée en droit puisque la liberté d'expression est rangée, dans la plupart des textes constitutionnels, parmi les principes les plus éminents : à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, au premier amendement de la Déclaration des droits des États-Unis, à l'article 5(1) de la Loi fondamentale allemande. De

⁴ L'article L211-1 du Code de la sécurité intérieure dispose : "Sont soumis à l'obligation d'une déclaration préalable tous cortèges, défilés et rassemblements de personnes, et, d'une façon générale, toutes manifestations sur la voie publique."

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

surcroît, la nature démocratique des régimes politiques de ces pays impose une délibération des citoyens sur les choix collectifs. En ce sens, l'espace public est un vecteur essentiel de participation à la délibération collective et l'affrontement sur l'espace public, pour Machiavel, un vecteur essentiel de la liberté⁵. Habermas défend même le droit à la désobéissance civile et donc la monopolisation de l'espace public pour le bien commun⁶. Au niveau historique, ces espaces ont d'ailleurs joué un rôle inaugural dans l'établissement des régimes politiques sous lesquels nous vivons, c'est d'ailleurs la raison pour laquelle Norberto Bobbio la range parmi les quatre grandes libertés modernes, condition de la démocratie⁷. Dire que la vocation politique de l'espace public devrait primer sur les autres usages signifie que la liberté de manifestation devrait être première, en ce qu'elle permet une figuration du demos⁸. C'est en réalité l'objet que nous étudierons ici, car cette liberté pose des

⁵ « Je soutiens à ceux qui condamnent les querelles du Sénat et du peuple qu'ils condamnent ce qui fut le principe de la liberté, et qu'ils sont beaucoup plus frappés des cris et du bruit qu'elles occasionnaient sur la place publique que des bons effets qu'elle produisait. Dans toute république, il y a deux partis : celui des grands et celui du peuple ; et toutes les lois favorables à la liberté ne naissent que de leur opposition [...] » (N. Machiavel, « Discours sur la première décade de Tite-Live », Ch. IV, Livre 1er : « Que les différends entre le Sénat et le peuple ont rendu la République romaine puissante et libre », Paris, Gallimard, 1950, p. 390-391.)

⁶ Habermas a pris position sur la désobéissance civile au moment des manifestations des années 1980 faisant suite à l'installation de missiles américains sur le sol allemand : « Because civil disobedience today operates on these same principles, it must be recognized as a constituent part of the political culture of a developed democratic community. If the representative constitution breaks down in the face of a provocation, like the uncontrolled arms race, the citizens must intercede directly in their role as sovereign and give notice that corrections or revisions are overdue. The fallibility essential to the historical realization of universal constitutional principles - a fallibility from which the elected and appointed representatives of the state are not exempt - finds its counterweight in the non-institutionalizable suspicious nature of the citizens of a mature political culture. To achieve this, citizens must escape from the (German) Hobbesian legal consciousness. They must have acquired the sensibility, judgement, and readiness to take risks necessary to recognize continuing legal infractions of legitimacy and to meet these - when other remedies are not possible - with the prompt introduction of civil disobedience. » (J. Habermas, « Right and Violence: A German Trauma », *Cultural Critique*, 1, 1985, p. 125-139).

⁷ N. Bobbio, *Pourquoi la démocratie ?*, Paris, Éditions Michel Houdiard, 2008, p. 16, cité in I. Boucobza, « La liberté de manifestation en Italie, perspective historique », *Jus Politicum*, 17, 2017-1, <http://juspoliticum.com/article/La-liberte-de-manifester-en-Italie-perspective-historique-1127.html>.

⁸ V. H. Arendt, *La condition de l'homme moderne*, Paris, Calman-Lévy, 1993, p. 258 : « la polis proprement dite n'est pas la cité en sa localisation physique ; c'est l'organisation du peuple qui vient de ce que l'on agit et parle ensemble, et son espace véritable s'étend entre les hommes qui vivent ensemble dans ce but, en quelque lieu qu'ils se trouvent ».

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

questions qui interrogent directement le devenir de l'espace public contemporain dans sa dimension publique comme privée.

Face à cela, l'espace public est pris dans une logique de neutralisation à la fois dans ses dimensions publique et privée. Nous voudrions montrer, d'une part, que la propriété publique n'est pas forcément une garantie de la protection de la vocation politique du domaine. D'autre part, lorsque l'espace public est propriété privée la logique de neutralisation à l'œuvre est évidemment beaucoup plus prégnante. Dans ce second cas, nous étudierons les mécanismes de réaction.

*

La neutralisation de l'espace public propriété publique

L'espace public a vocation à appartenir à une personne publique, l'État ou une ville, qui est censé le gérer dans l'intérêt de tous et préserver l'épanouissement des libertés politiques. L'image romantique de l'espace public voudrait que sa vocation politique prime. Nous aimerions montrer ici que la réalité est différente lorsque des concurrences d'usage apparaissent.

De surcroît, il semble qu'historiquement, en France et aux États-Unis en tout cas, l'affirmation du droit de propriété sur l'espace public - plutôt qu'un droit de garde par exemple - se soit traduite par un affaiblissement des libertés politiques. Nous avons d'ailleurs exprimé une hypothèse en ce sens pour les États-Unis, en même temps que Philippe Yolka pour la France⁹. On constate une corrélation temporelle, en France, entre consécration de la propriété publique, activement promue par la doctrine, c'est-à-dire de l'existence d'un droit de propriété des personnes publiques sur les biens de tous et la réglementation de la manifestation. C'est dans

⁹ A. Duffy-Meunier, T. Perroud «La liberté de manifestation dans l'espace public en droit comparé », Jus Politicum, n° 17.

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

l'entre-deux-guerres que les deux sont consacrés ensemble. Philippe Yolka écrit ainsi : "Historiquement, il est notable que l'encadrement de la liberté de manifestation a suivi l'affirmation du droit de propriété des personnes publiques sur le domaine public (l'exemple français ne paraissant pas isolé¹⁰) ; ainsi, du décret-loi du 23 octobre 1935 imposant un régime de déclaration préalable, à l'époque où triomphaient les idées d'Hauriou sur la propriété administrative du domaine public. Une remarque analogue peut être risquée à l'égard de l'exercice des libertés économiques, encadré par le juge au même moment¹¹ et toujours conditionné depuis lors à la délivrance d'autorisations."¹² On remarque une corrélation similaire, mais inverse, aux États-Unis où un arrêt de la Cour suprême du Massachusetts¹³ - dont l'opinion majoritaire est écrite par Holmes - utilise le droit de propriété de la personne publique comme fondement de la restriction des libertés - une prière de rue en l'occurrence : "[S]i le Parlement interdit absolument ou sous conditions les réunions publiques dans la rue ou un parc public, ce n'est pas plus une violation des droits du public que si le propriétaire d'une maison privée interdisait cette activité dans sa maison. Lorsqu'il n'interfère avec aucun droit de propriété, le Parlement peut mettre fin au droit du public d'entrer dans l'espace public, en mettant fin à l'affectation de ces espaces au public." L'intérêt de ce jugement tient au fait qu'il fonde le pouvoir de réglementer l'espace public sur le droit de propriété. La Cour suprême des États-Unis ira dans le même sens que la Cour suprême du Massachusetts, sans toutefois reprendre le même fondement, mais en l'acceptant en tout cas¹⁴. Ce n'est qu'à partir du moment où la Cour suprême va changer de théorie de la propriété pour adopter celle du *public trust*, en vertu de laquelle les biens de l'État sont détenus au bénéfice du public, que la

¹⁰ Philippe Yolka cite ici notre étude avec Aurélie Duffy-Meunier.

¹¹ Philippe Yolka cite cette référence : "CE, 29 janv. 1932, Sté Autobus antibois (Rec. p. 117 ; D. 1932, III, p. 60, note Blaevoet, p. 67, concl. Latournerie ; RD publ. 1932, p. 505, concl. ; S. 1932. 3. 65, note P. L.)."

¹² P. Yolka, "Libertés, domanialité et propriété publiques", in "Le droit des libertés en question(s) - Colloque des 5 ans de la RDLF", RDLF 2017, chron. n°02.

¹³ Commonwealth v. Davis (Davis II) (39 N.E. 113 (Mass. 1895).

¹⁴ Davis v. Massachusetts (Davis III), 167 U.S. 43 (1897).

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

liberté d'expression put s'épanouir¹⁵. C'est en ce sens que nous parlons pour les États-Unis de corrélation inverse : le desserrement de la logique propriétaire permet un épanouissement des libertés. La tarification de l'accès à l'espace public, comme la décision de Venise de rendre payant l'accès au centre-ville, semble constituer le nœud ultime où la propriété finit par écraser la liberté¹⁶.

Pour étudier la tension entre les usages politiques et les autres usages de l'espace public, le cas des campements est intéressant. Il a permis à l'État et ensuite aux juges d'explicitier leur conception de la hiérarchie des usages de l'espace public.

Nous allons voir, en étudiant plusieurs jurisprudences anglo-saxonnes, rendues à propos des campements, comment les juges hiérarchisent les usages au détriment de la vocation politique du domaine. À travers ces jurisprudences, c'est en réalité l'usage dépolitisé, récréatif, de l'espace public qui prime.

Occupy Toronto

Le mouvement Occupy a aussi essaimé au Canada, à Toronto notamment, et a donc suscité une décision intéressante, la décision *Batty v. City of Toronto* de 2011¹⁷. Dans cette affaire, le juge Brown décide que l'interdiction du campement aura « pour effet de mettre fin au monopole [nous soulignons] que les manifestants ont établi sur le parc public dans ce centre de Toronto ». Le juge dit ainsi, de façon décisive : « Les requérants ont fait valoir que, parce qu'ils considèrent l'occupation du parc 24 heures sur 24 comme une partie importante de leur message, le respect de l'avis

¹⁵ *Hague v. CIO* 307 U.S. 496 (1939).

¹⁶ C. Roux, « Voir Venise... », *Droit administratif*, février 2022, n° 2, p. 3.

¹⁷ 2011 ONSC 6862. Disponible ici :

<https://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2011/2011onsc6862/2011onsc6862.html>. V. M. Kohn (2013). *Privatization and Protest: Occupy Wall Street, Occupy Toronto, and the Occupation of Public Space in a Democracy*. *Perspectives on Politics*, 11(1), 99-110.

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

de Tresspass¹⁸ entraînerait une interdiction absolue de cette forme de leurs activités expressives et associatives.”

Regardons l’appréciation que Brown fait de cet argument central, à savoir le lien entre le message et le mode d’action. Il ajoute pour écarter cet argument : “C’est ici que le bon sens doit entrer en ligne de compte. Si j’acceptais l’argument des requérants, n’importe quel groupe de manifestants pourrait se présenter, affirmer que la monopolisation d’une partie particulière de l’espace public est une partie importante de leur message politique et la Ville serait impuissante à s’y opposer. La Charte [canadienne des droits fondamentaux] ne crée pas un monde aussi absolu, rigide ou dénué de bon sens en ce qui concerne l’utilisation privée des espaces publics”.

Le raisonnement du juge Brown use de ce procédé bien connu : l’argument de la pente glissante qui consiste à disqualifier une proposition en mettant en évidence des conséquences désastreuses que l’on se garde bien d’ailleurs de prouver. Mais c’est surtout la qualification opérée par Brown qui compte ici : le campement constitue, pour lui, une “utilisation privée des espaces publics”. Cette qualification est décisive puisqu’il considère que l’usage politique de l’espace est un usage privé, comme s’il s’agissait de la terrasse d’un café. Il compare d’ailleurs le campement avec le “*squeegeeing*” (laveur de vitre des voitures), c’est-à-dire une activité qui est tout de même commerciale avant d’être politique.

Occupy London

La même logique est à l’œuvre, dans l’esprit du juge Lord Neuberger à propos de l’occupation des jardins de Parliament Square¹⁹ par Occupy

¹⁸ L’outil juridique pour dissoudre l’occupation est l’avis de *trespass*. Il est intéressant de relever, du point de vue du *common law*, que la ville utilise le même véhicule juridique, le *remedy* de *trespass*, qu’une personne privée dont l’objet est de protéger le droit de propriété. Il n’y a donc pas d’autonomie ici du remède pour protéger le domaine public. Ce remède, modelé sur le droit privé, a tendance à dévaluer l’importance des autres usages puisqu’il confère au seul propriétaire la compétence pour fixer l’usage du bien.

¹⁹ *Mayor of London v. Hall (Democracy Village)* [2010] EWCA Civ 817 ; *Mayor, Commonalty and Citizens of London v. Samede (Saint Paul)* [2012] EWCA Civ 160). V. A.

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

London. Le juge estime qu'Occupy London a monopolisé l'usage de l'espace public, "l'occupe de façon exclusive"²⁰.

On trouve dans ce jugement anglais des considérations sur la propriété de la ville tout à fait décisive. Le juge dit ainsi : "Le point essentiel dans (...) la présente affaire est que, si les droits des manifestants au titre des articles 10 et 11 [de la CEDH] sont indubitablement concernés, il est très difficile de voir comment ils pourraient jamais l'emporter contre la volonté du propriétaire foncier (*sic*), alors qu'ils occupent de manière continue et exclusive un terrain public, violant non seulement les droits de propriété du propriétaire et certaines dispositions légales, mais interférant de manière significative avec les droits publics et les droits conventionnels d'autrui, et causant d'autres problèmes (liés à la santé, aux nuisances, etc.), en particulier dans des circonstances où l'occupation a déjà duré des mois, et est susceptible de se poursuivre indéfiniment."

Dans le cas anglais, comme dans le cas canadien, le juge n'arrive pas à s'empêcher de faire rentrer des considérations propriétaires dans le traitement de l'affaire ... Pendant tout le 19e siècle, en France, l'idée que l'État possédait le domaine public était considérée comme hérétique. L'idée de la garde était encore prégnante. De même, il existe en common law la notion de *public trust*²¹, qui voudrait que la personne publique ne soit que la gardienne, la fiduciaire (*trustee*) d'un bien au bénéfice du public, mais que le juge n'utilise pas ici non plus.

Il ressort de ces arrêts l'idée que l'occupation de l'espace public en fonction de sa vocation politique est considérée par les juges comme une forme de privatisation et qu'elle doit céder face aux autres formes

Duffy-Meunier, T. 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>.

²⁰ V. A. Antoine, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni », Jus Politicum, n° 17 : <http://juspoliticum.com/article/La-liberte-de-manifestation-au-Royaume-Uni-1135.html>.

²¹ T. Perroud, « Recherche sur un fondement de la domanialité publique dans les pays de *common law* : la notion de *public trust* », in Mélanges à la mémoire de Gérard Marcou, IRJS éditions, 2018.

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

d'usage. On voit bien comme l'activité politique est ici dévalorisée par rapport à d'autres.

L'occupation du Mall à Washington

Si l'on veut se convaincre que c'est l'usage dépolitisé qui prime dans la conception moderne de l'espace public la décision de la Cour suprême des États-Unis, *Clark v Community for Creative Non-Violence* de 1982²² est intéressante, et ce d'autant plus que cette Cour a développé la conception la plus exigeante de la liberté d'expression parmi les grandes démocraties occidentales.

La Cour suprême était face à un campement sur le Mall à Washington, c'est-à-dire l'esplanade qui descend du Capitole. En d'autres termes, il s'agissait d'un message politique dans le lieu le plus chargé d'histoire et donc le plus politiquement significatif des États-Unis. Le campement avait en outre pour objet d'attirer l'attention du public sur le sort des sans-abri. La méthode (le campement) et le message sont donc cohérents. Or, l'autorité publique responsable du parc interdisait purement et simplement tout campement sur l'esplanade, des espaces ayant été réservés pour le camping ailleurs que sur le mall. Ce point est important car il signifie que la restriction de la liberté d'expression est neutre du point de vue du contenu, elle ne traduit aucune préférence politique. La Cour suprême estime que l'interdiction est légale, qu'elle ne constitue pas une interférence injustifiée dans l'expression des libertés. En effet, dès lors qu'une limitation de la liberté d'expression traduit une préférence donnée par une autorité étatique à une opinion, le contrôle des tribunaux américains devient très serré et la limitation a de fortes chances d'être annulée. Ici, rien de tel puisque l'interdiction de la pratique est totale et s'appliquera à toute opinion utilisant ce procédé dans ce lieu. Voici la hiérarchisation des usages établie par la Cour suprême : « il nous apparaît que le règlement est limité à la protection de l'intérêt légitime poursuivi par le gouvernement et qui consiste en la préservation des parcs au cœur

²² 468 U.S. 288 (1982).

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

de notre Capitale, afin de protéger leur attractivité et leur intégrité pour la jouissance de millions de gens ». La conservation de la propreté du parc permet donc de l'emporter sur la vocation politique... L'argument de la pente glissante est aussi mobilisé par la Cour : "En l'absence d'une interdiction de camper de nuit, d'autres groupes formuleraient la même demande de camper dans le parc Lafayette. Certains d'entre eux auraient sûrement une revendication aussi crédible à cet égard que le CCNV, et le refus opposé à ces demandes poserait des problèmes difficiles au Service des parcs. Avec l'interdiction, cependant, comme il est évident dans le cas qui nous occupe, au moins certaines manifestations qui durent des jours entiers ne se matérialiseront pas, d'autres seront limitées en taille et en durée, et les objectifs du règlement seront donc matériellement servis". La Cour n'accepte donc pas le mode d'expression choisi par les manifestants qui consistait en un campement au cœur du Mall, l'érection d'un village de tentes pour alerter les citoyens sur la situation des sans-abri. Comme le dit Butler²³ à la suite d'Arendt, la politique requiert une figuration, un espace d'apparition. C'est bien la visibilité du problème social qui est recherchée par les manifestants. Leur but est, disent-ils devant la Cour suprême - et ce passage est repris dans la célèbre opinion dissidente de Tugwood Marshall, : "de reconstituer la réalité centrale des sans-abri ("to re-enact the central reality of homelessness"). Ils ajoutent qu'il s'agit : "de faire prendre conscience au public, de la manière la plus spectaculaire possible, que le phénomène des sans-abri est un problème répandu, souvent ignoré, qui confronte ses victimes à des privations mettant leur vie en danger. Comme l'a expliqué l'un des hommes sans-abri cherchant à manifester : "Dormir dans le parc Lafayette ou sur le Mall, pour moi, c'est montrer aux gens que les conditions sont si mauvaises pour les sans-abri et les pauvres dans cette ville que nous sommes prêts à dormir dehors en hiver pour faire passer le message." L'importance de la visibilité avait été reconnue par les juges des cours inférieures qui disent de façon significative : "En utilisant le camping

²³ J. Butler, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, New Haven, Harvard University Press, 2015, p. 76.

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

comme partie intégrante de leur mode de protestation, les requérants "peuvent exprimer avec leur corps le caractère bouleversant de leur détresse. Ils peuvent démontrer physiquement le mépris dont ils souffrent avec une éloquence que même Dickens ne pourrait égaler"²⁴.

Les usages décoratifs et récréatifs l'emportent donc sur l'usage politique de l'espace, complètement dévalué par la Cour suprême dans cette décision. L'espace public, lorsqu'il est la propriété d'une personne publique, l'État ou une ville, exprime donc une préférence pour l'usage récréatif. C'est précisément l'objet de l'opinion dissidente du juge Tugwood Marshall : "L'imposition systématique du silence à tous peut répondre aux exigences d'une neutralité de contenu uniforme. Mais cela va à l'encontre de notre "profond engagement national envers le principe selon lequel le débat sur les questions publiques doit être sans entrave, robuste et ouvert". *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S., à 270, 84 S.Ct., à 720.15".

La position américaine aboutit donc au même résultat que la canadienne et l'anglaise, mais certainement en raison d'impératifs juridiques différents. La question de la propriété semble marginale en effet dans le cas américain. La façon de contrôler les limitations de la liberté d'expression aboutit à une interdiction, qui est nécessairement neutre - et c'est ce que cherchent les juges - mais qui aboutit à nier l'objet même de cette liberté.

Le fondement de la décision américaine est différent mais le résultat est le même : l'usage politique de l'espace public est dégradé, déprécié, face à son usage récréatif.

*

Il n'y a pas de décision de justice disponible sur des campements en France, à ma connaissance, même pour Nuit Debout. La question est

²⁴ *Community for Creative Non-Violence v. Watt*, 227 U.S.App.D.C. 19, 34, 703 F.2d 586, 601 (1983) (Edwards, J. concourant). Ce passage est cité dans l'opinion dissidente de Tugwood Marshall.

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

restée informelle et l'occupation de la place s'est d'ailleurs prolongée. La vocation politique de l'espace public semble, à première vue, mieux respectée en France, alors même que c'est dans ce pays que la propriété des biens publics est la mieux affirmée²⁵.

L'espace public propriété publique est donc traversé par un mouvement de fond visant à neutraliser ses potentialités politiques. La propriété publique n'est ainsi pas une garantie du meilleur épanouissement des libertés, comme les exemples relatifs aux campements le montrent. La hiérarchisation que la puissance publique et les juges font de ces espaces dégradent l'importance du politique. Pour compléter cette analyse, il faudrait bien sûr aller au-delà de l'étude de la jurisprudence. Il faudrait analyser les documents d'urbanismes et la façon dont il dévalue le politique.

La tendance à la neutralisation par les personnes publiques est rejointe et accentuée par le mouvement de privatisation de ces espaces, c'est-à-dire de transfert de la propriété des forum publics entre des mains privées. Ce phénomène n'est pas nouveau. La ville, l'espace public de la ville a toujours fait l'objet de tentative d'appropriation par des intérêts puissants. Ils ont ainsi été documentés pour la ville de Montpellier au Moyen Âge²⁶. L'idéal de la ville *agora*, espace de débat politique sur le devenir commun, espace de rencontres citoyennes, est toujours à conquérir. La nouveauté moderne est que la privatisation fait partie depuis les années soixante des politiques de la ville, dans le monde anglo-saxon particulièrement. D'une part, à travers le développement des Privately-Owned Public Spaces (POPS) et, d'autre part, avec celui des Business Improvement Districts (BID)²⁷. Il s'agit de deux techniques du droit de l'urbanisme dont l'effet est

²⁵ T. Perroud, "The Courts and Public Space: France, the UK and the US in Historical Perspective", in *Comparative Administrative Law*, 2nd ed., Research Handbooks in Comparative Law series, Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth, Blake Emerson (ed.), Edward Elgar, 2017, chap. 31.

²⁶ K. L. Reyerson, Public and Private Space in Medieval Montpellier. The Bon Amic Square, *Journal of Urban History*, Vol. 24(1), November 1997, pp. 3-27.

²⁷ V. R. del Pilar Trujillo Sosa, T. Perroud, C. Topuz, "Leçon de droit comparé n°2 : Les limitations aux privatisations des espaces publics dans les pays anglo-américains et en

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

de déléguer à des personnes privées la gestion d'un espace public. Dans le premier cas, il s'agit de permettre à un promoteur de pouvoir construire davantage en échange de l'aménagement d'un espace public au pied de l'immeuble ou d'une infrastructure (une gare par exemple) qu'il construit. Il en devient propriétaire, ce qui n'est pas le cas du Business Improvement District. Le BID se traduit par la création d'une personne morale pour gérer l'ensemble du quartier, mais qui n'est pas propriétaire. Ces deux formes n'existent pas en France. Il y a bien des associations de commerçants, dont la plus connue est le Comité Champs Elysées, qui est apparue au moment des Gilets jaunes, mais qui n'a aucune fonction de type public, à ma connaissance en tout cas. Les associations syndicales de propriétaires ont la personnalité morale, mais elles ne sont pas étudiées. La forme la plus forte de privatisation, c'est le centre commercial, qui est un phénomène commun à l'ensemble des pays développés, qui touche aussi la France dans ce cas, même si c'est de façon moins évidente qu'aux États-Unis, où le centre commercial est devenu, dans certaines villes, le centre de la vie sociale²⁸. Ce qui n'a pas épargné d'ailleurs certaines villes françaises, comme Jean Baudrillard l'a bien décrit dans *La société de consommation* en 1970, en étudiant Parly 2, ville nouvelle, ville-dortoir, au Chesnay, construite autour d'un centre commercial. Jean Baudrillard écrit ainsi de Parly 2 : "Nous sommes là au foyer de la consommation comme organisation totale de la quotidienneté, homogénéisation totale, où tout est ressaisi et dépassé dans la facilité, la translucidité d'un "bonheur" abstrait, défini par la seule résolution des tensions." Le marché, le centre commercial, devient ici une ville entière. Dans son dernier état, les derniers centres commerciaux à ciel ouvert prennent même des allures de villes. C'est la spécialité du groupe Altea en France. David Mangin, dans *La ville franchisée*, explique ainsi la logique derrière cette évolution dans le chapitre "Investir les centres historiques". Il écrit : "Les retours sur investissement, très rapides en

Allemagne", in Marie Cornu, Judith Rochfeld, Gilles Martin (et alii), *L'échelle de communalité*, Rapport remis à la Mission de recherche Droit et Justice remis en 2021.

²⁸ V. M. Kohn, *Brave New Neighborhoods: The Privatization of Public Space* (Routledge 2004) ; S. Hennette Vauchez, "The Mall", *RFDA* 2020 p. 833.

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

périphérie parce que le foncier n'y coûte guère, s'allongent en centre-ville de 3 à 30 ans. À moins que les villes ne bradent leur patrimoine immobilier, comme elles le font parfois. Saint-Brieuc, Angers, Angoulême, Tarbes, Lorient, Cholet ou Tours renouvellent ainsi leurs rues commerçantes dans des opérations globales, souvent confiées à des opérateurs privés. Le groupe Altarea, par exemple, promoteur de Bercy-Village à Paris monte des opérations clés en mains au Havre, à Brest, Argenteuil ou Roubaix²⁹. Ces espaces sont entièrement privés.

Il y a donc toute une échelle de privatisation, de commercialité de l'espace public.

Face à cela, nous voudrions étudier les formes de contestation et la façon dont elles s'organisent juridiquement pour comprendre la hiérarchisation que les juges opèrent dans un cadre privé. C'est un topos de la littérature juridique que de dire que depuis le 18^e siècle, le droit de propriété est construit sur l'exclusivité et qu'il est sacré. La littérature juridique anglaise est pleine de cette idée et l'on cite à l'envie les propos de Blackstone, lequel ne faisant déjà que répéter un lieu commun à l'époque³⁰. Et ce n'est d'ailleurs pas un hasard si c'est en Angleterre que l'on trouve exprimé le plus de mépris pour les mouvements d'occupation de la part des juges³¹.

²⁹ D. Mangin, *La ville franchisée. Structures et formes urbaines de la ville contemporaine*, Éditions de la Villette, 2004.

³⁰ W. Blackstone, *Commentaries* 223 : "[The law has] so particular and tender a regard to the immunity of a man's house that it stiles it his castle, and will never suffer it to be violated with impunity."

³¹ *V. The Mayor Commonalty and Citizens of London v Samede (St Paul's Churchyard Camp Representative) & Ors* [2012] EWCA Civ 160 (22 February 2012). Disponible ici : <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/160.html>. On peut lire : "The hearing of this case took up five days and resulted in a conspicuously full and careful judgment. The hearing at first instance in Hall [2011] 1 WLR 504 took eight days and also resulted in a detailed and clear judgment - see at [2010] EWHC 1613. Each case has now also resulted in a full judgment on the application for permission to appeal. There is now, therefore, guidance available for first instance judges faced with cases of a similar nature; indeed, that is part of the purpose of this judgment. Of course, each case turns on its facts, and where Convention rights are engaged, case law indicates that the court must examine the facts under a particularly sharp focus. Nonetheless, in future cases of this nature (where the facts involve a demonstration which involves not merely occupying public land, but doing so for more than a short period and in a way which not only is in breach of statute but substantially interferes with the rights of others), it should

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

L'analyse ne se concentrera ici que sur le Royaume-Uni, l'Allemagne et les États-Unis. Pourquoi la privatisation des espaces publics en France n'a-t-elle pas généré de contentieux ? Une première réponse tient au fait que le mouvement de privatisation en France a été manifestement beaucoup moins fort que dans le monde anglo-saxons. Les POPS n'existent pas. Il y a bien la privatisation des Halles à Paris. Mais elle ne s'est pas traduite par des évictions ayant débouché sur des affaires en justice.

Comme l'a montré Stéphanie Hennette Vauchez, la multiplication des centres commerciaux en France a un impact sur le régime des libertés politiques et habitue les citoyens à un espace dépolitisé. Elle cite ainsi le règlement intérieur du centre commercial Les boutiques du Palais, porte Maillot à Paris, qui "dispose qu'il est notamment interdit « d'y manifester, d'y courir, crier, chanter, faire du chahut, lancer ou laisser tomber des objets, y exhiber des banderoles, de mettre des inscriptions »."³² L'espace public propriété d'une personne privée exerçant une activité commerciale doit recréer une ambiance propice à la consommation, d'où l'éviction du politique. Il n'y a pas non plus en France de BID. Il faudrait essayer de comprendre l'influence du Comité Champs-Élysées sur la politique urbaine de la ville. Pour l'instant, ce n'est pas documenté.

Alors, quelles sont les stratégies utilisées pour tenter de remédier à la privatisation des espaces publics ?

Il me semble qu'elles sont de trois sortes. La première porte sur le droit de propriété privé lui-même, qu'il s'agirait de redéfinir. La seconde porte sur

be possible for the hearing to be disposed of at first instance more quickly than in the present case or in Hall [2010] EWHC 1613.

For instance, in each case, a significant amount of court time was taken up by the defendant protesters explaining to the court the views they were seeking to promote. In strict principle, little if any court time need be taken up with such evidence. The contents of those views should not be in dispute, and, as we have sought to explain, they are very unlikely to be of much significance to the legal issues involved. Of course, any judge hearing such a case will not want to be thought to be muzzling defendants, who want to explain their passionately held views in order to justify their demonstration (and, at least where the defendants are as they are in this case, it is informative and thought-provoking to hear those views). Accordingly, while it would be wrong to suggest that in every case such evidence should be excluded, a judge should be ready to exercise available case management powers to ensure that hearings in this sort of case do not take up a disproportionate amount of court time."

³² S. Hennette Vauchez, "The Mall", RFDA 2020 p. 833.

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

l'utilisation horizontale des droits fondamentaux, stratégie bien connue des familiers du droit allemand, qui est vu en France par les privatistes comme une sorte d'équivalent du bolchévisme, et enfin par le contrat.

*

La publicisation des espaces publics propriété privée

Nous allons analyser ici les différentes stratégies disponibles pour empêcher que les propriétaires d'espaces publics n'abusent de leur pouvoir dans un sens antidémocratique. Si l'on fait un bref parallèle avec l'espace public télévisuel on peut remarquer qu'aux États-Unis l'évolution est allée dans le sens d'un soutien de l'État à une plus grande partialité de cet espace avec l'abolition de la Fairness doctrine par le régulateur fédéral de l'audiovisuel (FCC) en 1987. Ce principe imposait un traitement égal des points de vue par les chaînes de télévision. La montée en puissance du centre commercial, propriété privée, va donc de pair avec une plus grande partialité des médias de masse. Dans l'espace public physique, des stratégies ont été mises en œuvre pour empêcher l'annulation des opinions politiques à la discrétion des propriétaires.

L'application horizontale des droits fondamentaux

Nous étudierons ici successivement deux pays (les États-Unis et l'Allemagne) où les juges ont accepté cette stratégie pour remédier à la décision d'un propriétaire privé de supprimer arbitrairement la liberté d'expression.

La position américaine

Aux États-Unis, la Cour suprême a évolué. Après avoir d'abord soutenu la liberté d'expression contre les propriétaires privés, elle a révisé sa position avant de défédéraliser la question : c'est désormais aux États de

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

décider, si bien que la situation américaine est au final contrastée. Nous souhaiterions terminer en évoquant la position de la Cour suprême dans un arrêt de 2021 opposant la liberté syndicale au droit de propriété³³. Cette décision peut être considérée comme la dernière position de la Cour suprême sur le sujet, position en défaveur de la liberté politique³⁴.

La consécration du conflit de droits fondamentaux

Comment l'État peut-il intervenir pour réguler des relations purement privées ? Il est en effet de jurisprudence constante que les droits constitutionnels aux États-Unis ne peuvent intervenir qu'en présence d'une action de l'État. Or, celle-ci semble absente dans un cas où un propriétaire privé refuse l'accès à son bien. En réalité, le raisonnement des juges sera le suivant. Il y a bien une intervention d'État puisque les particuliers, dans les affaires que nous allons étudier, vont faire appel à l'État pour protéger leur droit en demandant aux juges d'émettre une décision de *trespass*, laquelle est une décision de justice protégeant le droit de propriété de toute intrusion. Il faut rappeler à cet égard que le non-respect d'une décision de justice dans un pays de common law entraîne une sanction juridictionnelle appelée *contempt of court*, laquelle peut mener en prison.

Autrement dit, l'approche très réaliste du droit américain permet de dévoiler la vérité sur le droit de propriété. Il ne s'agit en aucun cas d'un droit naturel, il n'existe que par la protection que l'État lui prodigue. Autrement dit, ce raisonnement rétablit une verticalité permettant au juge constitutionnel d'intervenir. La décision de la Cour suprême s'adresse moins au propriétaire qu'à l'État lui-même lui imposant de ne pas agir pour protéger le droit de propriété d'une personne contre une autre personne.

³³ Cedar Point Nursery v. Hassid 923 F. 3d 524.

³⁴ V. les développements que nous consacrons à cela in : R. del Pilar Trujillo Sosa, T. Perroud, C. Topuz, "Leçon de droit comparé n°2 : Les limitations aux privatisations des espaces publics dans les pays anglo-américains et en Allemagne", in Rapport remis à la Mission de recherches Droit & Justice, L'échelle de communalité, dir. M. Cornu, G. Martin, J. Rochfeld.

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

Voyons donc l'évolution de la jurisprudence.

Dans une première décision de 1946, *Marsh v Alabama*³⁵, des Témoins de Jéhovah faisaient du porte à porte dans une ville privée et furent priés de partir et, devant leur refus, furent condamné pour *tresspass*. Dans cette décision, la Cour suprême a décidé de protéger la liberté d'expression contre la société privée propriétaire de la ville.

Quelles justifications les juges fournissent-ils pour cette décision ?

L'argument qui semble central dans l'esprit de l'opinion majoritaire, rédigée par le juge Black, est l'ouverture de la ville au public. Il écrit : "la ville et son centre commercial sont accessibles et librement utilisés par le public en général et il n'y a rien qui les distingue de toute autre ville et de tout autre centre commercial, sauf le fait que le titre de propriété appartient à une société privée". Il ajoute : "plus un propriétaire, pour son avantage, ouvre sa propriété à l'usage du public en général, plus ses droits deviennent circonscrits par les droits de rangs législatifs et constitutionnels de ceux qui l'utilisent". Le juge Frankfurter va même plus loin que l'opinion majoritaire dans une opinion concurrente, mais séparée, et semble pencher pour une solution plus générale : "le titre de propriété tel que défini par la loi de l'État contrôle les relations de propriété ; il ne peut pas contrôler les questions de libertés civiles qui se posent précisément parce qu'une ville possédée par une entreprise est une ville ainsi qu'un ensemble de relations de propriété". Les opinions dissidentes de trois juges - Stanley F. Reed, Harold H. Burton et président de la Cour Frederick M. Vinson - sont intéressantes à garder à l'esprit car elles représentent la position canonique en matière de propriété : "Les droits du propriétaire, que la Constitution protège ainsi que le droit à la liberté d'expression, ne sont pas contrebalancés par les intérêts du *tresspasser*, même s'il pénètre dans une propriété privée au nom de la religion ou de la liberté d'expression."

³⁵ 326 US 501 (1946).

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

L'arrêt Marsh permet donc de comprendre qu'une propriété privée, dès lors qu'elle est ouverte au public, doit accepter une formation de servitude d'intérêt public lui interdisant d'annuler la liberté d'expression.

D'autres affaires confirment cette position, comme la décision Logan Valley Plaza en 1968, qui ne concerne plus la liberté religieuse mais la liberté syndicale³⁶. Dans la ligne de la décision précédente, les juges relativisent ici encore une fois le caractère exclusif du droit de propriété lorsque celui-ci s'oppose à l'exercice des libertés et permet donc à un syndicat de dénoncer le sort réservé à un employé d'un magasin en manifestant à proximité de celui-ci. Les juges relèvent une similitude avec le précédent Marsh, à savoir l'ouverture de ces espaces au public et en concluent ceci : "Tout ce que nous décidons ici, c'est qu'étant donné que le centre commercial sert de quartier d'affaires à la collectivité "et qu'il est librement accessible et ouvert aux habitants de la région et à ceux qui passent par là"³⁷, l'État ne peut pas déléguer le pouvoir qu'il tient des lois protégeant la propriété [*trespass laws*] aux fins d'exclure totalement certains membres du public qui souhaitent exercer les droits qu'ils tirent du Premier amendement d'une manière et dans un but généralement conformes à l'usage auquel le bien est effectivement affecté." Le raisonnement américain est intéressant en ce qu'il dévoile la vérité de la propriété. Ce n'est pas une relation purement horizontale. Il s'agit d'une relation dans laquelle l'État est omniprésent et il est donc légitime d'intervenir pour protéger les droits constitutionnels des individus.

L'ambiguïté de la situation actuelle

Cependant, en 1972, qui semble l'année charnière dans cette histoire, la Cour suprême va bouleverser l'équilibre qu'elle avait établi jusque-là entre les libertés. Dans l'affaire Lloyd Corp. v. Tanner³⁸ des manifestants contre la guerre du Vietnam avaient investi le centre commercial de la société Lloyd. La Cour commence par un long exposé pour essayer de

³⁶ Amalgamated Food Employees Union Local 590 et al. v. Logan Valley Plaza, Inc., et al..

³⁷ Citation extraite de l'arrêt Marsh v. State of Alabama, 326 U.S., à 508, 66 S.Ct. à 279.

³⁸ 407 U.S. 551 (1972).

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

distinguer les faits des affaires précédentes de ceux de Lloyd. L'objectif est évidemment de préparer un changement de jurisprudence. Mais, surtout, le fondement qui semble décisif dans le raisonnement des juges semble être précisément celui de l'application horizontale des droits fondamentaux. Pour la Cour suprême de 1972, la question posée n'implique en aucun cas l'État et, de façon plus perverse - et dangereuse à notre sens - elle établit un parallèle entre propriété privée et publique pour montrer que même lorsque l'État est concerné au premier chef en tant que propriétaire lui aussi à le droit d'exclure. La Cour commence ainsi par rétablir toute la force du droit de propriété protégé lui aussi par la Constitution : "Bien qu'une conciliation entre les valeurs protégées par ces trois amendements [protégeant la propriété d'un côté et la liberté d'expression de l'autre] soient parfois nécessaires, et que les tribunaux aient à juste titre fait preuve d'une considération particulière pour les garanties du Premier amendement, cette Cour n'a jamais soutenu qu'un intrus ou un *trespasser* pouvait exercer des droits généraux à liberté d'expression sur une propriété privée".

La décision *Hudgens*, en 1976, poursuit le même raisonnement³⁹. Les années soixante-dix sont bien les années triomphantes de l'exode vers les banlieues et du centre commercial.

Plus le centre commercial devient central dans la vie social des Américains, et plus la pression pour la publicisation de ces lieux se fera forte. Une réaction californienne va forcer la Cour suprême à défédéraliser la question et à renvoyer finalement aux États le choix d'établir un équilibre entre liberté d'expression et droit de propriété. La Cour suprême, dans la décision *Pruneyard*⁴⁰, décide finalement de laisser aux États le choix.

Cinq États maintiennent désormais la protection de la liberté d'expression dans les centres commerciaux : le Massachusetts, Washington, la Californie, le Colorado et le New Jersey. Ils sont donc minoritaires. Mais la

³⁹ *Hudgens v. NLRB* 424 U.S. 507 (1976).

⁴⁰ *Pruneyard vs Robins*. 447 U. S. 74 (1980).

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

Californie maintient sa position. Dans un arrêt de 2012⁴¹, la Cour suprême de Californie estime que, pour être un "forum public", un espace situé sur une propriété privée "doit être conçu et meublé de manière à inciter les clients à se rassembler à des fins de divertissement, de détente ou de conversation". La Cour suprême de l'État de New York considère au contraire que l'État n'étant pas impliqué dans ces affaires, il s'agit de questions purement privées et qu'il n'appartient pas au juge d'intervenir, le droit de propriété est donc suprême⁴².

La situation est donc mitigée aux États-Unis et il appartient aux États de décider de la hiérarchie qu'ils souhaitent établir entre les droits concurrents de la liberté d'expression et de la propriété.

L'avenir aux États-Unis ne semble pas radieux pour la liberté d'expression. Deux exemples peuvent aider à corroborer cette affirmation. Le premier concerne Occupy Wall Street et met en conflit un espace public propriété d'une personne privée et la liberté de manifester et l'autre la liberté syndicale et le droit de propriété.

Dans le cas du mouvement Occupy à New York, la décision intéressante est la décision *Waller v. New York* de 2011⁴³. Le mouvement choisit Zuccotti Park comme lieu de campement. Il s'agit d'une privately-owned public space, propriété de Brookfield Properties. Le juge Stallman décide d'en faire un forum public et donc de traiter l'affaire comme s'il s'agissait d'une propriété publique. Malgré cela, il considère que l'usage politique de l'espace doit céder face aux droits des autres citoyens, ceux qui, dit le juge "vivent et travaillent" dans ce quartier, ceux qui "souhaitent utiliser cet espace en toute sécurité". Il y a donc une hiérarchisation des usages de l'espace qui fait passer la vocation politique de l'espace public de la ville au second plan.

⁴¹ *Ralphs Grocery Company v. United Food And Commercial Workers Union Local 8*, Defendant, No. S185544, Dec. 27, 2012. Disponible ici : http://www.constangy.net/nr_images/els-ralphs.pdf

⁴² 138 N.J. 326 (1994) 164 N.J. 127 (2000) cité par A. Maniscalco, *Public spaces, marketplaces, and the constitution*, Suny, 2015, p. 193.

⁴³ *Matter of Waller v City of New York* 2011 NY Slip Op 21412.

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

Le second cas est encore plus éloquent, notamment parce qu'il est de niveau fédéral. Cette décision de 2021 de la Cour suprême met en balance liberté syndicale et droit de propriété⁴⁴. Dans cette affaire une réglementation de l'État de Californie permettait aux délégués syndicaux de pénétrer dans la propriété des agriculteurs afin d'informer les salariés de la possibilité de se syndiquer et leur faire connaître leurs droits. Elle conférait donc un droit d'accès. Les employeurs concernés firent un recours contre cette réglementation au motif qu'elle constituait une forme d'expropriation, sans compensation. Cette assimilation est acceptée par la Cour suprême qui considère donc que ce droit d'accès emporte une forme d'expropriation sans compensation contraire à la Constitution fédérale. Il s'agit donc d'un arrêt qui marque un recul des droits politiques face au droit de propriété, qui ressemble d'ailleurs à ce qui se passe en France dans le combat entre L214 et les agriculteurs⁴⁵.

La position allemande : la prééminence de la liberté d'expression

En Allemagne, la position de la Cour constitutionnelle fédérale est de plus en plus claire. Dans la décision *Fraport* de 2011⁴⁶, la Cour a articulé la manière dont elle entend résoudre le conflit entre la liberté de réunion et le droit de propriété. *Fraport* est une société privée qui exploite des aéroports. La majorité des actions de cette société sont détenues par des organismes publics (le Land de Hesse et la ville de Francfort-sur-le-Main). Une manifestation dans l'enceinte de l'aéroport contre l'expulsion d'étrangers s'est vu interdite. La Cour constitutionnelle fédérale a tranché en faveur de la liberté d'expression. La base du raisonnement est que l'État ne peut s'exonérer de la protection des droits de l'homme en prenant une forme privée. La portée de la décision est large puisque la Cour précise qu'elle s'étend aux entreprises possédées par l'État ainsi que

⁴⁴ Cedar Point Nursery v. Hassid 923 F. 3d 524.

⁴⁵ V. la condamnation de la Cour d'appel de Rennes de l'association L214 pour avoir pénétré dans une exploitation sans autorisation pour y filmer le sort des animaux : <https://www.l214.com/communications/20220113-appel-realap>.

⁴⁶ BVerfGE 128, 226 *Fraport* (22 février 2011).

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

celles sur lesquelles il exerce une influence. L'analyse de Thomas Hochmann sur ce point est la suivante⁴⁷ :

« 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 n'aurait pas nécessairement été différente si le propriétaire des lieux avait été une "véritable" personne privée ».

La Cour laisse donc entendre dans cette affaire que la solution pourrait être la même dans une situation purement privée. Nous disposons d'un autre indice, bien que provenant d'une décision en référé, qui n'a donc pas la même autorité.

À Passau, il y a la Nibelungenplatz, près de la gare. Elle est ouverte au public et rien ne la distingue d'un lieu normal. Son propriétaire privé décida d'interdire la consommation d'alcool. Une manifestation a alors été organisée contre la privatisation de la place. La manifestation consistait à rassembler tout le monde avec une canette de bière et, au signal, à la boire. Le mot d'ordre étant : "Für die Freiheit - Trinkt aus !" ("Pour la liberté, cul sec"). Le propriétaire a interdit la manifestation. Il a été demandé à la Cour de rendre une décision provisoire sur l'interdiction. Elle a estimé que la fonction communicative des rues et des lieux publics est aujourd'hui complétée par de nouveaux forums tels que les centres commerciaux ou les lieux conçus et gérés par des sociétés privées. La liberté de réunion ne peut être interdite dans ces espaces⁴⁸.

Le droit constitutionnel allemand est donc à l'avant-garde pour la protection de la liberté d'expression entre personnes privées et donc la sauvegarde des libertés politiques dans un contexte de privatisation.

⁴⁷ Th. Hochmann, « De la bière et des nazis : la liberté de manifestation en Allemagne », Jus Politicum, n° 17.

⁴⁸ BvQ 25/15.

Modifier la définition même du droit de propriété

Au Royaume-Uni, le droit de propriété reste absolu. Cependant, Kevin Gray⁴⁹ a fait valoir que dans certaines juridictions de *common law*, un principe d'accès raisonnable pourrait émerger. Même si la jurisprudence ne semble pas confirmer cette position, elle est intéressante doctrinalement. Elle est intéressante car elle pose la question d'une autre stratégie possible face à l'impérialisme du droit de propriété, et particulièrement lorsque celui-ci a pour effet de bâillonner la liberté d'expression, c'est d'en redéfinir les bornes, de revoir les prérogatives qui s'y attachent. Affirmer le caractère absolu du droit de propriété sur un espace public c'est affirmer l'empire de l'individu sur la société mais, surtout, c'est affirmer que l'État est là pour défendre cet individu. L'État n'est en définitive jamais absent c'est pourquoi l'on comprend les premières solutions de la Cour suprême américaine ou de la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

Mais, comme nous le disions au départ en étudiant la portée du droit de manifester, les tribunaux anglais ne sont pas réceptifs et ne semblent pas prêts à suivre l'opinion des Gray.

Dans plusieurs cas, les tribunaux britanniques ont ainsi confirmé les droits des propriétaires de centres commerciaux ou d'un propriétaire de POPS contre la liberté de réunion et même la liberté de mouvement. Par exemple, la Cour d'appel a confirmé l'interdiction faite à un groupe de jeunes (dont certains étaient noirs) de fréquenter le centre commercial Swangate, qui occupait une grande partie de leur ville natale de Wellingborough⁵⁰. Une autre affaire importante a amené la CEDH à s'exprimer. Dans l'affaire Appleby c. Royaume-Uni, un groupe d'activistes écologistes distribua des tracts dans un centre commercial privé pour protester contre un projet de développement.

⁴⁹ K. Gray, S.-F. Gray, "Private property and public property", in McLean, J. (ed.), *Property and the Constitution* (Oxford 1999), 11-39 ; K.J. Gray, S. F. Gray, *Land law*. 5th ed., Oxford, New York: Oxford University Press, 2007, p. 101.

⁵⁰ *CIN Properties Ltd v Rawlins* [1995] 2 EGLR 130.

Draft - do not cite or quote. Send your comments to: Thomas.perroud@gmail.com

La CEDH elle-même ne semble pas déterminée à appuyer la force de la liberté d'expression contre le droit de propriété. Elle a ainsi déclaré :

“S'il est vrai que les évolutions démographiques, sociales, économiques et technologiques modifient la manière dont les gens se déplacent et entrent en contact les uns avec les autres, la Cour n'est pas persuadée que cela nécessite la création automatique de droits d'accès dans les propriétés privées, ni même, nécessairement, dans toutes les propriétés publiques (bureaux et ministères du gouvernement, par exemple). Toutefois, lorsque l'interdiction d'accès à la propriété a pour effet d'empêcher tout exercice effectif de la liberté d'expression ou que l'on peut dire que l'essence du droit a été détruite, la Cour n'exclut pas qu'une obligation positive puisse naître pour l'État de protéger la jouissance des droits de la Convention en réglementant les droits de propriété. Une ville corporative où l'ensemble de la municipalité est contrôlée par un organisme privé pourrait en être un exemple (voir *Marsh c. Alabama*).”⁵¹

L'opinion partiellement dissidente du juge Marustel est importante à avoir à l'esprit : “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.”

Par rapport à l'Allemagne, ni le Royaume-Uni, ni la CEDH, ni encore les États-Unis au niveau fédéral, ne semblent sensibles à l'importance du maintien de la liberté d'expression.

Il a fait valoir qu'un principe d'accès raisonnable avait fini par être reconnu dans certaines juridictions de common law, mais pas encore en Angleterre, et, comme l'a noté Tim Koch⁵² dans son récent billet de blog, la position anglaise ne semble pas encore avoir changé.

⁵¹ CEDH, Cour (Quatrième Section), 6 mai 2003, n° 44306/98.

⁵² T. Koch, *Direct Action for Divestment and the Right to Peaceful Protest on Private Property*, Oxford Property Law Blog, 11 March 2020.

Conclusion : La tragédie de l'espace public ou l'individualisme possessif à l'assaut du politique

L'individualisme possessif, pour reprendre le concept de Mcpherson⁵³, sert aujourd'hui de justification à l'abandon de la politique au nom de la propriété. Mais l'évolution la plus marquante c'est la façon dont les idées propriétairentes ont même envahi l'État lui-même dans la façon dont il gère le domaine public. C'est la raison pour laquelle nous avons soutenu, dans le rapport Echelle de communalité, concernant la France, la démocratisation de la gestion du domaine et le retour à l'idée de garde dans le Code général de la propriété des personnes publiques⁵⁴.

Les formes de privatisations des forums publics, qu'ils soient publics ou privés, sont multiples en effet aujourd'hui et concourent toutes à faire passer un second la vocation politique de l'espace. Face à ces évolutions, la consécration de droits horizontaux me semble être l'évolution la plus souhaitable avec la redéfinition législative de la propriété. L'objet de cette promotion de la liberté d'expression face au droit de propriété serait finalement de renforcer la société civile qui a besoin, comme nous l'avons dit plus haut, d'un espace de visibilité. Comme le disent Lance Jay Brown et Ron Shiffman : les espaces publics "nous permettent non seulement d'exprimer nos besoins, mais aussi de former ce que nous sommes et qui nous sommes. Ce sont des espaces d'interaction sociale qui nous permettent de nous organiser, d'apprendre et de partager les uns avec les autres ; des espaces dans lesquels nous pouvons affronter nos peurs et

⁵³ C. B. Mcpherson, La Théorie politique de l'individualisme possessif: De Hobbes à Locke, Folio, 2004.

⁵⁴ M. Cornu, G. Martin, J. Rochfeld (dir.), Échelle de communalité, Mission de recherches Droit & Justice, 2020. Cette idée est dans le rapport sur la propriété publique.

Draft - do not cite or quote. Send your comments to:
Thomas.perroud@gmail.com

élaborer les programmes politiques qui nous permettront d'être un peuple meilleur"⁵⁵.

⁵⁵ Lance Jay Brown, Ron Shiffman, "Introduction", in *Beyond Zuccotti Park: Freedom of assembly and the occupation of public space*, ed. Ron Shiffman, Rick Bell, Lance Jay Brown, and Lynne Elizabeth Oakland, xix-xxii. New York: New Village Press. V. dans le même sens : I. Susser (2017). *Commoning in New York City, Barcelona, and Paris*, Focaal, 2017(79), 6-22.