

Facilitatrice, protectrice, instituante, contributrice : la loi et les communs

« Nommer, c'est créer, et imaginer, c'est naître. » Octavio Paz

Résumé

Le fondement juridique de nos États repose sur la propriété privée. Ceci irrigue toutes nos législations. Il est dès lors difficile d'y intégrer des lois protégeant les communs et la propriété collective ou gérée par des communautés élargies et ne disposant pas de personnalité juridique. Pourtant des initiatives législatives récentes montrent qu'une reconnaissance explicite des communs est possible. À travers l'examen d'un corpus de cinq textes de lois adoptées en France entre 2014 et 2016, cet article identifie les traces, même ténues, d'une intervention du législateur qui peuvent servir de levier pour les acteurs des communs. Dès lors, quel serait la place d'une mention explicite des communs, et en quoi pourrait-elle promouvoir l'action collective ? Nous proposons une typologie des rapports entre les communs et la loi, ou entre les pouvoirs publics et les acteurs des communs s'appuyant sur cette analyse.

Mots clés : communs, législation, foncier, habitat partagé, économie sociale et solidaire, énergie, numérique, biodiversité, pouvoirs publics.

Abstract

The legal foundations of our states are based on private property. This irrigates all our legislations. Thus, it is complex to embed into those laws a protection of the commons and of property managed by communities, without a legal personality. Yet, recent legal initiatives demonstrate the possibility of an explicit acknowledgment of the commons. Through the review of a corpus of five laws adopted in France between 2014 and 2016, this article identifies the tracks, even tenuous, of a legislative intervention that can act as leverage for the commoners. Henceforth, what would be the impact of an explicit mention of the commons, and how could it foster collective actions? We suggest a typology of the possible relationships between the commons and the law, or between public authorities and commoners based on this analysis.

Keywords : commons, legislation, land, shared housing, social economy, energy, digital, biodiversity, public authorities.

En France, l'année 2015 a constitué une année charnière pour les acteurs qui se réclament des communs. Alors que le projet de loi numérique devait permettre aux communs d'entrer dans notre système juridique, l'opposition des industries culturelles a fait avorter le projet. Cet abandon a été vécu comme un échec par nombre des promoteurs du concept politique des communs, qui représente pour eux un véhicule destiné à desserrer l'étai d'une vision binaire de l'économie, enfermée entre marché et propriété privée d'une part, entre action et propriété publiques de l'autre. Certains en font une lecture politique classique, en termes de rapport de force entre lobbys industriels d'une part et mouvements citoyens de l'autre. D'autres y voient le signe d'une forme d'immaturation des pratiques sociales liées aux communs et appellent à consolider ces dernières avant de chercher à s'arrimer au droit. Plus généralement, certains y voient la marque d'une époque qui, pas plus qu'elle n'est capable de renouveler son offre partisane, n'est en capacité d'embrasser un nouvel imaginaire politique.

Sans chercher à trancher entre ces différentes analyses, probablement cumulatives plus qu'alternatives, nous soutenons que les communs ont déjà fait leur entrée dans la loi, non par la porte majestueuse de la culture, mais par des discrètes portes-arrières, celles de la recherche, de l'énergie, du logement, de la gouvernementalité ou encore de la biodiversité. Après avoir identifié différentes caractéristiques des communs, nous proposons de revisiter un corpus de cinq textes législatifs adoptés en France entre 2014 et 2016 pour y chercher les signes de cette discrète présence et les comparer. Dans un second temps, nous proposerons une première catégorisation des dispositifs juridiques protecteurs ou promoteurs des communs observés. Puis nous nous interrogerons sur la nécessité de nommer ces derniers dans la loi et pour quel objectif.

Identifier un objet protéiforme et controversé

Avant de s'enquérir de la présence des communs dans un récent corpus de textes législatifs, il nous faut cerner l'objet de notre travail. Les différentes définitions des communs étant régulièrement sujettes à contestations, au sein même des mouvements des « commoners » comme de la littérature scientifique afférente, nous retiendrons comme point de départ la définition qui avait été proposée et adoptée lors du premier Festival francophone autour des communs¹ et directement inspirée des travaux d'Elinor Ostrom [Ostrom 1990] : « *les biens communs (ou simplement « communs ») sont des ressources, gérées collectivement par une communauté selon une forme de gouvernance qu'elle définit elle-même* ». Nous retiendrons qu'un commun réunit trois éléments : une ressource gérée hors du régime de propriété publique ou privée ; une communauté, petite ou grande, localisée ou déterritorialisée, qui porte la gestion de cette ressource, l'utilise, la mobilise dans ses pratiques ; une gouvernance, définie par cette communauté, qui permet de protéger et le cas échéant faire fructifier la dite ressource. Cette définition tire

¹ Biens communs, contours et repères, 17/05/2013 <http://fr.slideshare.net/VEBC/contours-et>

ainsi sa légitimité des travaux de l'école de Bloomington² comme des pratiques des acteurs francophones. Pour autant, nul ne peut prétendre qu'elle fasse l'unanimité³.

Sans entrer dans les détails des différentes controverses liées à cette définition, trois lignes de tension surgissent des débats internes aux différentes communautés qui promeuvent les communs. Une première porte sur la place de la ressource dans cette définition, certains préférant mettre l'accent sur les pratiques sociales associées et leur capacité transformative, craignant que la focalisation sur le « bien » ne rabatte les communs dans le champs économique alors qu'il s'agit avant tout d'une dynamique sociale ; d'autres insistent au contraire sur le régime partagé de gestion de la ressource, qui échappe ainsi à la propriété publique et privée classique, considérant que la qualité performative des communs réside justement dans leur capacités à bousculer le dogme propriétaire au cœur de l'orthodoxie économique contemporaine.

Le second débat, qui dépasse largement l'univers des communs, porte sur le terme même de gouvernance ; une partie des acteurs considèrent que ce dernier est issu de la pensée néo libérale lié entre autres au *new public management*, et lui préfèrent le terme de gouvernementalité [Aykut, Dahan] que nous reprendrons à notre compte. En revanche tous les « commoners » s'accordent pour mettre l'accent sur la dynamique d'innovation sociale ascendante en réponse à une carence : les communs prennent en charge des problématiques de société, petites ou grandes, qui ne sont pas ou mal traitées tant par le marché que par l'action publique.

La troisième controverse porte sur la finalité de cette innovation sociale issue des communs. Certains considèrent que par nature les communs œuvrent à l'intérêt collectif, participent à des objectifs de justice sociale, de transition écologique, de partage des connaissances notamment⁴ ; une approche qui pour d'autres, réfutant cette moralisation des communs, tend à confondre ces derniers avec la notion du bien commun, pensé comme découlant de l'intérêt général, voire comme une approche plus théologique que politique (cf. le réseau Common good forum, ou la revue Kosmos). *De facto*, la finalité des communs est un construit social, fruit de négociations au sein d'une communauté. Pour l'heure, l'essentiel des « commoners » se retrouvent effectivement autour d'objectifs du type de ceux mentionnés ci-dessus. Mais rien ne le garantit : une communauté *open hardware* qui œuvrerait à développer des armes open source, ou une communauté de « voisins vigilants » qui répondrait à des logiques d'auto-défense peut

2 L'école de Bloomington désigne les chercheurs de l'Université du même nom, qui se sont regroupés autour d'Elinor Ostrom et de sa pensée. Elinor Ostrom obtiendra le Prix de la Banque de Suède (dit Nobel d'Économie) en 2009. L'IASC (International Association for the Study of the Commons) a été fondée par Elinor Ostrom pour étendre les réflexions de l'école de Bloomington.

3 Pour mesurer la diversité des définitions, notamment à l'échelle mondiale, voir le site *Remix The commons*, http://wiki.remixthecommons.org/index.php/D%C3%A9finition_des_communs (Consultation août 2016)

4 Voir par exemple « Define the Commons: Silke Helfrich in Berlín » <https://www.youtube.com/watch?v=Ke7nYffW3LQ> (Consultation août 2016)

également être considéré comme un commun, même si elles ne recouvrent pas les principes éthiques aujourd'hui partagés par le mouvement des « communs »⁵.

Enfin, rappelons deux lignes de tension particulièrement fortes qui ne sont pas directement liées à la définition proprement dite des communs, mais qui sont récurrentes au sein de leurs promoteurs et qui nous importent pour le sujet qui nous occupe. La première porte sur l'articulation entre les pratiques sociales ascendantes portées par des communautés et le marché ; certains (minoritaires) y voient une incompatibilité intrinsèque en mobilisant les communs contre les excès du capitalisme, voire contre le marché lui-même ; d'autres pensent au contraire que marché et communs sont amenés à coexister, voire à se nourrir dans une forme de réciprocité. La seconde controverse, porte sur l'articulation entre les communs et le secteur public : alors que les communs proches par exemple des mouvances altermondialistes, voient dans les communs une occasion de revivifier ou reconquérir les services publics historiques, comme la gestion de l'eau [Mattei 2011], d'autres, venant entre autres des milieux numériques, plus perméables à une pensée libertarienne, mettent l'accent sur la dimension distribuée et auto organisée des communs et se méfient des interventions publiques [Filippova 2015].

Nous proposons pour la suite de notre recherche, de considérer non pas une définition *strico sensu*, mais de chercher dans les textes de lois, des indices liés à l'une ou l'autre des dimensions mentionnées précédemment – ressource, communauté, gouvernementalité – qui participent d'une dynamique des communs, sans répondre nécessairement à l'ensemble des critères cités précédemment, d'autant qu'ils sont sujets à débat.

Nous pouvons revisiter cinq textes de loi adoptés au cours du mandat présidentiel 2012-2017 en France, qui portent selon nous des éléments susceptibles d'encourager le déploiement des communs. Nous aborderons ces lois par ordre chronologique d'entrée en vigueur, sans chercher à les hiérarchiser selon une échelle de perméabilité aux communs. Nous pointerons le cas échéant certains des oublis, timidités, impensés de chacune d'entre elle, sans viser une analyse critique systématique qui pour partie a déjà été menée ailleurs.

Foncier : desserrer la propriété par le faisceau de droits

La première loi qui intéresse les communs est probablement la plus audacieuse, même si cette audace est en grande partie passée inaperçue. En effet, la loi ALUR⁶, loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite loi Duflot II, adoptée le 26 mars 2014, a jeté le premier cadre juridique indispensable au développement des Organismes Fonciers Solidaires (OFS), équivalents français des Community Land Trust (CLT)⁷ nés aux États-

5 « Enjeux éthiques des (biens) communs », Numéro spécial de la revue *Éthique publique*, coordonné par Florence Piron et Valérie Peugeot, vol 17, num. 2, 2015 <https://ethiquepublique.revues.org/2219>

6 Article 164, qui modifie le code de l'urbanisme (Article L329-1)

7 <http://www.communitylandtrust.fr/index.php> (Consultation août 2016)

Unis dans les années soixante-dix et diffusés depuis dans de nombreux pays. Elle a été complétée par la loi Macron de 2015 qui instaure le bail réel solidaire.

Le montage proposé par ces organismes constitue une réponse particulièrement efficace à la flambée des prix de l'immobilier dans les zones urbaines, qui interdisent l'accession à la propriété aux ménages modestes et participent à la ségrégation urbaine. L'innovation juridique qui est au cœur des Organismes Fonciers Solidaires repose sur quatre piliers. En premier lieu les droits de propriété entre propriété du foncier d'une part et propriété du bâti de l'autre sont découplés : l'organisme foncier solidaire est acquéreur et propriétaire du terrain alors que les ménages, les individus sont propriétaires du logement et locataires du terrain. Ceci permet de faire chuter considérablement les prix dans les zones urbaines puisque les particuliers ne financent que le bâti. Pour pouvoir utiliser ce foncier, seconde innovation, les acquéreurs bénéficient d'un bail particulier, bail dit rechargeable, qui contrairement au bail emphytéotique qui s'éteint au bout de 99 ans, se renouvelle à chaque transmission du bail, que ce soit à l'occasion d'une vente du logement ou d'une transmission par héritage, ce qui en fait *de facto* un bail perpétuel. Par ailleurs, et c'est la troisième spécificité du montage, les conditions de cession du logement sont encadrées de manière à éviter les logiques spéculatives : le prix de revente ou de transmission est déterminé au départ, la plus-value existe mais de façon limitée, l'objectif n'étant pas de faire fructifier un investissement, mais de conserver un logement accessible à un prix abordable, sans pour autant léser les familles propriétaires. Enfin l'organisme propriétaire du foncier est un organisme à but non lucratif, dont les familles propriétaires de logement sont membres de droit et pèsent pour un tiers dans le système de représentation, un second tiers étant réservé aux voisins du quartier et le dernier aux pouvoirs publics.

En prenant pour cadre de référence les travaux de Fabienne Orsi [Orsi 2013], nous pouvons affirmer que ce texte fait entrer les communs dans le droit français de façon magistrale. En effet, il entérine le principe d'une propriété non exclusive, allant ainsi à l'encontre du mouvement d'extension de l'exclusivisme que l'on observe dans tant d'autres domaines, notamment le savoir. Il constitue une traduction contemporaine exemplaire du concept de « faisceau de droits », promu par John Commons dès 1893, selon lequel « *les différents droits qui composent [la propriété] peuvent être distribués entre les individus et la société, certains sont publics, d'autres privés, certains sont définis, d'autres restent à définir* » [Commons cité par Orsi, 2015]. Dans sa conception de la propriété comme faisceau de droits, celle-ci est une propriété non absolue, composée de plusieurs droits non figés. Le CLT (ou OFS à venir en France) répond à cette pluralité et à cette absence de rigidité : il n'existe pas un modèle de CLT, mais une diversité de pratiques, certains pouvant faire également l'acquisition de locaux à finalité commerciale, d'espaces culturels, communautaires... De plus, la manière dont sont organisés et gérés ces ensembles « foncier plus bâti » reflète le découpage de la propriété en 5 droits, eux-mêmes organisés en deux niveaux, effectué par Elinor Ostrom et Edella Schlager [Schlager, Ostrom, 1992] à partir de leurs observations des communs naturels. Au premier niveau, qualifié d'opérationnel, apparaissent le droit d'accès et le droit de prélever sur la ressource. Ici, il s'agit d'accéder au logement et de pouvoir y habiter, qui sont en l'espèce le plus souvent des droits de mono propriété, même s'il existe aussi des cas de copropriété ou de coopérative. Au second niveau on trouve des droits dits de choix collectif, qui regroupe le droit de gérer, d'exclure et d'aliéner. Dans les CLT/OFS, le droit

de gestion est pris en charge par l'organisme à but non lucratif tripartite, qu'il s'agisse de co-concevoir le bâti avec ses futurs habitants en amont, de contraindre des habitants qui ne respecteraient pas leurs obligations (de paiement de loyer, d'entretien...), ou encore d'intervenir pour empêcher la forclusion. Bien que n'ayant pas de droit de propriété sur le bâti, cet organisme demeure garant de l'intégrité de la structure et de la sécurité des habitants. De même, le droit d'aliéner relève bien d'une gestion collective, puisque les conditions de la revente ou de la transmission du logement sont encadrées par le CLT/OFS. Enfin celui-ci rejoint une conception de la propriété comme fonction sociale, telle qu'elle a pu être initialement promue par Léon Duguit au début du XX^e siècle. Selon ce juriste, la conception individualiste de la propriété ne s'intéresse qu'à l'affectation de la richesse dans un but individuel. Mais il considère et aspire à ce que l'affectation des richesses poursuive également des objectifs collectifs. Il ne s'agit pas de collectiviser la propriété mais de limiter les droits d'usage du propriétaire en fonction d'une utilité socialement déterminée. En l'espèce, le CLT/OFS limite les droits du propriétaire foncier (sur l'extinction du bail) et du propriétaire du bâti (en particulier sur la plus-value possible) au nom d'une fonction sociale : rendre le logement accessible aux personnes à revenus limités et éviter ce faisant la gentrification des centres villes.

Mais les mérites de la loi ALUR ne s'arrêtent pas là. Dans un même esprit, elle encourage l'habitat participatif, cette forme d'organisation sociale qui permet à un collectif d'habitants de se regrouper pour concevoir, réaliser et financer leur logement, dont la gestion est alors confiée à une société dont ils sont sociétaires. Cette société a également vocation à organiser la gouvernance quotidienne, qui peut le cas échéant répondre à des valeurs choisies par la communauté (par exemple environnementales). L'habitat participatif ou groupé, n'a pas attendu la loi ALUR pour exister, mais là encore des obstacles juridiques existaient qui ont été levés⁸. L'apport de la loi, au-delà d'une définition de l'habitat participatif, repose sur la création de deux statuts qui vont sécuriser juridiquement les personnes qui s'engagent dans cette démarche : la société d'attribution et d'autopromotion et la coopérative d'habitants. Si les deux statuts sont intrinsèquement utiles, le second, la coopérative d'habitants, nous ramène aux communs. En effet, dans ce cas, la propriété est collective et les coopérateurs ont un double statut : ils sont à la fois locataires, et à ce titre versent une redevance mensuelle, et associés de la société. C'est la société qui lève les fonds pour la construction et qui se rembourse grâce aux redevances. Ceci permet à des personnes à faible capacité d'emprunt d'entrer dans la coopérative. L'apport en travail peut constituer une alternative à l'apport en fonds propres. La gouvernance est construite sur un mode égalitaire, une personne une voix, et permet de décider de l'allocation des fonds de la société (réparations, embellissements...). Comme dans le cas des organismes fonciers de solidarité, la revente évite les logiques spéculatives : la personne récupère son apport initial majoré de l'augmentation du coût de la vie, indépendamment de la « valeur du marché » que le bien aurait pu prendre entretemps.

8 Développer l'Habitat Participatif avec la loi ALUR, Actes de la journée nationale du 21 juin 2014 à Lille, Éco Habitat Groupé Nord-Pas-de-Calais et Coordin'Action des associations http://hab-fab.com/images/Documents/Actes_jourNat_HP_Lille_140621.pdf

Les Organismes Fonciers Solidaires, pas plus que l'habitat participatif, ne constituent la solution clé en mains qui permettra de répondre à la crise du logement et ne prétendent pas se substituer aux actions publiques en la matière. Mais, en osant bousculer le droit de propriété exclusif, ils constituent une réponse à l'incapacité du marché de l'immobilier à être à la hauteur des besoins en logement décent pour une partie substantielle de la population d'une part et à l'impuissance structurelle de l'action publique en matière de logement social, malgré les lois successives qui renforcent les obligations des municipalités en la matière de l'autre. Comme dans les textes qui suivent, nous constatons que les communs ne sont ni nommés, ni institués par la loi ALUR, mais que celle-ci, en desserrant l'étau de la propriété exclusive, en facilite l'existence.

Gouvernementalité : renforcer les dispositifs institutionnels de l'économie sociale et solidaire, élargir à de nouvelles approches plus souples

La seconde loi qui nous intéresse ici est celle du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (ESS), dite loi Hamon. Cinq éléments présents dans la loi nous semblent participer d'une dynamique propice aux communs.

Le premier est lié à la définition même de l'ESS – économie sociale et solidaire. La loi, dans son Article 1, assume le passage d'une définition jusqu'ici uniquement statutaire – seules les associations, fondations, coopératives et mutuelles pouvait y prétendre – à une définition par les finalités (un but autre que le seul partage des bénéficiaires), par la gouvernance démocratique associant toutes les parties prenantes de l'entreprise et par le mode de gestion (bénéfice affectés au maintien ou développement, réserves obligatoires...). En outre, les entreprises commerciales qui souhaitent bénéficier de certains avantages liés à leur statut ESS doivent poursuivre une utilité sociale définie par la loi dans son second article de façon précise (aide à des personnes en situation de fragilité, lutte contre les inégalités, transition énergétique, solidarité internationale...). Lors de la préparation de cette loi, ce changement de focale a ému un grand nombre d'acteurs historiques de l'ESS, qui voyaient là une porte ouverte aux acteurs de l'entrepreneuriat social (*social business*) dont certains n'ont de social que le vernis et cachent des activités éminemment lucratives sous un discours à finalité sociale⁹. Du point de vue des communautés gérant des communs, cet assouplissement est au contraire positif, dans la mesure où d'une part les communs embarquent une diversité de pratiques organisationnelles qui ne peuvent se satisfaire d'une approche statutaire, et d'autre part certaines communautés exercent des activités commerciales dont la finalité sociétale ne pouvait être reconnue par le droit commercial actuel. En construisant une grille de critères qui encadrent la notion d'utilité sociale, la loi permet à des entreprises commerciales porteuses de communs de s'en emparer pour aménager leur statut (ex : contraindre l'échelle des salaires, prévoir une gouvernance participative...).

⁹ Pour une distinction entre ESS et entrepreneuriat social, voir notamment « Economie sociale et solidaire : les enjeux d'un secteur en plein essor » <http://www.economiematin.fr/news-france-entreprise-loi-ess-enjeux> (Consultation août 2016)

Second apport, l'inscription dans le droit du concept d'innovation sociale, présenté expressément, comme étant entre autres, une réponse « à des besoins sociaux non ou mal satisfaits, que ce soit dans les conditions actuelles du marché ou dans le cadre des politiques publiques » (article 15). Cette rédaction, en reconnaissant l'impuissance partielle du marché et du secteur public, consacre l'idée chère aux « commoners », selon laquelle une lecture économique et politique binaire qui rabat toute capacité transformative sur le marché et l'acteur public est obsolète.

Troisième apport, la loi, par une série de mesures, notamment en facilitant la reprise par les salariés de leur entreprise, encourage le développement du secteur coopératif (SCOP, SCIC etc). Les sociétés coopératives sont certainement le statut le plus proche de l'esprit des communautés de communs qui mènent une activité commerciale. Leurs règles de fonctionnement rappellent à bien des égards certains des huit principes qui caractérisent les communautés pérennes de gestion de ressources communes établis par Elinor Ostrom (définition claire de l'objet de la communauté et de ses membres, règles claires d'exploitation et de mise à disposition de la ressource commune, participation des utilisateurs à la modification des règles...) ¹⁰. Cet encouragement à la création ou transformation d'entreprises en SCOP participe du développement d'un marché qui ne cherche pas tant l'accumulation et la productivité à tout prix que la qualité de vie des membres de sa communauté et une forme d'équité dans le partage de la valeur créée. On doit toutefois noter qu'un arrêt du Conseil constitutionnel de juillet 2015, puis la Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques du 6 août 2015 (dite Loi Macron) ont amoindri l'incitation à la reprise par les salariés. La Loi Hamon prévoyait initialement une obligation d'information des salariés pour tous les chefs d'entreprises de moins de 250 salariés en cas de projet de cession de leur entreprise. En cas de non-respect, les salariés pouvaient demander la nullité de la cession, un droit que le Conseil constitutionnel a cependant jugé excessif au regard de la liberté d'entreprendre. La loi Macron, en prenant acte de cette décision, substitue à la possible annulation, une amende civile d'un montant maximal équivalent à 2% du prix de vente. Mais elle va plus loin en réduisant le champ des cessions concernées : l'obligation s'applique désormais uniquement aux ventes, et non aux cessions par voie de donations, échanges ou apports en société.

Quatrième apport de la Loi ESS sur un sujet connexe : l'encouragement à la création et au développement des coopératives d'activité et d'emploi (CAE). Alors que le travail a été enfermé dans les termes étroits de l'économie – on ne parle que de « marché de l'emploi » –, et que les dysfonctionnements de ce marché sont devenus un état permanent, certains mouvements cherchent à penser le travail comme un commun. Sans pouvoir s'abstraire du marché, ils créent un espace de mutualisation des compétences et des ressources afférentes, de manière à reconstruire du collectif et du lien social autour du travail, redonnant à celui-ci toute sa dimension anthropologique au-delà de sa fonction nourricière. Les CAE, sans prétendre constituer la panacée, offrent depuis plus de quinze ans la possibilité de travailler en indépendant – notamment lorsque ce statut n'est pas

10 Elinor Ostrom's 8 Principles for Managing A Commons, <http://www.onthecommons.org/magazine/elinor-ostroms-8-principles-managing-commons> (Consultation août 2016)

choisi mais subi – tout en bénéficiant d'un statut de salarié et de la présence d'un collectif. La loi du 31 juillet 2016 sécurise leur cadre juridique et propose un statut d'entrepreneur salarié, propice au développement des CAE.

Enfin dernier apport mais non des moindres, la loi sur l'ESS conforte juridiquement l'existence de monnaies locales, alors que jusqu'ici elles étaient simplement tolérées. Un encouragement indispensable pour ces communautés locales qui cherchent à penser la finance et la monnaie comme un bien commun.

Il va sans dire que la loi aurait pu pousser l'audace plus loin au regard des attentes des communautés de communs. En commençant par reconnaître de façon générique comme contribution à l'utilité sociale, la création de ressources partagées, susceptibles d'être réutilisées par le reste de la société. Une entreprise de logiciels libres ou de cartographie libre aurait alors pu bénéficier de ce label. On peut également regretter l'inégalité de traitement entre le secteur entrepreneurial et le secteur associatif, au détriment de ce dernier, au regard des aides publiques réservées aux entreprises bénéficiant du statut ESUS (entreprise solidaire d'utilité sociale). Ceci signifie que les communautés de communs qui font le choix du statut associatif de manière à ancrer la dimension non lucrative de leur projet ne peuvent pas bénéficier du soutien de l'État.

Il n'en demeure pas moins que la loi ESS, en reconnaissant et encourageant la diversité des formes de gouvernamentalité y compris marchande des porteurs d'innovation sociale, facilite aux communs qui en ont besoin, l'accès à une forme d'institutionnalisation plurielle qui correspond à la diversité des leurs pratiques.

Financement participatif, autoconsommation collective : les énergies renouvelables produites et / où consommées en commun

Au lendemain des Accords de Paris, la politique mondiale du climat semble toujours bégayante. Alors que le climat devrait constituer le commun mondial par essence, il reste englué dans l'incapacité de l'humanité à se penser comme communauté de destin et dans la complexité à imaginer une gouvernamentalité appuyée sur l'addition de systèmes plus ou moins représentatifs et délégatifs et nourrie par l'expertise scientifique [Aykut, Dahan, 2015]. Face à ce constat d'impuissance, sur les traces de l'approche polycentrique et ascendante d'Ostrom¹¹, la construction d'une gouvernamentalité en « mille feuilles », reposant sur des initiatives allant de l'habitant jusqu'au gouvernant en passant par des collectifs agissant dans des territoires petits ou grands, émerge comme un début de réponse à l'impuissance supranationale. Si le climat n'est pas aujourd'hui un commun global, des communs du climat existent déjà agissant de façon sectorielle – énergie, déchets, alimentation... – et locale.

À cet égard, la Loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte (TECV) du 17 août 2015, ainsi que l'ordonnance du 27 juillet 2016 relative à l'autoconsommation

11 Elinor Ostrom, « A Polycentric Approach for Coping with Climate Change », World Bank Policy Research Working Paper, 5095, 2009. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1494833 (Consultation août 2016)

d'électricité peuvent être considérés comme un encouragement à ces communs locaux de l'énergie. En effet, ces deux textes encouragent une forme distribuée de production et de consommation de l'énergie, aux antipodes de la tradition de production industrielle et de distribution centralisée typiques du système français.

Dans de nombreux pays, notamment en Allemagne [Poize, Rüdinger 2014] et au Danemark, des communautés d'habitants se sont mobilisés pour concevoir, financer et construire des sources d'énergie renouvelable, notamment éolienne et photovoltaïque, souvent en synergie avec la collectivité territoriale, qui fournit le foncier et voit ainsi son territoire gagner en autonomie énergétique. Ces projets citoyens qui sont autant de dynamiques de communs de l'énergie, permettent de concevoir la production et la distribution d'énergie non plus uniquement en fonction de critères issus du marché – coût, efficacité – ou de services publics – sécurité d'approvisionnement – mais également en fonction de la composition du mix énergétique et de l'impact environnemental.

En France, alors que la production en énergies renouvelables demeure notoirement insuffisante¹², les dynamiques de communs de l'énergie ont du mal à se mettre en place. Côté distribution, il existe aujourd'hui une coopérative, Enercoop, qui fournit une électricité 100 % renouvelable, seule alternative non nucléaire à EDF.

Côté production, on trouve des projets citoyens de production d'énergie renouvelable utilisant aussi bien l'éolien que le photovoltaïque, la méthanisation ou la filière bois¹³. À titre d'illustration, Énergie partagée, créée en 2010, est une double structure - association et société en commandite par actions - qui encourage les projets citoyens d'énergie renouvelable, en organisant la collecte des fonds nécessaire au financement de ces projets et en garantissant que les investisseurs citoyens restent majoritaires (51%) dans la mise de départ du projet.

La loi TECV de l'été 2015 soucieuse d'accélérer le développement de l'ensemble des sources d'énergie renouvelables, et de réduire les problèmes dits d'acceptation sociale des projets, notamment éoliens, consacre les modèles participatifs, en levant un obstacle au financement par les citoyens et par les collectivités territoriales.

Jusqu'ici l'encadrement strict par l'AMF, l'autorité des marchés financiers, des levées de fonds citoyens et l'impossibilité pour les collectivités locales de participer à certaines formes juridiques limitait considérablement le déploiement de ces solutions. Une ordonnance en mai 2014¹⁴ suivie d'un décret en septembre 2014 avaient ouvert la voie : ils régulent le secteur du prêt et de l'investissement participatif, rendant notamment possible la rémunération du prêt, et instaurant des statuts spécifiques et une labellisation

12 Renouvelables : le ministère de l'Environnement reconnaît un développement insuffisant
<http://www.actu-environnement.com/ae/news/energies-renouvelables-objectifs-developpement-insuffisants-france-27365.php4> (Consultation août 2016)

13 Projets d'énergie renouvelable participatifs et citoyens - retours d'expériences, ARENE, Juin 2016
<http://www.arenedf.org/publication-arene/projets-d%C3%A9nergie-renouvelable-participatifs-et-citoyens-retours-dexp%C3%A9riences> (Consultation août 2016)

14 Ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif

des plateformes de crowdfunding. La loi TECV vient consolider le dispositif dans le secteur énergétique en facilitant la prise de participation des citoyens et des collectivités dans les projets d'énergies renouvelables (articles 109 et 110).

Cette avancée n'est pas exempte de critiques et de controverses. Certains auraient souhaité que la loi aille plus loin en s'inspirant du modèle danois et en rendant obligatoire cette ouverture au financement par les collectivités et les citoyens, ou bien en majorant le tarif d'achat d'électricité par l'acteur public lorsqu'il y a participation du public, ou encore en défiscalisant en tant qu'entreprises solidaires, les sociétés participatives de production d'énergie renouvelable. Par ailleurs, les nouveaux mécanismes de soutien financier aux énergies renouvelables (remplacement du tarif d'achat garanti par un mécanisme de prime aux revenus issus de la vente) complexifient notablement le processus et risquent de constituer des barrières à l'entrée du marché pour les porteurs de projets citoyens, voire d'exclure totalement les petits porteurs « non professionnels » [Rüdinger 2016].

Du point de vue des communs, c'est surtout la question de la gouvernance qui reste le parent pauvre de la loi. Alors que l'exposé des motifs aborde la question de la participation à la gouvernance, le texte même de la loi est muet sur le sujet. Andreas Rüdinger, en croisant critères de gouvernance et critères de participation au financement, propose une typologie de trois grandes familles de projets : à un extrême, les projets conventionnels, focalisés sur la rentabilité financière, sans participation des acteurs locaux à la gouvernance pas plus qu'au financement. À l'autre, les projets qu'il qualifie de citoyens, construits autour d'une gouvernance collective et d'un financement par les acteurs locaux (habitants et ou collectivités locales). Enfin, entre les deux, les formes dites hybrides, qui combinent une approche industrielle avec une dose de gouvernance et/ou de financement participatif. Pour l'heure, le second groupe qui recouvre selon nos critères les « communs de l'énergie » reste le parent pauvre en termes de nombre de projets. De fait la loi, « *ne va guère assez loin pour soulever la question clé d'une gouvernance collective "par tous" des projets, qui semble pourtant correspondre à une réelle attente des acteurs* ».

Malgré toutes ces inquiétudes et limites, les projets de financement participatif des énergies renouvelables connaissent une envolée depuis la réforme législative¹⁵. Les pratiques sociales sauront-elles s'emparer des statuts existants (SCIC...) ou imaginer de nouveaux montages¹⁶ pour pallier aux impasses démocratiques de la loi ?

Côté consommation, la loi TECV prolongée par l'ordonnance de juillet 2016, encourage l'autoconsommation individuelle et collective, contribuant ainsi à démocratiser un peu plus la production décentralisée renouvelable, dans une démarche d'économie circulaire.

15 « Les citoyens de plus en plus sollicités pour financer les énergies renouvelables » <http://www.actu-environnement.com/ae/news/crowdfunding-citoyens-financement-participatif-energies-renouvelables-24247.php4> (Consultation août 2016)

16 Voir le montage proposé par Valorem pour favoriser une montée en puissance progressive des acteurs locaux in Andreas Rüdinger, *ibid.*

Elle met en place un régime spécifique pour l'autoconsommation collective, « lorsque la fourniture d'électricité est effectuée entre un ou plusieurs producteurs et un ou plusieurs consommateurs finals ».

Deux points à noter qui encadrent la formation de ces collectifs : d'une part les membres du collectif doivent être reliés au réseau Enedis (ex ERDF) à partir d'une même antenne, ce qui contraint à une proximité spatiale forte entre les acteurs. D'autre part, l'ordonnance les oblige à se lier entre eux « au sein d'une personne morale », sans plus de précision, alors que le projet d'ordonnance avait mis en avant certaines formes juridiques, l'association, la coopérative et le syndicat de copropriétaires, sans toutefois les rendre obligatoires. Il est intéressant de voir que le législateur avait initialement pensé à promouvoir des formes instituant parmi les plus proches de l'esprit des communs. Et que dans un second temps, sans doute rattrapé par la peur de toute forme de discrimination à l'égard des acteurs à forme purement marchande, il les a noyés dans le terme générique de personne morale. Une discrimination que la doxa libérale interdit et dont la Cour de cassation se fait le gardien vigilant comme le montre l'expérience de la loi consacrée à la biodiversité.

Ancrage du domaine public : faux espoir et petites avancées autour de la biodiversité

En effet, le 20 juillet 2016 la Loi dite de reconquête de la biodiversité a été définitivement adoptée, puis censurée par le Conseil constitutionnel sur un point qui nous intéresse particulièrement ici.

Du point des vue des communs, cette loi comporte à l'origine trois avancées. Tout d'abord, elle enfonce un coin dans le principe de l'exclusivité propriétaire en favorisant les obligations réelles environnementales, aussi appelées servitudes environnementales. Le principe en est simple : un propriétaire peut auto limiter les droits d'usages sur son bien par la voie du contrat, en signant un contrat avec une collectivité territoriale ou une personne morale de droit privé agissant pour l'environnement¹⁷. Selon l'article 72 qui modifie le Code de l'environnement (L. 132-3), cette limitation consiste à créer des obligations qui ont « *pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques* ». Concrètement, un propriétaire peut décider que l'usage d'un terrain en zone humide ne peut conduire à l'assèchement de celui-ci ou que seule l'agriculture biologique y est admise. Cette limitation volontaire s'impose aux futurs locataires éventuels du bien. Dans l'hypothèse où le bien est déjà loué, le propriétaire ne peut pas mettre en place cette servitude sans l'accord d'un bénéficiaire du bail, l'exploitant agricole le plus souvent, ce qui semble parfaitement légitime. Plus important du point de vue d'un relâchement du droit de la propriété classique, si l'auteur du contrat le souhaite l'obligation s'impose également à de futurs propriétaires dans l'hypothèse d'une cession. On peut interpréter cela comme une mesure qui, en ouvrant la voie à des communs environnementaux volontaires, accorde *de facto* des droits sur un bien pour des acteurs pourtant dénués de personnalités tels que la

17 On notera le parallèle en droit d'auteur avec les contrats de type Creative Commons qui permettent à un auteur de limiter ses droits sur une base volontaire pour permettre à une œuvre de circuler plus largement.

biodiversité et/ ou les générations futures. À noter également que le choix du contrat permet de donner une grande souplesse au dispositif, puisque les parties fixent librement la durée des obligations, les engagements réciproques, les possibilités de révision et de résiliation, collant ainsi avec la nécessaire diversité des communs. Autre point positif, les municipalités ont la possibilité d'encourager les propriétaires à mettre en place ces dispositifs en les exonérant de la taxe foncière sur les propriétés non bâties, ce qui est une seconde façon, indirecte, pour les collectivités territoriales de rentrer dans la gestion de ce bien placé en régime partiel de communs.

Par ailleurs, la loi de reconquête de la biodiversité présente un bilan contrasté du point de vue de l'affirmation et de la protection du domaine public, comme l'explique Lionel Maurel¹⁸, à qui nous empruntons ici plusieurs éléments de son analyse critique

Première timide avancée, elle cherche à limiter les pratiques dites de biopiraterie¹⁹ et de brevetage du vivant. En principe, en Europe, les semences dans lesquelles on a introduit par croisement un gène dit d'intérêt (caractéristique naturelle d'une plante présentant par exemple une résistance à la sécheresse, à un parasite ou une teneur forte en protéine) ne pouvaient être brevetés, contrairement aux OGM. Mais l'Office européen des brevets a accepté en mars 2015 de breveter un brocolis porteur d'une substance favorable à la lutte contre le cancer (brevet déposé par une petite entreprise anglaise de biotechnologie) et une tomate « ridée » pouvant pousser sans consommer beaucoup d'eau (brevet déposé par le ministère de l'Agriculture israélien)²⁰. Ce changement a des conséquences radicales pour les agriculteurs ou chercheurs qui voudraient utiliser les semences en question : ils doivent demander l'accord au détenteur du brevet et lui verser une redevance, sous peine s'ils s'en abstiennent d'être accusés de contrefaçon. En réaction, l'article 10 de la loi sur la biodiversité française pose une limite forte à l'appropriation par le brevet de ces gènes d'intérêt. La loi française n'annule pas pour autant la validité des brevets européens accordés, mais elle empêche toute poursuite judiciaire des titulaires de ces brevets sur le territoire français. *De facto*, elle pose une limite à l'application d'une logique purement propriétaire dans le champ des semences. Où comme le formule Lionel Morel « *Indirectement, la loi française va donc renforcer le domaine public, en instituant de "l'inappropriable" et en protégeant les droits d'usage associés* ».

D'autre part, dans son article 11, la loi autorisait initialement une association à céder à titre gratuit ou onéreux des semences de variété appartenant au domaine public, sous

18 « Le domaine public reconnu et protégé (dans la Loi sur la Biodiversité) »

<https://scinfolex.com/2016/07/22/le-domaine-public-reconnu-et-protège-dans-la-loi-sur-la-biodiversite/>
(Consultation août 2016)

19 La biopiraterie est l'appropriation illégitime des ressources de la biodiversité et des connaissances traditionnelles autochtones qui peuvent y être associées. Elle s'exprime sous la forme de dépôts de brevets, de marques sur des noms d'espèces ou de variétés typiques d'une région, ou encore par l'absence de juste retour aux États et communautés traditionnelles qui en sont les dépositaires (source Wikipédia).

20 « Europe : les multinationales peuvent désormais breveter le vivant »

<http://information.tv5monde.com/info/europe-le-vivant-est-desormais-brevetable-29257> (Consultation août 2016)

condition que les utilisateurs finaux soient non professionnels et ne visent pas une exploitation commerciale. Même s'il s'agissait d'un domaine public à usage tronqué puisque les réutilisations commerciales étaient prohibées, cet article présentait le mérite de consacrer son existence en droit positif et de lever un obstacle à la transmission de variétés anciennes, jusqu'ici bloquées par la coûteuse exigence d'autorisation de mise sur le marché et d'inscription au Catalogue officiel. C'est ce dernier article qui a été censuré par le Conseil constitutionnel, qui a jugé contraires au principe d'égalité les dispositions qui autorisent les associations à ces usages marchands tout en les refusant aux sociétés commerciales. Il a estimé ainsi que « *la distinction reposant sur la forme juridique des personnes morales se livrant à des échanges à titre onéreux était sans rapport avec l'objet de la loi* ».

Le bilan de cette loi au regard des communs est donc, après censure, particulièrement contrasté. D'une main elle ouvre la voie à des communs environnementaux volontaires et pose une limite ferme aux logiques de propriétérisation du vivant ; de l'autre elle conserve un caractère extrêmement contraint à l'usage des semences entrées dans le domaine public après extinction des certificats d'obtention végétale (COV) ou des brevets²¹. Une fois encore, comme dans le code de la propriété intellectuelle, le domaine public, contribution essentielle aux communs de la connaissance, est reconnu en creux de la loi, sans être cité explicitement. Mais ce n'est pas le seul texte récent à opérer ainsi.

Reconnaître sans nommer : la loi République numérique

En effet, last but not least, il convient de se pencher sur la Loi pour une république numérique, aussi appelée Loi Lemaire, dont la version issue de la Commission mixte paritaire a été votée par l'Assemblée nationale le 20 juillet 2016 et qui devrait en toute logique bénéficier d'une adoption définitive par le Sénat fin septembre 2016.

Sept éléments de cette loi participent selon nous d'une reconnaissance ou d'un encouragement des communs informationnels. Nous les énumérons ici par ordre d'apparition dans le texte.

En premier lieu, la loi confirme le principe de l'ouverture par défaut des données publiques (articles 1 à 9). Alors que la loi dite Valter²² avait posé le principe de la gratuité, la loi pour une république numérique fait obligation pour toutes les administrations, y compris les collectivités territoriales de plus de 3500 habitants, à mettre en ligne les documents administratifs de type délibérations, statistiques, codes sources de logiciels, des bases de données... et plus généralement les données « *dont la publication présente un intérêt économique, social, sanitaire ou environnemental* », le tout dans « *un standard ouvert, aisément réutilisable et exploitable par un système de*

21 Le domaine public des semences : un trésor menacé <https://scinfolex.com/2013/10/05/le-domaine-public-des-semences-un-tresor-menace/> (Consultation août 2016)

22 Loi du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public

traitement automatisé ». On peut bien entendu regretter la lenteur de la généralisation et notamment le fait que de loi Valter en loi Lemaire, certaines exceptions à la règle persistent²³. Mais cette installation durable de l'open data dans le droit est une contribution considérable à l'existence d'informations non exclusives, qui participent des communs informationnels.

En effet, au regard de notre grille d'analyse présentée en introduction, les données publiques ouvertes, l'open data, ne constituent pas un commun *stricto sensu* dans la mesure où elles ne sont pas gérées par une communauté en particulier, mais sont mise à disposition par les acteurs publics. Pour autant, elles nourrissent les communs informationnels, dans la mesure où elles font échapper ces informations aux différents régimes de propriété exclusive, qu'il s'agisse d'un régime marchand ou non, avec ou sans redevance. Assortis de licences permettant leur réutilisation, ces données deviennent une ressource partagée, dont peuvent se saisir aussi bien d'autres administrations, que des associations citoyennes ou des entreprises [Peugeot, 2011].

Seconde avancée dans la Loi République numérique du point de vue des communs, bien que particulièrement timide, l'encouragement à l'utilisation des logiciels libres et des formats ouverts lors du développement, de l'achat ou de l'utilisation, des systèmes d'information de l'administration (article 9ter). Ceci vient compléter l'article 1 qui reconnaît au codes sources, le statut de document administratif, soumis au régime de l'open data (cf. supra). Ce texte n'est pas à la hauteur des espérances des défenseurs du logiciel libre, qui espérait sa priorisation et une portée contraignante²⁴. Aux yeux des « commoners », les logiciels libres constituent les communs numériques exemplaires et historiques : en proposant une alternative aux logiciels propriétaires tout en permettant à des entreprises de développer une activité économique, les logiciels libres sont la démonstration d'une compatibilité entre les droits du public à la réutilisation et une rémunération des créateurs. La loi ici ne vient qu'entériner des pratiques déjà massives d'usage des logiciels libres dans bon nombre d'administrations et de collectivités territoriales²⁵. Mais elle a le mérite de poursuivre le travail de conscientisation des acteurs publics sur la pertinence de ce régime juridique dans le champ informatique.

En troisième lieu, la Loi pour une République Numérique promeut un concept nouveau, celui de « données d'intérêt général » (articles 10 à 12). Les entreprises qui disposent d'une délégation de service public, seront désormais dans l'obligation de transmettre à l'autorité publique qui leur a accordé le marché, toutes les données et les bases de données collectées dans le cadre de l'exercice de cette mission. Là encore dans un format ouvert et librement réutilisable. L'autorité en question peut alors les republier, si elle le souhaite, en open data. En particulier, les gestionnaires des réseaux publics de distribution de gaz naturel et d'électricité sont tenus de mettre à disposition du public les

23 Voir par exemple le communiqué de Regards Citoyens <https://www.regardscitoyens.org/statu-quo-pour-les-donnees-publiques-le-lobbying-des-notaires-et-de-la-dila-a-payee/> (Consultation août 2016)

24 Voir les déclarations de l'APRIL <http://april.org/projet-de-loi-numerique-des-codes-sources-communicables-sous-conditions-et-des-logiciels-libres-simp> (Consultation août 2016)

25 Voir par exemple les logiciels développés par l'ADULLACT pour les activités publiques <http://www.adullact.org/> (Consultation août 2016)

données détaillées de consommation et de production issues de leur système de comptage d'énergie, sous un format ouvert et réutilisable.

Là encore, on peut regretter la timidité du texte, et notamment le fait que l'autorité concédante ne soit pas obligée de republier ces informations en open data sans redevance. Pour autant, à l'heure où l'économie numérique ne bruisse que de monétisation de données et où les gestionnaires de données construisent des droits exclusifs d'usage sur des données pourtant co-produites avec leurs utilisateurs et clients, le concept de données d'intérêt général pose un coin dans cette idéologie de la propriété de la donnée. Nous retrouvons ici l'idée d'un faisceau de droits d'usages, répartis entre trois groupes d'acteurs : les concessionnaires, les autorités concédantes et le public.

Dans le chapitre « économie du savoir », trois éléments relèvent d'une mise en communs de l'information. Le premier, qui constitue certainement l'avancée la plus évidente, est l'affirmation du principe de l'open access pour la recherche publique (article 17). Les chercheurs peuvent désormais diffuser librement leurs travaux scientifiques majoritairement financés sur fonds publics. Ils doivent respecter un délai d'exclusivité au profit de l'éditeur de 6 mois pour les sciences et techniques et de 12 mois pour les sciences humaines et sociales, délai au-delà duquel ils peuvent les rendre librement accessibles. Le principe de l'open access est une des revendications fondamentales des promoteurs des communs de la connaissance [Le Crosnier 2015]. Constatant les enclosures de la connaissance mises en place par les grands éditeurs scientifiques qui commercialisent des savoirs produits sur fonds publics (les centres de recherche universitaires publics) et vendus sur fonds publics (seules les grandes bibliothèques publiques ont les moyens d'en faire l'acquisition), ils dénoncent une marchandisation nuisible à la circulation des connaissances et par là même au dynamisme de la recherche [Suber 2016]. La Loi Lemaire, en limitant fortement le droit d'exclusivité commerciale des éditeurs scientifiques, et constituant une exception au droit d'auteur, leur donne ici raison. Elle en limite toutefois la portée, en ne rendant pas cette publication libre obligatoire comme tend à le faire l'Union européenne, mais au libre choix de l'auteur.

Autre signe d'encouragement pour les communs de la connaissance, la Loi pour une République numérique autorise le « *text and data mining* », c'est-à-dire le droit pour des chercheurs d'utiliser des outils de fouille massive et automatique de corpus de documents. Même si la formulation de l'article 18bis comporte des ambiguïtés qui risquent de soulever des problèmes d'interprétation²⁶, elle pose une seconde exception au droit d'auteur en encourageant le cercle vertueux de la recherche : les connaissances peuvent être explorées par des méthodologies numériques pour nourrir la génération suivante de recherches, dissociant ainsi les droits de propriété intellectuelle des éditeurs scientifiques des droits d'usages des chercheurs.

Toujours au registre des exceptions au droit d'auteur, l'article 18ter pose le principe de la liberté de panorama. Celle-ci permet aux personnes physiques de prendre une photo ou de diffuser l'image d'une œuvre protégée qui se trouve dans l'espace public – Tour Eiffel

26 Voir l'analyse de SavoisCom1 <http://www.savoiscom1.info/2016/07/text-data-mining-dans-la-loi-numerique-issu-de-la-cmp-un-grand-progres-mais-non-sans-limites/> (Consultation aout 2016)

éclairée de nuit, œuvre de Buren et Drevet à Lyon, pour citer des exemples qui ont donné lieu à controverse dans le passé –. Cette liberté, là aussi revendiquée de longue date par les acteurs des communs de la connaissance, est toutefois fortement entravée : la loi exclut tout usage à caractère commercial, ce qui signifie que ces photos ne pourront par exemple pas figurer dans la base WikiCommons de la Wikimedia foundation, dont les images sont soumises à une licence autorisant la réutilisation commerciale.

Enfin, et ce n'est pas là la moindre des avancées, la Loi Lemaire inscrit dans le droit le principe de neutralité du net et donne à l'ARCEP les moyens d'agir en cas de constat de non-respect. La neutralité du net est un des grands principes qui font d'internet un commun mondial, avec les protocoles ouverts qui sous-tendent le fonctionnement des réseaux TCP-IP et du Web. Ce texte s'inscrit dans la droite ligne du Règlement sur les communications adopté par l'Union européenne en juillet 2015, qui instaure lui aussi le principe de neutralité du net. Il en possède les mêmes faiblesses, notamment en n'interdisant pas les pratiques de « *zero rating* » qui consistent pour un opérateur de téléphonie mobile à ne pas décompter des forfaits de données l'usage de services avec lesquels il a noué des partenariats.

Cette série de sept éléments participant d'une dynamique des communs pourrait laisser penser que les promoteurs des communs se félicitent de ces avancées. Pourtant les critiques fusent. Certaines n'ont pas trait directement aux communs, mais aux libertés publiques, au processus même d'élaboration de la loi, ou au suivisme du gouvernement français – la loi ne ferait qu'entériner des choix déjà effectués au niveau européen²⁷.

Les communs interdits d'énonciation

Cependant la critique principale vient de la disparition du fameux article 8 initialement présent dans le projet de loi, dans sa version soumise à consultation en ligne²⁸. Cet article, fruit de la consultation préalable menée à la demande du gouvernement par le Conseil National du Numérique et conforté par les positions des internautes lors de la seconde concertation sur le texte même du projet de loi, se proposait de faire rentrer les communs dans le droit et ce de deux manières.

Tout d'abord en consacrant de façon positive l'existence d'un domaine commun informationnel. L'objectif premier était de définir et protéger le domaine public²⁹, part essentiel des communs de la connaissance et de la culture. En effet, comme souligné

27 Voir notamment les critiques de La Quadrature Du Net ou du collectif d'associations contributrices dans le cadre de la consultation préalable <https://www.laquadrature.net/fr/pjl-numerique-deception> et <https://scinfolex.com/2016/07/26/loi-republique-numerique-quel-bilan-pour-les-associations/> (Consultation août 2016)

28 <http://www.republique-numerique.fr/projects/projet-de-loi-numerique/consultation/consultation/opinions/section-1-les-communs/article-8-definition-du-domaine-commun-informationnel> (Consultation août 2016)

29 Le domaine public est entendu ici au sens du droit d'auteur et non du domaine public des collectivités territoriales

précédemment, celui-ci n'existe qu'en creux dans le droit de la propriété intellectuelle. Or face à la multiplication des cas dits de « copyfraud », c'est-à-dire de la reconstitution de droits exclusifs abusifs sur des œuvres entrées dans le domaine public, il s'agissait de donner une base juridique solide pour permettre, par exemple à des associations, d'ester en justice. Le choix avait été fait de convoquer l'article 714 du Code Civil qui définit les « choses communes », afin de ne pas enfermer les communs dans le champ de la propriété intellectuelle..

Par ailleurs, dans une version précédente, non soumise à consultation publique, l'article 8 entendait également protéger juridiquement et promouvoir les pratiques déjà existantes de domaine public volontaire, c'est-à-dire la faculté pour la personne détentrice d'un droit de propriété intellectuelle, d'en autoriser un usage commun, en s'appuyant sur des licences de type Creative commons ou équivalent. Les deux propositions ont soulevé une opposition violente de la part des industries culturelles, soutenues par le Ministère de la Culture. Le principe d'un domaine commun volontaire a disparu du projet de loi avant même sa mise en ligne, dans un souci de conciliation au sein du gouvernement. Réinscrit par une proposition de La Quadrature du Net³⁰, il n'a jamais été réintroduit dans le projet de loi. Quant à la définition positive d'un domaine commun informationnel, il a fait l'objet d'un arbitrage défavorable de Matignon, et a donc disparu du projet de loi soumis au Parlement.

En second lieu, et peut-être principalement, le feu article 8 entendait promouvoir les communs tout simplement en les nommant comme tels. On observe que dans l'ensemble des articles de la Loi numérique mentionnés comme des contributions modestes ou substantielles aux communs, pas plus que dans les 4 autres textes de loi évoqués précédemment, le terme de « communs » ou de « biens communs » n'apparaît jamais. L'ambition de l'article 8, en se plaçant sous le signe des communs, était de donner un premier ancrage légal positif à la notion, dont d'autres textes, intervenant dans de tout autres domaines, auraient pu par la suite se saisir³¹.

Certains parlementaires ont tenté de faire revenir les communs dans le projet de loi, notamment par le biais d'un amendement sur les plateformes numériques coopératives ou d'un autre dédié aux Assemblées des communs, sans plus de succès³².

30 <http://www.republique-numerique.fr/projects/projet-de-loi-numerique/consultation/consultation/opinions/section-1-les-communs/article-8-bis-definition-des-communs-volontaires> (Consultation août 2016)

31 Sur les intentions, voir notamment l'intervention de la Secrétaire d'État Axelle Lemaire lors du débat « les communs et la loi » organisé par l'association Vecam le 5 octobre 2015 <http://vecam.org/Re-voir-les-communs-et-la-loi> (Consultation août 2016)

32 Amendement présenté par MM. Leconte, Rome, Sueur et Camani, Mme D. Gillot, MM. F. Marc, Assouline, Guillaume et les membres du Groupe socialiste et républicain https://www.senat.fr/enseignement/2015-2016/535/Amdt_405.html

Où porter le fer juridique ?

À partir de cet échantillon de dispositifs légaux français qui participent (ou auraient pu participer dans le cas des textes avortés) d'une reconnaissance et/ou protection des communs, nous pouvons élaborer une première catégorisation des rôles joués par la loi à l'égard des communs.

Nous recensons quatre fonctions. La première consiste à desserrer le cadre étroit du droit de propriété, soit en mettant en place une exception à celui-ci (cas des exceptions au droit d'auteur contenu dans la loi république numérique), soit en inventant un régime de gestion de la ressource *ad hoc* (cas des organismes de foncier solidaire). La seconde consiste à protéger les communs contre les risques d'enclosure, soit tout simplement en reconnaissant l'existence (notamment en inscrivant le domaine public dans la loi), soit en interdisant des pratiques de prédation (contre la biopiraterie par exemple). L'encouragement à des formes de gouvernamentalité coopératives et démocratiques constitue une troisième approche (diversification des statuts qui ne relèvent ni du droit commercial *stricto sensu*, ni du droit public ; ouverture au crowdfunding). Quatrième rôle, la loi peut encourager les pratiques sociales des communs, en faisant de l'acteur public un contributeur direct (versement de données en open data) ou indirecte (utilisation de logiciels libres) aux communs. (Figure 1).

Poursuivant ici autour du concept de PPC - partenariat public-commun ⁻³³, nous identifions à partir de ces fonctions quatre postures possibles d'un acteur public qui serait soucieux des communs : facilitateur, protecteur, instituant, contributeur.

33 Valérie Peugeot, « L'avenir en communs, La renaissance par le net d'une alternative au marché et à l'État », *Culture Mobile*, janvier 2016 <http://www.culturemobile.net/visions/valerie-peugeot-avenir-communs>

Posture de la puissance publique	Statut de la ressource au regard du droit de propriété	Gouvernementalité
Facilitateur	<ul style="list-style-type: none"> • Organismes fonciers solidaires (loi ALUR) • Habitat partagé (loi ALUR) • Obligation réelle environnementale (loi biodiversité) • Code source comme document administratif (loi Rép num) • DIG (loi Rép num) • Text and data mining (loi Rép num) • Liberté de panorama (loi Rép num) 	<ul style="list-style-type: none"> • Co financement production énergie renouvelable (loi TECV) • Autoconsommation collective (loi TECV) • Reprises d'entreprises par les salariés en coopératives (loi ESS) • CAE (Loi ESS) • Monnaies locales (loi ESS) •
Protecteur	<ul style="list-style-type: none"> • Limitation brevet des semences (loi biodiversité) • Recherche publique en open access (loi Rép num) 	
Instituant	<ul style="list-style-type: none"> • Neutralité du net (loi Rép num) 	<ul style="list-style-type: none"> • Reconnaissance utilité sociale hors statuts (loi ESS) • Reconnaissance Innovation sociale (loi ESS)
Contributeur	<ul style="list-style-type: none"> • Open data public (loi Rép num) • Usages par l'administration de logiciels libres (loi Rép num) 	

Figure 1 : Tentative de classification des éléments législatifs récents contribuant à une reconnaissance des communs en France

Cette première catégorisation fonctionnelle est par nature incomplète et fragile, puisqu'elle s'appuie sur un échantillon de textes uniquement français et récents. Plusieurs pistes permettraient de le compléter et le solidifier.

Tout d'abord un travail inverse peut et doit être entrepris : identifier dans les textes législatifs de la même période les dispositifs qui fragilisent ou interdisent les pratiques de communs. On pourrait ainsi citer, en suivant les analyses de Sarah Vanuxem [Vanuxem, 2016], la Loi du 27 mai 2013 (Loi modernisant le régime des sections de commune) qui incite les municipalités à se saisir des sectionnaires, attaquant ainsi de manière frontale les communs historiques du monde rural.

Par ailleurs, pour aller vers une complétude encore plus grande, de prochains travaux pourraient utilement enrichir, discuter, et compléter cette catégorisation, à la lumière soit de textes plus anciens – par exemple l'article du Code forestier consacré aux affouages –, soit de documents juridiques provenant d'autres horizons politiques et culturels. Nous pensons notamment aux travaux de David Bollier qui, dans son essai « Reinventing Law for the Commons »³⁴, identifie à la fois les grands champs d'action du droit pour les communs – savoirs des peuples autochtones, communs numériques, communs urbains, communs de subsistance dans les pays du Sud... – et les leviers juridiques – coopérativisme, nouvelles formes d'organisation, rôle de l'État...–.

Mais il est une cinquième fonction transverse, ou méta fonction, pour laquelle le rôle de la loi demeure une inconnue : le législateur peut-il contribuer à desserrer l'étau idéologique de la pensée économique et politique contemporaine pour proposer les communs comme nouvel horizon politique ? Dans les dispositifs observés, on peut considérer que le législateur le fait du bout des lèvres, lorsqu'il constate que l'innovation sociale vient combler les lacunes du marché et de l'action publique, ou encore quand il encourage les monnaies locales, comme un aveu en creux des impasses du système monétaire actuel. Faut-il dans un souci de pragmatisme politique s'en contenter, et continuer à itérer par amendements successifs au gré des opportunités législatives ou bien les communs ont-ils besoins d'une désignation explicite dans le droit, comme l'ont tenté eux aussi sans succès les italiens à travers de la Commission Rodota³⁵ en rattachant les communs aux droits fondamentaux ?

34 http://wiki.commonstransition.org/wiki/Law_for_the_Commons

35 En 2007 et 2008, à la demande du Gouvernement Prodi, la commission présidée par le constitutionnaliste Stefano Rodota a élaboré un projet de loi destiné à instituer les communs. Ce texte distinguait trois catégories de biens (publics, privés, communs) et listait une série de ressources considérées par défaut comme communs avant d'y ajouter « des choses qui expriment une utilité fonctionnelle à l'exercice des droits fondamentaux ainsi qu'au libre développement de la personne ». Ce projet a été enterré par le gouvernement Berlusconi mais a donné naissance à un vaste mouvement social, notamment contre la privatisation de l'eau en Italie. Voir l'entretien avec Ugo Mattei in *Raison Publique* 04/2014 <http://www.raison-publique.fr/article683.html> (Consultation août 2016)

Faut-il nommer pour exister ?

Formulé autrement, les pratiques sociales et les dispositifs juridiques qui les protègent, les encouragent, ont-ils besoin de se placer sous l'intitulé des communs pour exister et fructifier ?

La réponse ici n'est pas univoque et dépend de la perspective choisie.

Du point de vue de la protection juridique des communs, l'observation des précédents textes tend à démontrer que des avancées, parfois considérables (nous pensons ici à l'open access) peuvent être envisagées sans que ne soit nécessairement convoqué le terme même de « communs ». Non pas que son entrée en droit positif eût été inutile, mais on constate que celle-ci, d'un point de vue opérationnel, n'est pas indispensable.

Du point de vue de chacune des pratiques sociales qualifiables de « communs », la convocation du terme n'est pas nécessaire à leur existence. D'une manière générale, les pratiques sociales précèdent le plus souvent la loi, le droit venant entériner des changements déjà inscrites dans la réalité sociale et politique. Dans le cas présent, vient s'ajouter une particularité qui justifie le caractère en partie superflu de l'usage du droit à cette étape. Nombre de pratiques sociales qui répondent aux caractéristiques des communs ne se reconnaissent pas nécessairement dans cet intitulé ou du moins n'en convoquent pas les termes et les référents théoriques. Les choix effectués en termes d'organisation, de droit d'accès à la ressource, de gouvernementalité peuvent parfaitement correspondre à des communs sans que le terme en soit nécessaire. Nous pourrions même dire que c'est le cas général : les Community Land Trust évoquent le foncier comme « un bien commun » mais ne considèrent pas leur démarche dans sa globalité comme un commun ; les acteurs du financement participatif des énergies renouvelables ne se revendiquent pas plus des communs mais plutôt de projets citoyens et participatifs ; nombre des innovations sociales mentionnées dans le film « Demain » pourraient être qualifiées de communs sans que le terme ne soit mentionné une seule fois dans le documentaire, les approches dites « de la transition » sont dans la même approche... Les exemples sont innombrables. On peut légitimement questionner la légitimité d'une loi qui instaurerait une désignation à laquelle les acteurs ne s'identifient pas.

En revanche, on peut penser que l'inscription dans la loi des communs en tant que tels peut jouer un rôle essentiel dans la perspective de construction d'un horizon politique novateur : en devenant une catégorie sémantique à part entière, le concept de communs peut s'ancrer dans la réalité sociales des politiques publiques, mais aussi des pratiques citoyennes. Bien que particulièrement plastique et ouvert à des approches hétérogènes, ce concept tend à décloisonner des acteurs et des pratiques qui partagent pour l'essentiel des finalités convergentes³⁶. Finalités que l'on pourrait résumer simplement de la façon

36 L'association Vecam a entrepris dès 2005 ce travail de décloisonnement, à l'occasion de l'organisation des rencontres « Le développement face aux biens communs de l'information et à la propriété intellectuelle » auxquels étaient conviées des acteurs du logiciel libre, des semences, des savoirs ouverts ou encore des médicaments génériques <http://vecam.org/archives/rubrique83.html>

suivante : chercher dans la créativité collective des modes d'évolution des sociétés qui répondent aux grands défis orphelins du XXI^e siècle, en particulier la transition écologique et la réduction des inégalités et précarités. Nombre de ces acteurs portent leur innovation sociale dans une forme d'isolement intellectuel et politique. En reliant leur action à un horizon de sens clairement identifié, en la plaçant sous le signe des communs, ils peuvent non seulement rompre cette solitude mais aussi gagner en lisibilité auprès de leurs interlocuteurs (contributeurs, partenaires publics ou privés, clients...). La loi, en nommant les communs, pourrait ainsi jouer un rôle de catalyse symbolique de ces énergies éparses et leur permettre de sortir d'une forme de marginalité politique.

Reste entière la question de la temporalité : la loi ne doit pas intervenir trop tard, lorsque les tenants de l'exclusivité *urbi et orbi* auront eu gain de cause des quelques exceptions existantes ; ni trop tôt, avant que les pratiques sociales qui se reconnaissent dans les communs ne soient suffisamment nombreux pour que le texte rencontre son public.

Après avoir exploré cinq textes de loi récents qui tous apportent une contribution à l'existence et la pérennité des communs en France, parfois de façon ténue, parfois de façon substantielle, nous avons recensé quatre fonctions jouées par la loi - desserrement du droit de propriété, protection contre les enclosures, institutionnalisation de nouvelles gouvernabilités, encouragement des pratiques sociales.

Par ailleurs nous observons que l'inscription du mot communs dans la loi n'est ni une nécessité opérationnelle, ni un impératif pour que vivent et se développent les communs. En revanche, nous formulons l'hypothèse que cette énonciation est nécessaire pour que les diversités de pratiques des communs qui font leur richesse mais aussi leur faiblesse, puissent enclencher une dynamique de construction collective d'un horizon politique rassembleur.

Valérie Peugeot, Septembre 2016

Avec les relectures critiques des membres de l'association Vecam ainsi que les suggestions émises pendant les rencontres de Cerisy de Sarah Vanuxem, Hervé Defalvard et Pierre-Yves Jean. Qu'ils en soient tous vivement remerciés.



Bibliographie

Aykut S., Dahan A., *Gouverner le climat ? 20 ans de négociations internationales*. Presses de Sciences Po, 2015

Coriat B., 2015, *Propriété, exclusivité et communs: le temps des dépassements*, in *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire, Les liens qui libèrent*,

Filippova D., 2015, in *Société collaborative, la fin des hiérarchies (collectif)*, Editions Rue de l'Echiquier,

Le Crosnier H., 2015, *Une introduction aux communs de la connaissance*, Recueil d'articles, C&F Editions

Mattei, U., 2011, *Beni Comuni: Un Manifesto*. Gius. Laterza & Figli,

Orsi F., 2013, *Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune*, in *Revue de la régulation*, 14, Automne 2013; *Autour d'Ostrom : communs, droits de propriété et institutionnalisme méthodologique*,

Ostrom, E., 1990. *Governing the Commons*. Cambridge University Press: Cambridge,

Peugeot V., 2011, *L'ouverture des données publiques : convergence ou malentendu politique ?*, in « *Confiance, croyance, crédit dans les mondes industriels* » – sous la direction de Bernard Stiegler - Editions FYP

Poize N., Rüdinger A., 2014, *Projets citoyens pour la production d'énergie renouvelable : une comparaison France-Allemagne*, IDDRI, Working paper, N° 01 / 14 janvier 2014

Rüdinger A. 2016, *la transition énergétique par tous et pour tous : quel potentiel d'hybridation pour les projets d'énergies renouvelables ?* IDDRI, Working paper N0 05/ 16 mars 2016

Suber P. 2016, *Knowledge Unbound, Selected Writings on Open Access, 2002–2011*, MIT Press, , 355 p.

Schlager E. et Ostrom E., 1992, *Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis*, *Land Economics*, Vol. 68, No. 3 (Aug., 1992), pp. 249-262, University of Wisconsin Press

Vanuxem S., 2016, *Les contrefeux de l'empire : le cas des sectionaux, biens de communautés d'habitants*, in « *l'empire de la propriété : impacts environnementaux du droit de propriété* », E. de mari et D. Taurisson-Mouret, Editions Victoire