

Les communs culturels, une réalité multiforme à la recherche de traduction juridique

Le champ culturel constitue un terrain fertile pour les communs, fût-ce par l'intuition que la culture nous est commune. Mais accoler la culture aux communs est un exercice aussi complexe que varié, tant la notion de communs que celle de culture renvoient à des concepts polysémiques. Aussi, la qualification des « communs culturels » demeure périlleuse. Que sont finalement les communs culturels et comment leur offrir une résonance juridique ? Non définis en droit belge, les communs culturels rassemblent néanmoins des réalités juridiques dispersées. Ces réalités sont intéressantes à analyser afin d'esquisser les premières concrétisations des communs, émergents ou en retour¹. Qu'il s'agisse d'un monument protégé à titre de patrimoine culturel, d'une œuvre littéraire dans le domaine public ou d'une fête de carnaval célébrée par une communauté, tous partagent, à un certain degré, l'esprit des communs².

Au terme d'un aperçu des différentes acceptions, nous proposerons dans le présent article de définir les communs culturels comme suit : les productions, expressions et pratiques culturelles individuelles ou collectives marquées par une forme d'inclusion et suivant une gouvernance participative. Cette définition reflète la richesse des éléments culturels (1), tant matériels (2) qu'immatériels (3), et elle reprend deux critères liés aux communs : l'inclusion et la participation (4). La présente contribution s'attachera ainsi à dégager, de manière sommaire, les traits structurants de ce que nous estimons caractériser des communs culturels.

1 La multiformité des communs culturels

Ni les communs ni *a fortiori* les communs culturels ne font l'objet d'une définition en droit positif belge, participant ainsi à une nébulosité (A) et une multiformité (B) dans leur traduction juridique.

A. La « nébuleuse »³ des communs

Le concept de communs demeure dans les limbes du droit positif, malgré quelques ouvertures, dont la redéfinition de la propriété⁴ et des choses communes⁵ dans le nouveau Code civil.

L'absence de définition tient en partie à la difficulté de saisir la notion, celle-ci étant éminemment plurielle, reprise par des termes variables, des biens communs aux communs, en passant par les choses communes, les patrimoines communs, le commun ou les *commons*, voire le *commoning*. Les communs portent tant sur des choses matérielles (ressources naturelles, culturelles, etc.) qu'immatérielles (connaissances, informations, numérique, etc.), variant dans le temps et dans l'espace ainsi qu'entre les champs disciplinaires.

Cette pléthore de sens a donné naissance à une pluralité d'approches et de théories de ce que constituent les communs, se basant tantôt sur des arguments naturalistes, tantôt fonctionnels, voire sur des éléments d'ordre institutionnel, ou encore d'ordre politique⁶. Malgré cette diversité, nous avons pu écrire, avec Delphine Misonne et François Ost, qu'une ligne claire ressort, fédérant les théories autour de :

« l'entrelacement de trois constantes :

» — Tout d'abord, un souci de l'accès et, par extension, du partage de l'usage ;

» — Ensuite, l'existence d'une communauté, que l'on qualifiera d'instituante⁷ ;

» — Enfin, la revendication d'un projet — souvent dans le sens d'un « faire mieux » — et de la possibilité de sa réalisation⁸.

Les communs invitent par ailleurs à repenser la propriété, parfois de manière radicale ou parfois de manière plus nuancée, éclairant d'un regard nouveau des réalités opérantes dans notre système juridique.

Dans une autre contribution rédigée avec François Ost et Delphine Misonne sur la propriété et les biens communs, nous avons dégagé quatre modèles différents relatifs à la propriété ou à son absence, qui se croisent, s'opposent ou se complètent, voire s'hybrident ou s'articulent et permettent d'accueillir d'une manière plus ou moins affirmée la notion de communs⁹ :

— appropriation : régime dominant de la propriété individuelle, exclusive et absolue¹⁰ ;

— publiopropriation : régime de la propriété publique soumise à l'intérêt général et en particulier le régime d'indisponibilité de la domanialité publique¹¹ ;

— transpropriation : régime de partage de droits et d'intérêts sur un même bien ;

— dépropriation : régime d'absence de propriété.

Parmi ces quatre modèles, deux en particulier¹² entrent dans la logique des communs : celui de la transpropriation — qui apparaît le plus per-

(1) B. CORIAT, « Le retour des communs », *Revue de la régulation*, Capitalisme, institutions, pouvoirs, décembre 2013, n° 14 ; B. CORIAT (dir.), *Le retour des communs : la crise de l'idéologie propriétaire*, Paris, Éditions Les Liens qui libèrent, 2015.

(2) Cette expression a également été utilisée par le sociologue Antonio Casilli, interviewé à propos de son essai *En attendant les robots. Enquête sur le travail du clic*, Paris, Seuil, 2019 ; « L'essor des technologies numériques a encouragé un renouveau de l'esprit des "communs" », *Le Monde.fr*, 14 février 2019, disponible sur https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/02/14/l-essor-des-technologies-numeriques-a-encourage-un-renouveau-de-l-esprit-des-communs-5423574_3232.html (consulté le 1^{er} septembre 2022).

(3) D. MISONNE, M.-S. DE CLIPPELE et F. OST, « L'actualité des communs à la croisée des enjeux de l'environne-

ment et de la culture », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, n° 2, pp. 60-61.

(4) Voy. à cet égard, M.-S. DE CLIPPELE, « La réception juridique diffuse des communs, au-delà du public et du privé », in J. VAN MEERBEEK, D. BERNARD et A. BAILLEUX (éd.), *Distinction (droit) public/(droit) privé Brouillages, innovations et influences croisées*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2022, pp. 187-215.

(5) À ce sujet, voy. J. VAN DE VOORDE, « Les droits subjectifs inclusifs en droit belge, français et américain. Analyse à partir du droit aux choses communes (y compris la public trust doctrine), du droit à l'usage des voies publiques et du droit aux biens communaux », *European Review of Private Law*, 2020, n° 5, pp. 1009-1063 ; A. HUCQ, « Code civil et enjeux écologiques : les choses communes », *RGDC/TBBR* à

paraître) ; M.-S. DE CLIPPELE, « Quel avenir pour les choses communes ? », in *Mélanges Benoît Jadot*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 537-566.

(6) Ces quatre approches sont présentées dans J. ROCHFELD, M. CORNU et G.J. MARTIN (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Paris, Mission de recherche Droit & Justice, avril 2021, p. 520, disponible sur <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/echelle-de-communalite/> (Consulté le 1^{er} septembre 2022), pp. 44-50.

(7) P. DARDOT et C. LAVAL, *Commun : essai sur la révolution au XX^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014.

(8) D. MISONNE, M.-S. DE CLIPPELE et F. OST, « L'actualité des communs à la croisée des enjeux de l'environnement et de la culture », *Revue inter-*

disciplinaire d'études juridiques, 2018, n° 2, pp. 60-61.

(9) F. OST, *La nature hors la loi : l'écologie à l'épreuve du droit*, 2^e éd., (1^{re} en 1995), Paris, Éditions La Découverte, 2003, et étudié dans F. OST, D. MISONNE et M.-S. DE CLIPPELE, « Propriété et biens communs », in B. WINIGER e.a. (dir.), *La propriété et ses limites/Das Eigentum und seine Grenzen*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft, n° 154, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, pp. 131-172.

(10) Modèle de l'article 544 de l'ancien Code civil, désormais remplacé par l'article 3.50 du nouveau Code civil qui met fin au double superlatif « de la manière la plus absolue », signalant un changement d'époque.

(11) Régime évoqué à l'article 3.45 du nouveau Code civil.

(12) Le régime de la publiopropriation dispose également de caractéristiques des communs, comme le soulèvent, à

tiennent pour les biens culturels matériels — et celui de la dépropiation, intéressant pour les biens culturels immatériels. Nous reviendrons sur ces deux modèles ci-dessous.

B. Les communs culturels à la jonction du matériel et de l'immatériel

Pas plus que les communs, les communs culturels ne font l'objet d'une définition en droit positif belge. Ils pourraient rassembler les communs à caractère culturel, sachant que la notion de culture est également difficile à définir. Selon le dictionnaire de Larousse, la culture, qui vient du latin *cultura* (habiter, cultiver, célébrer, tant la terre que l'esprit humain), comporte une dimension individuelle et une dimension collective. D'une part, la culture renvoie à « l'enrichissement de l'esprit par des exercices intellectuels », ainsi qu'aux « connaissances dans un domaine particulier », et d'autre part, au sens collectif, la culture reprend l'« ensemble des phénomènes matériels et idéologiques qui caractérisent un groupe ethnique ou une nation, une civilisation, par opposition à un autre groupe ou à une autre nation ». En d'autres termes, la culture porte tant sur la connaissance et le savoir individuel, que sur l'identité partagée par une collectivité.

La déclaration de Mexico sur les politiques culturelles de 1982 (Unesco) donne, quant à elle, une définition large de la notion de culture au sens collectif :

« Dans son sens le plus large, la culture peut aujourd'hui être considérée comme l'ensemble des traits distinctifs, spirituels, matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe, outre les arts, les lettres et les sciences, les modes de vie, les lois, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances »¹³.

Quarante ans plus tard, Mexico se prépare à célébrer cette déclaration en travaillant autour de la notion de culture comme bien public mondial¹⁴, dans l'objectif de construire des sociétés inclusives et résilientes¹⁵. Dans le dernier numéro *Courrier de l'Unesco* de juillet-septembre 2022, le sous-directeur général de la culture de l'Unesco déclare que :

« La culture est ce qui nous définit dans le temps et dans l'espace, notre ancrage passé et présent, notre ligne d'horizon. La culture constitue une ressource inépuisable et renouvelable, qui s'adapte aux contextes changeants et qui interpelle l'humain au premier chef dans sa capacité à imaginer, à créer et à innover. La culture est notre bien public mondial le plus puissant »¹⁶.

Le lien entre culture et communs semble ainsi devenir plus évident. L'actuelle politique de l'Unesco insiste d'ailleurs sur l'accès à la culture et sur la « diversité culturelle comme une composante essentielle des communs globaux »¹⁷.

Au niveau doctrinal, il est intéressant de mentionner les travaux de Céline Romainville, qui, tout en se dissociant de la déclaration de Mexico, définit la culture comme « une activité de signification ou de sens et de construction de l'identité »¹⁸.

L'économiste Enrico Bertacchini entend, quant à lui, la culture de manière collective comme « humanly constructed shared resources that arise from the collective and interactive activity of members of groups and communities »¹⁹. Pour Bertacchini, les communs culturels portent dès lors sur les expressions artistiques et culturelles « expressed and shared by a community »²⁰. L'auteur met l'accent sur les pratiques collectives et fait entrer la ou les cultures comme telles dans le giron des communs : « Analyzing cultures as a commons allows a better and general understanding of the dynamics and of the main factors affecting the production, sharing and evolution of cultural expressions », cette intégration des cultures dans les communs permettant d'« analyze under a unified framework both tradition and more up-to-date cultural phenomena »²¹.

Pour d'autres auteurs, toutefois, les communs culturels se situent uniquement dans le domaine de l'intangible et recouvrent tous les communs informationnels : « "constructed cultural commons," as we use it, refers to environments for developing and distributing cultural and scientific knowledge through institutions that support pooling and sharing that knowledge in a managed way, much as a natural resource commons refers to the type of managed sharing environment for natural resources that the Maine lobster fishery represents »²².

D'autres encore entendent les communs culturels comme « l'ensemble des productions artistiques ou "créatives" d'une société »²³, reprenant des communs à caractère intangible et tangible. De même, pour Le Crosnier, l'« ubiquité » caractérise l'ensemble de ces communs culturels, portant tant sur des biens tangibles qu'intangibles : musées, bibliothèques, collections d'œuvres d'art, etc.²⁴

Dans le sillage de ces derniers auteurs, nous entendons également les communs culturels dans leur multifonctionnalité, reprenant tant des ressources matérielles qu'immatérielles, c'est-à-dire des productions, expressions et pratiques à caractère culturel. Des distinctions sont néanmoins intéressantes à observer en fonction de leur (im)matérialité, sur lesquelles nous reviendrons aux deux points suivants. Par ailleurs, ces contenus culturels peuvent être individuels ou collectifs, comme une composition musicale dans le domaine public (ex. symphonie de Mozart) ou une pratique culturelle séculaire (ex. carnaval de Binche). Enfin, à notre estime, ces productions, expressions et pratiques culturelles sont marquées par un degré d'inclusivité et par une gouvernance de participation pour qu'elles fassent partie des communs.

2 Les communs culturels matériels : des biens rares à conserver

La plupart des auteurs considèrent que les communs matériels portent sur des ressources rivales en voie de raréfaction et sont soumis à une gouvernance participative dans un objectif de conservation²⁵. Les ressources naturelles en constituent l'exemple le plus parlant²⁶. Dans le

propos du domaine public administratif français, les auteurs J. ROCHFELD, M. CORNU et G.J. MARTIN (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, op. cit.

(13) Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles. Conférence mondiale sur les politiques culturelles, Mexico City, 26 juillet - 6 août 1982.

(14) Cette notion a notamment été forgée par le professeur d'économie, Charles Kindleberger, qui lui prête les caractéristiques de non-rivalité et non-exclusivité, et la définit également par le fait que les bénéficiaires sont quasi universels (au-delà des États, des personnes et des générations), voy. C.P. KINDLEBERGER, « International Public Good without International Government », *American Economic Review*, 1986, vol. 76, n° 1, pp. 1-13.

(15) La Conférence mondiale de l'Unesco sur les politiques culturelles et le développement durable, MONDIAUCULT, aura lieu du 28 au 30 septembre 2022 à Mexico, « MONDIAUCULT 2022 | UNESCO », disponible sur <https://www.unesco.org/en/mondiaucult2022> (Consulté le 1^{er} septembre 2022).

(16) Ernesto OTTONE R., « Editio », *Le Courrier de l'Unesco*, juillet-septembre 2022, p. 4, disponible sur : https://unesdoc.unesco.org/in/rest/annotationSVC/DownloadWatermarkedAttachment/attach_import_51150e5b-42fc-4cf0-934f-2eca582b8b01?_id=3820821re.pdf&to=44&from=1#pdfjs.action=download, (Consulté le 1^{er} septembre 2022).

(17) *Ibidem*.

(18) Elle décèle au demeurant quatre acceptions de la culture, autant de cercles concentriques : La culture comme condition humaine, la

culture comme figure sociale, la culture comme ensemble de pratiques aptes à faire sens et la culture comme création et comme patrimoine, C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique - Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 61-81.

(19) E. BERTACCHINI e.a. (éd.), *Cultural commons : a new perspective on the production and evolution of cultures*, Cheltenham ; Northampton, MA, Edward Elgar, 2012.

(20) E. BERTACCHINI e.a., « Defining Cultural Commons », *Cultural Commons*, 2012, p. 3.

(21) E. BERTACCHINI e.a. (éd.), *Cultural commons*, op. cit.

(22) M.J. MADISON, B.M. FRISCHMANN et K.J. STRANDBURG, « Constructing Commons in the Cultural Environment », *Cornell Law Review*,

2008, vol. 95, p. 657, disponible sur <https://papers.ssrn.com/abstract=1265793> (consulté le 1^{er} septembre 2022).

(23) V. GUILLIER, « La culture comme commun : une approche à préciser », *tic&société*, mai 2018, pp. 43-68, disponible sur <https://journals.openedition.org/ticetsociete/2350?lang=es> (consulté le 1^{er} septembre 2022).

(24) H. LE CROSNIER, « Communs de la connaissance », M. CORNU, F. ORSI et J. ROCHFELD (éd.), *Dictionnaire des biens communs*, Quadrige, Paris, Presses universitaires de France, 2017, p. 270.

(25) Voy. notamment les travaux réputés d'Elinor Ostrom à cet égard, E. OSTRON, *Governing the commons : The evolution of institutions for collective action*, Cambridge, Cambridge university press, 1990.

(26) Voy. M.-P. CAMPROUX-DUFFRENE, « Les communs naturels comme ex-

champ culturel, les ressources matérielles portent principalement sur les biens du patrimoine culturel. En effet, comme nous avons pu le soutenir²⁷, les biens protégés, dès les premières législations datant du début du XX^e siècle, à titre de patrimoine culturel immobilier (les monuments, les sites, les ensembles, les sites archéologiques...) et de patrimoine culturel mobilier (les biens culturels mobiliers, les collections culturelles...) peuvent être qualifiés de communs. Ces biens sont « pénétrés » d'un intérêt culturel, juridiquement protégé²⁸, en raison de leur valeur historique, artistique, culturelle, technique, scientifique, ou sociale, leur offrant de la sorte une dimension collective²⁹. Le propriétaire d'un bien protégé ne peut agir à sa guise, mais est chargé d'une obligation de conserver le bien en bon état, au bénéfice de tous³⁰.

À ces communs culturels matériels s'appliquerait un régime particulier, celui — encore prospectif à ce stade même s'il traduit une certaine réalité — de la transpropriation. Terme forgé par François Ost dès 1995, la « transpropriation » vise une « concession d'usages multiples à une multiplicité de titulaires »³¹, pas si éloignée des faisceaux de droits anglo-saxons. La transpropriation n'abolit pas la propriété, ni publique ni privée, mais entend les finaliser ou les transcender, en leur imposant des charges et des démembrements au profit de la collectivité. Une collectivité que l'on pourrait qualifier, à la suite de Judith Rochfeld, de « communauté diffuse » d'ayants droits, pas nécessairement identifiés, mais pouvant prétendre à un usage (souvent aussi un accès) légitime de la ressource³².

Ainsi, le régime de la transpropriation pour les communs culturels matériels signifierait de prendre au sérieux les différents droits et intérêts qui s'agrégent autour du bien culturel et de les intégrer au sein d'un modèle. Dans nos recherches, nous avons qualifié ce modèle de « propriété culturelle d'intérêt partagé »³³. Centré sur le partage de trois catégories de droits et d'intérêts ainsi que sur l'inclusion des membres de la communauté (diffuse) autour du bien protégé, la propriété culturelle d'intérêt partagé n'est pas pour autant détachée de la réalité juridique. En effet, depuis le 1^{er} septembre 2021, le législateur reconnaît la fonction sociale de la propriété³⁴, offrant une première traduction juridique d'une propriété finalisée, notamment par un intérêt culturel. Par ailleurs, l'article 23 de la Constitution reconnaît « le droit à un environnement sain » et « le droit à l'épanouissement culturel ». Ces deux droits fondamentaux, couplé à la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la valeur du patrimoine culturel pour la société³⁵, offriraient une assise constitutionnelle au droit d'accès au patrimoine culturel³⁶, malgré sa faible justiciabilité³⁷. Enfin, la reconnaissance d'un intérêt culturel commun, comme une déclinaison de l'intérêt partagé, s'appuie d'une part sur des mesures de participation déjà existantes dans certaines législations belges (droit d'initiative pour demander la protection d'un monument, ouvert à des riverains et à des associations sous certaines conditions et dans certaines législations belges, tout comme la participation aux enquêtes publiques ou encore

les commissions consultatives dont l'avis est parfois contraignant). Ces bribes de gouvernance participative ne remettent toutefois pas en cause le monopole du pouvoir de décision de l'autorité publique³⁸. D'autre part, la jurisprudence reconnaît un intérêt culturel pour agir en protection du patrimoine culturel. Dans l'affaire Brassine-Vandergaeten concernant sur le champ de bataille de 1815 dit « de Waterloo », le Conseil d'État a ainsi accepté le recours sur la base du raisonnement suivant :

« Considérant qu'à partir du moment où un bien est reconnu comme faisant partie du patrimoine culturel, il ne peut plus, par définition, être considéré comme étant la "chose exclusive" d'une personne morale de droit public quelconque, même propriétaire des lieux, d'une collectivité déterminée ni même de la génération présente, à plus forte raison des voisins ou des habitants du quartier ; que c'est plus l'intérêt de ceux qui se dévouent à sa conservation qu'une proximité géographique aléatoire qui peut justifier l'action tendant à assurer la préservation du bien culturel »³⁹.

Comme le résume Noé Wagener et Marie Cornu, le droit du patrimoine culturel exprime en effet des formes juridiques de communs « déjà là », mais pour lesquels il n'existe pas (encore) de « grammaire juridique », « en ce sens que nos manières de lire le droit n'expriment que partiellement les préoccupations collectives que le droit organise effectivement »⁴⁰.

3 Les communs culturels immatériels : des ressources illimitées à enrichir

Le champ des communs apparaît *a priori* plus évident dans le domaine de l'immatériel. Compris comme des ressources non rivales — dont le partage ne prive pas l'accès des autres — et marqué par une gouvernance d'enrichissement, les communs immatériels répondraient ainsi davantage aux critères d'inclusion et de participation.

Concernant les communs culturels immatériels, ceux-ci reprendraient, pour Madison, Frischmann & Strandburg, le domaine public des œuvres de l'esprit ainsi que de nouvelles formes de communs, notamment en lien avec la numérisation⁴¹. Ainsi, une symphonie de Mozart dans le domaine public remixée par un compositeur contemporain ou un livre numérisé dont le contenu est modifié par les usagers illustrent des communs intangibles dans le champ culturel⁴².

Le patrimoine culturel immatériel constitue également une source de communs culturels immatériels. Insistant sur la dimension collective, le patrimoine culturel immatériel s'entend, au sens de la Convention

pression de la solidarité écologique », *Revue juridique de l'environnement*, 2020/4, pp. 689-714, ainsi que la contribution de Delphine Misonne dans le présent numéro spécial.

(27) Pour une analyse du champ du patrimoine culturel matériel au travers du prisme des communs, voy. notamment M.-S. DE CLIPPELE, *Protéger le patrimoine culturel : à qui incombe la charge ?*, Collection générale, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2020, disponible sur <http://books.openedition.org/pusl/26644>.

(28) M. CORNU, *Le droit culturel des biens : l'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruxelles, Bruylant, 1996 ; M. CORNU, J. FROMAGEAU et C. WALLAERT (éd.), *Dictionnaire comparé du droit du patrimoine culturel*, Paris, CNRS Éditions, 2012.

(29) M. CORNU, *Le droit culturel des biens*, op. cit.

(30) Un des enjeux étant de déterminer qui est entendu comme bénéficiaire, ce qui constitue un des angles morts des législations patrimoniales, et se rapporte à la réflexion de la ou des communautés derrière les com-

muns.

(31) F. OST, *La nature hors la loi : l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, Éditions La Découverte, 1995.

(32) J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ? », (2015) t. XXVIII-3 *Revue Internationale de Droit Économique*, p. 365.

(33) M.-S. DE CLIPPELE, *Protéger le patrimoine culturel*, op. cit.

(34) Dans son exposé des motifs, le législateur s'explique de la suppression des termes « de la manière la plus absolue » de l'article 544 de l'ancien Code civil. Selon lui, la nouvelle définition de la propriété, qui se veut « fonctionnelle », en décrivant les prérogatives du propriétaire, « correspond à l'évolution du droit de propriété intervenue au cours des dernières décennies, mettant sans cesse davantage l'accent sur l'impact social de l'exercice de la propriété », *Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil*, Doc. parl., Ch. 10 décembre 2019, Doc n° 55/0173/001, p. 126.

(35) Convention dite de Faro, signée le 27 octobre 2005. La loi d'assenti-

ment du 10 avril 2022 à cette convention a été publiée au M.B. le 22 août 2022.

(36) Dans le même sens, C. ROMAINVILLE, *Le droit à la culture, une réalité juridique - Le régime juridique du droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014. Pour une interprétation différente, voy. L. VANDENHENDE, « Een evolutive interpretatie van het EVRM : Is de lams voor het recht op cultureel erfgoed gebroken ? », *TROS*, 2019, n° 94, pp. 161-173.

(37) Voy. M.-S. DE CLIPPELE, « La dimension collective du patrimoine culturel : la nature et les prérogatives des acteurs du collectif. Perspectives de droit belge », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 2022, vol. 49.

(38) Pour des réflexions approfondies à cet égard, voy. M. CORNU et N. WAGENER, « L'objet patrimoine, une construction juridique et politique ? », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, janvier 2018, n° 1, pp. 33-47.

(39) C.E., arrêt Brassine-Vandergaeten, n° 165.965 du 15 décembre

2006, souligné par nous. Voy. aussi B. JADOT, « Rameaux de jurisprudence pour le patrimoine commun », in Y. CARTUYVELS (éd.), *Le droit malgré tout. Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, pp. 735-751.

(40) J. ROCHFELD, M. CORNU et C.J. MARTIN (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, op. cit., p. 124.

(41) M.J. MADISON, B.M. FRISCHMANN et K.J. STRANDBURG, « Constructing Commons in the Cultural Environment », op. cit. Voy. également la contribution d'Alain Strövel dans le présent numéro.

(42) Voy. par exemple le tableau d'Alain Strövel reprenant une variété d'exemple de biens et de produits intangibles dans le domaine créatif et artistique, objets de propriété intellectuelle ou non, A. STROVEL, *Le droit d'auteur européen en transition numérique : de ses origines à l'unification européenne et aux défis de l'intelligence artificielle et des Big Data*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 95.

de l'Unesco pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel du 17 octobre 2003⁴³, comme :

« les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire — ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés — que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine. (...) »

2. Le « patrimoine culturel immatériel », tel qu'il est défini au paragraphe 1 ci-dessus, se manifeste notamment dans les domaines suivants :

- (a) les traditions et expressions orales, y compris la langue comme vecteur du patrimoine culturel immatériel ;
- (b) les arts du spectacle ;
- (c) les pratiques sociales, rituels et événements festifs ;
- (d) les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers ;
- (e) les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel .

Quant au régime applicable à ces communs culturels immatériels, nous pourrions nous appuyer sur celui esquissé dans notre article à six mains avec F. Ost et D. Misonne : le modèle de la dépropriation⁴⁴. Optant pour une inclusion par contrat, qui reconnaîtrait un accès à la ressource immatérielle et un partage des droits, la dépropriation se détache, tout comme la transpropriation, du dogme de l'appropriation. L'implication des membres de la communauté autour de ces communs dépropriés constitue également une des originalités de ce modèle⁴⁵.

Alain Strowel a affiné ce modèle pour les communs numériques. Pour lui, les droits de propriété intellectuelle sont « la matrice pour faire advenir les communs » dans la mesure où ils peuvent garantir, par des licences principalement, l'usage libre de l'œuvre qu'ils protègent⁴⁶. Ainsi, les communs numériques, et notamment les communs culturels immatériels, proviendraient de la jonction paradoxale⁴⁷ de :

- licences libres (par exemple les *Creative Commons*⁴⁸, autorisant accès, copie, duplication et/ou diffusion, selon les formules choisies) ;
- l'effet propriétaire des droits d'auteur, dans la mesure où seul le propriétaire a le pouvoir d'interdire une réappropriation dans les licences accordées et de pérenniser ainsi les communs ;
- et enfin, la gestion et la diffusion de ces licences par des fondations, comme la Fondation Wikimedia, qui mettent en place une gouvernance de partage afin de garantir que la logique des communs continue à être respectée⁴⁹.

S'agissant du patrimoine culturel immatériel, le régime ne peut reprendre l'alliance paradoxale avec les droits d'auteur, dans la mesure où ces droits de propriété intellectuelle sont inadaptés aux besoins de sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, tant au niveau de la nature des biens immatériels, de la titularité des droits que de la durée de protection⁵⁰. Le régime de protection du patrimoine culturel immaté-

riel est davantage fondé sur le principe de sauvegarde. Ce principe s'éloigne toutefois de la dépropriation car, selon la Convention de l'Unesco de 2003, la sauvegarde suppose « des formes d'appropriation publique, lesquelles passent par l'État »⁵¹. Il conviendrait toutefois d'accueillir des régimes collectifs de sauvegarde au départ des communautés⁵², sortant du carcan propriétaire comme le suggère en partie la dépropriation.

4 L'inclusion et la participation comme éléments de propulsion des communs

Déjà abordé dans les points précédents, les critères d'inclusion et de participation caractérisent les communs, en ce compris les communs culturels. Les productions, expressions et pratiques culturelles entrent véritablement dans le giron des communs lorsqu'elles sont marquées par l'inclusion et une gouvernance participative.

Dans le rapport français précité sur l'« échelle de communalité », le critère de l'inclusivité permet de mesurer, à côté de celui de l'intérêt commun, le degré de communalité dans des figures juridiques existantes. L'inclusivité s'entend comme le degré « d'inclusion d'autrui dans les usages d'une chose [...] sans possibilité d'exclure l'une d'elles », renvoyant ainsi à une « palette de positions, de degrés, dans un continuum allant de l'exclusivité à l'inclusivité » : plus le pouvoir d'exclure est limité, plus le degré d'inclusivité et partant la communalité de la chose augmente⁵³.

Aussi, s'agissant des biens matériels du patrimoine culturel, nous avons défendu dans le modèle de la propriété culturelle d'intérêt partagé l'inclusion de plusieurs droits (droit de propriété, droit fondamental au patrimoine culturel) et d'intérêts (intérêt culturel), tout en aversant du manque de justiciabilité de certains droits et intérêts dans cette palette.

Concernant les communs culturels immatériels, l'inclusion découle plus naturellement de la configuration de ces ressources non rivales. Toutefois, même si l'accès peut paraître plus évident, le degré d'accès peut néanmoins varier. Concernant les contenus culturels dans le numérique, Bertacchini et Morando distinguent ainsi quatre modèles d'accès et d'usage⁵⁴, qui nuancent la réflexion sur les communs : tout accès à un contenu culturel numérique ne signifie pas que le contenu fasse partie des communs. En même temps, le fait qu'un contenu culturel fasse l'objet de droits de propriété intellectuelle n'empêche pas nécessairement l'avènement de communs.

Les communs culturels sont également caractérisés par un modèle de gouvernance participative, orientée soit vers la conservation pour les communs culturels matériels, soit vers l'enrichissement pour les communs culturels immatériels.

La gouvernance participative comporte tant un volet substantiel qu'un volet procédural. En termes procéduraux, la participation suppose entre autres la reconnaissance de droits de participation dans un ob-

(43) Ratifié par la Belgique le 24 mars 2006.

(44) F. OST, D. MISONNE et M.-S. DE CLIPPELE, « Propriété et biens communs », in B. WINIGER e.a. (dir.), *La propriété et ses limites*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft, n° 154, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, pp. 131-172.

(45) Il s'agirait des membres d'une communauté « négative » qui n'exclut personne, J. ROCHFELD, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », *op. cit.*, p. 365.

(46) A. STROWEL, « Les communs numériques et les outils juridiques de la transition », in A. BAILLEUX (éd.), *Le droit en transition. Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2020, pp. 285-331.

(47) À l'appui de cet argument d'une alliance paradoxale entre communs

et droits d'auteur, Lawrence Lessig distingue une culture libre d'une « permission culture » : la culture libre ne signifie pas qu'elle soit a-frairie de toute propriété, des droits d'auteur peuvent encore exister sur des œuvres, mais il ne peut être question d'une « culture in which creators get to create only with the permission of the powerful, or of creators from the past », L. LESSIG, *Free Culture : How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, New York, Penguin Press HC, 2004, p. 13.

(48) L. LESSIG, *Free Culture*, *op. cit.*

(49) A. STROWEL, « Les communs numériques et les outils juridiques de la transition », *op. cit.*

(50) Voy. l'ouvrage résultant d'une importante recherche collective (projet Osmose), rassemblant une analyse en droit international ainsi que dans de nombreux droits nationaux

M. CORNU e.a. (éd.), *Intangible Cultural Heritage Under National and International Law : Going Beyond the 2003 UNESCO Convention*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 25 septembre 2020, notamment la contribution de Lily Martinet « The interactions between intangible cultural heritage and intellectual property law », pp. 97-121. Voy. aussi G. CARUGNO, « How to Protect Traditional Folk Music ? Some Reflections upon Traditional Knowledge and Copyright Law », *International Journal for the Semiotics of Law - Review internationale de Sémiotique juridique*, juin 2018, vol. 31, n° 2, pp. 261-274, disponible sur <https://doi.org/10.1007/s11196-017-9536-7> (consulté le 1^{er} septembre 2022).

(51) A. STROWEL, « Omnia sunt (c)communia : des opera au Big Data », *RIE*, 2018, n° 2, p. 188.

(52) J. BLAKE, « UNESCO's 2003

Convention on Intangible Cultural Heritage : The implications of community involvement in 'safeguarding' », in *Intangible Heritage*, (s.l.) Routledge, 2008, pp. 29 et s. ainsi que L. WANG, *La Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel : son application en droits français et chinois*, *Droit du patrimoine culturel et naturel*, Paris, L'Harmattan, 2013.

(53) J. ROCHFELD, M. CORNU et G.J. MARTIN (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, *op. cit.*, p. 78.

(54) E. BERTACCHINI et F. MORANDO, « The future of museums in the digital age : new models for access to and use of digital collections », *International journal of arts management*, 2013, vol. 15, n° 2, pp. 60-72.

X → London