

« La logique de durabilité du nouveau Code civil belge ouvre une (petite) porte aux communs »

Marie-Sophie DE CLIPPELE
Chargée de recherches F.R.S.-FNRS
Professeure invitée USL-B

La réforme du livre 3 « Les biens » du nouveau Code civil belge, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2021, serait imprégnée, selon les rédacteurs de l'avant-projet, d'une logique de durabilité, notamment par des mesures d'optimisation du foncier (concept de propriété en volumes, définition fonctionnelle de la propriété), par un titre entièrement consacré aux relations de voisinage, le « nucleus » de notre environnement, ou encore par des tempéraments écologiques à la réparation en nature en cas de plantations gênant les voisins¹.

Cette infusion du durable ouvrirait même çà et là des brèches de communs dans le Code, malgré l'absence d'insertion en tant que telle de cette notion. Ainsi, la modification – légère – de la définition du droit de propriété à l'article 3.50 (I) ou l'insertion d'une forme de droit d'accès à l'article 3.67, § 3 (II) témoignent du souci d'accepter, certes de manière prudente, des formes de partage et d'inclusion en droit des biens. Les choses communes dans le nouvel article 3.43 constituent, quant à elles, l'exemple le plus abouti d'intégration des communs² (III).

I. LA PROPRIETE SOUCIEUSE DE SON ENVIRONNEMENT

La définition de la propriété à l'article 3.50 modifie celle de l'article 544 de l'ancien Code civil qui reprenait le modèle classique de la propriété-appropriation³ :

« Le droit de propriété confère directement au propriétaire le droit d'user de ce qui fait l'objet de son droit, d'en avoir la jouissance et d'en disposer. Le propriétaire a la plénitude des prérogatives, sous réserve des restrictions imposées par les lois, les règlements ou par les droits de tiers. ».

¹ V. Sagaert et P. Lecocq, « Het nieuwe goederenrecht: totstandkoming, krachtlijnen en overgangsrecht », in V. Sagaert *et al.* (éds.), *Het nieuwe goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, p. 21-23.

² Voy. notamment M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld (éds.), *Dictionnaire des biens communs*, Quadrige, Paris, Presses universitaires de France, 2017 ; E. Ostrom, *Governing the commons: The evolution of institutions for collective action*, Cambridge, Cambridge university press, 1990 ; U. Mattei, « The Commons Movement in Italy », *South Atlantic Quarterly*, 2013 ; P. Dardot et C. Laval, *Commun: essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, Découverte, 2014 ; S. Gutwirth et I. Stengers, « Le droit à l'épreuve de la résurgence des communs », *Revue Juridique de l'environnement*, 2016, n° 2, p. 306-343. Certains éléments ci-dessous sont repris de M.-S. de Clippele, « La réception juridique diffuse des communs, au-delà du public et du privé », in J. van Meerbeeck, *Distinction (droit) public / (droit) privé : brouillages, innovations et influences croisées*, Bruxelles, PUSL, à paraître.

³ Pour une analyse approfondie, voy. N. Bernard, « Le droit de propriété », in N. Bernard *et al.* (éds.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2020, p. 85-139 ; C. Roussieau, « Le nouveau droit de propriété », N. Bernard et V. Defraiteur, *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 111-142 ; D. Gruyaert, « Eigendom », V. Sagaert *et al.* (éds.), *Het nieuwe goederenrecht*, Property Law Series, Mortsels, Intersentia, 2021, p. 249-286.

Dans son exposé des motifs, le législateur s'explique expressément de cette modification, qui supprime notamment les termes « de la manière la plus absolue » de l'article 544. Selon lui, la nouvelle définition, 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 »⁴.

Concernant les droits des tiers, le législateur les entend au sens large, renvoyant « à tous les droits que peuvent avoir les tiers sur le bien d'autrui ». Les tiers eux-mêmes sont également définis de manière large et englobent « non seulement les personnes qui ont un lien contractuel avec le propriétaire (locataire, emphytéote, usufruitier, titulaire d'une servitude, emprunteur, superficière, etc.), mais également les tiers avec lesquels il n'a aucun lien juridique (autorité, voisins, etc.) »⁵. Et de préciser que « En réponse au Conseil d'État, il peut être précisé que l'ajout des "droits des tiers" n'est pas superflu : un propriétaire doit respecter non seulement les restrictions du droit objectif mais également celles des droits subjectifs. Les règles de responsabilité offrent uniquement une assise à l'obligation secondaire de dédommagement/réparation en nature en cas de violation de l'obligation primaire, mais le respect de l'obligation primaire doit s'exprimer séparément. ».

Ces assouplissements vers une propriété fonction sociale prenant en compte, de manière inclusive, les droits d'autres que le propriétaire sur un même bien, font apparaître des bribes de « transpropriation », terme forgé par François Ost dès 1995, qui vise une « concession d'usages multiples à une multiplicité de titulaires »⁶. Pas si éloignée des faisceaux de droits anglo-saxons, la transpropriation « impose une logique complexe qui prend en compte les usages multiples que permettent les espaces et les ressources, et met en place des réseaux de droits d'accès, d'usage et de contrôle débordant les découpages issus de la propriété autant que de la souveraineté »⁷. Le régime s'applique de préférence aux ressources matérielles, dont l'usage est rival car facteur d'épuisement et dont la quantité autant que la qualité sont aujourd'hui devenues problématiques.

Il en résulte qu'à l'égard de ces biens transpropriés (sans pour autant être expropriés), le propriétaire sera désormais tenu d'agir comme un dépositaire responsable, comptable de son usage et sa gestion à l'égard de la collectivité⁸. En d'autres mots, la transpropriation n'abolit pas la propriété privée, pas plus que la domanialité publique, 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

⁴ Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2018-2019, n° 3348/001, p. 126.

⁵ Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil, *op. cit.*, p. 127-128.

⁶ F. Ost, *La nature hors la loi: l'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, Éditions La Découverte, 1995.

⁷ *Ibid.*, p. 323.

⁸ La préservation de la plupart des ressources relevant du patrimoine mondial de l'humanité est, aujourd'hui encore, sous la juridiction des États qui les gèrent au bénéfice de la communauté internationale en vertu de la théorie du « dédoublement fonctionnel » (où l'on retrouve la dualité typique de la transpropriation) ; cf. A. Kiss, *Le droit international de l'environnement, un aspect du droit international de l'avenir*, in : *L'avenir du droit international de l'environnement*, Académie de droit international, Dordrecht, 1985, p. 483 : « La situation d'un Etat par rapport à un élément donné de l'environnement devra être celle d'un *trustee*, d'un dépositaire qui doit gérer, c'est-à-dire sauvegarder et faire fructifier en bonne foi l'objet du *trust* ».

diffuse » d'ayants droits, pas nécessairement identifiés, mais pouvant prétendre à un usage (souvent aussi un accès) légitime de la ressource⁹.

Toutefois, malgré la mention de l'importance de l'impact social de la propriété et la reconnaissance de droits de tiers, l'article 3.50 demeure fondamentalement dans le modèle de l'« appropriation »¹⁰ : le propriétaire détient toujours la plénitude des prérogatives, en ce compris le pouvoir d'exclure. L'exclusivité de la propriété s'entend tant comme l'exclusivité interne, c'est-à-dire l'unité des pouvoirs, que comme l'exclusivité externe, comprise comme le pouvoir d'exclure autrui¹¹. Pour Dorothy Gruyaert ce serait davantage l'exclusivité externe qui serait infléchie, même si l'article 3.51 prévoit toujours le droit de revendiquer sa propriété et de s'opposer à toute atteinte ou prétention d'un tiers¹². Autrement dit, mis à part l'ajout des droits des tiers – qui recèle un potentiel innovant – le pouvoir d'exclure est préservé, tout comme la vision individuelle de la propriété. Pas de révolution donc, mais une réforme intéressante néanmoins.

II. L'ACCES AU TERRAIN VAGUE, UNE FAUSSE BONNE IDEE ?

Outre les retouches apportées à la définition de la propriété, le législateur prévoit explicitement plusieurs tolérances du propriétaire, dont celle reprise à l'article 3.67 § 3 introduisant pour la première fois en droit belge une sorte de droit de parcourir, d'un droit de « flâner sur un terrain vague »¹³, voire d'un « *betredingsrecht* » en référence au *right to roam* écossais ou suédois¹⁴. Si le législateur semble vouloir offrir une lecture restreinte au texte (le nouveau Code civil est une modernisation et non une révolution disions-nous)¹⁵, il n'empêche que la rédaction de l'article dispose d'une portée très large, ouvrant de la sorte une nouvelle porte à une reconnaissance des communs en droit positif belge.

La rédaction peu claire suscitera cependant de nombreuses controverses en pratique (passage de jour comme de nuit ? passage seulement à pied ou aussi motorisé ? quand y aurait-il une nuisance ou un dommage pour le propriétaire ? comment marier ce droit avec les législations régionales spécifiques en matière de voiries et de forêts ? etc.), risquant même

⁹ J. Rochfeld, « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ? », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2015, p. 365.

¹⁰ Le modèle de l'appropriation renvoie au dogme de la propriété dans la pensée juridique moderne caractérisé par un droit individuel, exclusif et absolu tel qu'il a été repris à l'article 544 de l'ancien Code civil, F. Ost, D. Misonne et M.-S. de Clippele, « Propriété et biens communs », in B. Winiger *et al.* (dirs.), *La propriété et ses limites*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft, n° 154, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, p. 137-141 dans lequel nous présentons neuf traits structurants de ce modèle d'appropriation.

¹¹ D. Gruyaert, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016.

¹² D. Gruyaert, « Eigendom », V. Sagaert *et al.* (éds.), *Het nieuwe goederenrecht*, Property Law Series, Mortsel, Intersentia, 2021, p. 249-286.

¹³ N. Bernard, « Le droit de propriété », in N. Bernard *et al.* (éds.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 139.

¹⁴ J. Van de Voorde, *Burenrecht*, Bruxelles, die Keure, 2021, p. 272-284.

¹⁵ « Il ne s'agit dans ce troisième alinéa que de pouvoir se rendre temporairement (y passer, y flâner ou y jouer quelques heures) sur cet immeuble non bâti ni cultivé. Et encore aux strictes conditions que le propriétaire de cet immeuble n'ait pas interdit clairement tout accès et que cela n'engendre aucun dommage pour ce propriétaire. », *Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil*, *op. cit.*, p. 168.

d'engendrer des effets pervers avec un retour des enclosures¹⁶, c'est-à-dire de clôtures pour délimiter les propriétés d'un terrain, à certains endroits pour s'assurer que le passage soit proscrit. Il n'empêche qu'il y a là, comme le remarque Nicolas Bernard, un potentiel « stimulant »¹⁷ entrant dans une logique de partage et d'inclusion.

III. L'INSCRIPTION DES CHOSES COMMUNES AU 21^E SIECLE

Les choses communes illustrent sans conteste le concept des communs, en ce sens qu'elles se détachent de toute propriété et se caractérisent par un usage *commun à tous*. Le nouvel article 3.43 ajoute au traditionnel usage commun à tous, l'utilisation dans l'intérêt général, en ce compris celui des générations futures (ce qui n'était au demeurant pas prévu dans le projet de réforme déposé¹⁸), témoignant d'une « certaine audace »¹⁹ du législateur. Celui-ci justifie cet amendement en mettant l'accent sur le climat et l'écologie, étendant ainsi les choses communes aux semences et aux connaissances (bien immatériel) des sols :

« L'évolution actuelle de la société est telle que l'on prête toujours plus attention aux biens communs ou collectifs. Le changement climatique et une prise de conscience écologique et sociale croissante au sein de la population poussent de plus en plus de citoyens à gérer en commun des biens tels que les semences, les connaissances ou l'utilisation des sols, en prenant en compte les intérêts des générations futures.

Par conséquent, il s'indiquerait, dans le cadre du droit des biens également, de préciser que les choses communes sont utilisées en prêtant attention à l'intérêt des générations futures. »²⁰.

Ce faisant, le législateur fait preuve d'une ouverture à des nouvelles formes de choses communes, à côté des ressources naturelles classiques (eau, air, mer...), tout en restant en retrait face à une consécration plus marquée des communs dans le nouveau Code civil²¹. Il est à cet égard regrettable que le législateur n'ait pas souhaité creuser cette question davantage lors de la réforme, se limitant à faire entrer, par la petite porte, les communs avec des retouches intéressantes, mais néanmoins timides. L'introduction du modèle de la transpropriation, couplé à celui de la dépropriation²², aurait permis d'infuser une logique de communs, et partant de

¹⁶ Le terme fait également référence à un phénomène historique, notamment en Angleterre, consistant à clôturer des parcelles par des haies, des fossés ou des mur(et)s « qui s'est accompagnée du passage d'une forme communautaire à une forme individualiste d'économie agraire », *Dictionnaire Le Larousse*.

¹⁷ N. Bernard, « Le droit de propriété », in N. Bernard et al. (éds.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2020, p. 139.

¹⁸ Voy. l'article 3.57 du projet : « Les choses communes ne peuvent être appropriées dans leur globalité; elles n'appartiennent à personne et leur usage, commun à tous, est réglé par des lois particulières. », Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2018-2019, n° 3348/001, p. 370.

¹⁹ N. Bernard et V. Defraiteur, « La réforme 2020 du droit des biens. La modernisation dans la continuité (1re partie) », *Journal des tribunaux*, 2020, vol. 20, n° 6816, p. 417.

²⁰ Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les Biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2019-2020, n° 0173/002, p. 5.

²¹ Les propos repris ci-dessous sont analysés de manière bien plus approfondie dans la contribution suivante : M.-S. de Clippele, « Quel avenir pour les choses communes? », in *Mélanges Benoît Jadot*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 537-566.

²² F. Ost, D. Misonne et M.-S. de Clippele, « Propriété et biens communs », *op. cit.*

partage et de transmission, bien au-delà du concept de chose commune dans l'article 3.43 du nouveau Code civil, et *a fortiori* dans l'article 714 de l'ancien Code civil²³.

L'article 3.43 du nouveau Code civil s'inscrirait d'ailleurs plus résolument dans une approche normative en ce qu'il couple l'interdiction d'appropriation à l'intérêt général. Par cet ajout de l'utilisation dans l'intérêt général, le législateur prescrit un comportement de manière active, qui implique aussi logiquement que ces choses ne peuvent être utilisées à des fins privées. Cette obligation d'utiliser les choses communes dans l'intérêt général pourrait mettre un frein supplémentaire à ce que des choses communes, prises singulièrement, fassent l'objet d'une appropriation à des fins privées. Même si une telle interprétation ne peut être tirée directement de l'article en question, il nous semble qu'il y a là un potentiel intéressant.

À côté de la définition des choses communes, un élément essentiel consiste en un usage commun à tous, rejoignant la préoccupation de l'accès. Mais cet usage est difficile à circonscrire. Ouvrirait-il un droit subjectif²⁴, voire un droit subjectif inclusif²⁵ ou devrait-on au contraire s'affranchir de toute logique individualiste et préférer réfléchir en termes d'intérêt²⁶ ? L'usage se fait par ailleurs dans l'intérêt général, tant des générations présentes que futures, devenant ainsi un intérêt « transindividuel », voire « transgénérationnel »²⁷. Toutefois, malgré ces portes ouvertes évidentes vers les communs, les choses communes demeurent dans la marge du droit civil, et restent peu invoquées devant les juges. Les conditions d'accès demeurent en effet (trop) strictes. La difficulté d'aller en justice provient également du fait que l'usage des choses communes ne peut être prohibé, mais doit plutôt être *régulé*, de sorte qu'il

²³ Marie-Alice Chardeaux parle à cet égard de « quasi-choses communes » : « Ces choses qui empruntent à la chose commune l'un de ses éléments caractéristiques – l'usage commun – tout en ayant un propriétaire constituant en quelque sorte des “quasi-choses communes” », M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, Bibliothèque de droit privé, n° t. 464, Paris, L.G.D.J., 2006.

L'article 3.43 du nouveau Code civil s'inscrirait d'ailleurs plus résolument dans une approche normative en ce qu'il couple l'interdiction d'appropriation à l'intérêt général. Par cet ajout de l'utilisation dans l'intérêt général, le législateur prescrit un comportement de manière active, qui implique aussi logiquement que ces choses ne peuvent être utilisées à des fins privées. Cette obligation d'utiliser les choses communes dans l'intérêt général pourrait mettre un frein supplémentaire à ce que des choses communes, prises singulièrement, fassent l'objet d'une appropriation à des fins privées. Même si une telle interprétation ne peut être tirée directement de l'article en question, il nous semble qu'il y a là un potentiel intéressant.

²⁴ A. Carette, « Een subjectief recht op een volwaardig leefmilieu? », *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1998, p. 821-888.

²⁵ 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, p. 1009-1063.

²⁶ Ainsi, François Ost peine à lui reconnaître un tel droit, estimant qu'il y aurait une sorte de « paradoxe à raisonner dans les termes de la logique individualiste du droit subjectif au moment où l'on cherche à consacrer un nouveau type de rapport aux choses qui tend précisément à substituer la jouissance commune à la maîtrise exclusive, l'usage collectif à l'appropriation, et la préservation à la libre disposition », F. Ost, *Entre droit et non-droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé, tome II de Droit et intérêt*, 2, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 49/2, Bruxelles, FUSL, 1990, p. 131.

²⁷ M.-P. Camproux Duffrene, « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, n° 2, pp. 297-330., p. 306 et M.-P. Camproux Duffrene, « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement*, 2015, disponible sur <http://journals.openedition.org/vertigo/16320> (Consulté le 3 avril 2022).

y ait un usage suffisant pour tous et que des abus soient évités. Le contrôle du juge n'en est que plus nuancé et complexe.

Malgré le risque que l'article 3.43 du nouveau Code civil demeure dans la marge de la jurisprudence, le législateur a néanmoins souhaité donner un nouveau souffle aux choses communes, prenant ainsi en compte la montée en force du souci des (biens) communs. De manière plus large, la réforme du Code civil indique que le législateur apparaît sensible à sortir du dogme de l'appropriation et de la maîtrise exclusive pour accueillir une forme d'inclusion, dans une logique de durabilité.