

Économie sociale et solidaire et décroissance : les ressources juridiques d'un basculement

David Hiez, Professeur de droit privé, Université du Luxembourg

Quelle que soit la dénomination qu'on retienne (décroissance¹, frugalité², convivialisme³...), et sans prétendre que ce choix soit sans conséquence, le monde qui est attendu pour un futur vivable est en rupture avec le productivisme et le capitalisme. L'économie sociale et solidaire y aspire, comme en atteste la déclaration d'engagement de l'ESS : « Nous œuvrons à la transition des modèles et expérimentons des solutions innovantes et performantes sur les territoires pour inventer l'économie de demain, en privilégiant la recherche intentionnelle d'impact de nos activités »⁴. Mais de l'aspiration à la réalisation il y a plus qu'un pas. Nous ne prétendons pas en effet que l'économie sociale et solidaire soit en mesure de donner des leçons en la matière⁵, même si elles disposent incontestablement de ressources, notamment au regard de la question de la propriété⁶. Autrement dit, si l'ESS peut faire valoir un certain nombre de mécanismes exploitables dans une perspective décroissante, il lui appartient tout autant de les cultiver elle-même afin d'approfondir les potentialités qu'elle n'a pas toujours fait fructifier.

Dans cette perspective, il serait envisageable de collecter les expériences ou les idées susceptibles d'ancrer l'ESS dans la décroissance. On pourrait citer pèle mèle à cet égard, et de façon strictement illustrative : réglementation renforcée des placements de trésorerie, refonte des avantages fiscaux pour libéralités, création de réserves environnementales, répartition des excédents en ressources non monétaires... Ces mécanismes innovants sont surtout entre les mains des praticiens et ceux-ci sont mieux à même de les mettre en avant de façon critique.

Notre objectif est donc bien plutôt d'examiner les concepts structurants pour lesquels l'ESS peut être porteuse de rénovation dans une perspective décroissante. Or il nous semble qu'il y en a au moins deux, dont l'étude fait apparaître que leur évolution a accompagné l'avènement du capitalisme productiviste, en sorte qu'une sortie de ce système requière de les repenser : d'une part la distinction du marchand et du non-marchand, d'autre part la notion du droit de propriété. Ces deux questions peuvent s'appuyer sur une littérature riche. Toutefois, la distinction du marchand et du non-marchand est toujours envisagée sous un angle économique ; or l'élucidation des concepts juridiques qui en rendent compte est particulièrement éclairant, tant pour l'ESS que pour la décroissance. Quant à la propriété, si elle a fait l'objet d'innombrables recherches, elle continue toutefois de véhiculer des présupposés fantasmatiques qui doivent être dévoilés, tout comme les discussions récentes dont elle fait l'objet doivent conduire à réévaluer sa place dans une ESS décroissante.

I. La reconstruction du marchand et du non-marchand

¹ S. Latouche, *Le pari de la décroissance*, 2017, Les éditions Pluriel, 1ère édition 2010

² J.-B. De Foucauld, *L'abondance frugale Pour une nouvelle solidarité*, Odile Jacob, 2010.

³ Second manifeste convivialiste Pour un monde post-néolibéral, Actes Sud, 2020.

⁴ ESS France, Déclaration d'engagement de l'ESS, 2021, art. 5.

⁵ D. Hiez, « Les relations ambiguës du droit de l'économie sociale et solidaire et de l'économie circulaire », *Revue juridique de l'environnement*, 2022, pp. 27-32.

⁶ D. Hiez, « La propriété commune de la coopérative, un modèle pour le développement durable », in *Défis coopératifs Alimentation, Crédit, Démocratie, Développement*, XIIème conférence internationale de recherche coopérative ACI, L'Harmattan, 2008, pp. 361-382.

Il n'existe pas à proprement parler de distinction du marchand et du non-marchand en droit. La notion qui s'en rapproche le plus⁷ est celle de choses hors du commerce⁸, c'est-à-dire de chose qui ne peut pas faire l'objet d'un contrat⁹, ce qui l'exclut de fait du marché. Il est significatif à cet égard que la réforme récente du droit des contrats¹⁰ l'ait fait disparaître, même si cet abandon ait été justifié par une utilisation marginale et la possibilité d'atteindre le même résultat par l'emploi d'autres mécanismes¹¹. Mais le droit comporte en revanche des notions beaucoup plus fondamentales et structurantes qui concernent directement le marchand et le non-marchand : il s'agit, de façon générale, du gratuit et de l'onéreux et, plus particulièrement en matière de groupements, de la distinction du lucratif et du non-lucratif.

A. L'opposition de l'onéreux et du gratuit

Le Droit a est un excellent révélateur des conceptions d'une société dans la mesure où il en constitue la vérité officiellement consacrée¹². Or on sait bien que le droit a toujours fait une place à part aux libéralités, ce qui recouvre les donations et les testaments. Ces mécanismes sont soumis à un régime particulier, empreint d'un souci de protection du gratifiant qui s'appauvrit ainsi que d'une certaine faveur pour la noblesse de l'acte¹³. Cette catégorie est toutefois relativement marginale et n'a pas vocation à appréhender l'ensemble des phénomènes de gratuité¹⁴. Or si on examine la distinction du gratuit et de l'onéreux sur le temps long, il apparaît à la fois que la distinction n'a été systématisée que récemment et que le droit est passé d'une faveur pour la gratuité à un soupçon croissant à son endroit.

La systématisation de la distinction s'inscrit dans un mouvement général de rationalisation et de systématisation du droit, qui a d'abord marqué l'évolution du droit romain lui-même et qui, après une éclipse durant le haut moyen-âge, n'a abouti que lentement aux constructions des 17^{ème} et 18^{ème} siècle qui ont connu leur apogée avec les codifications du 19^{ème} siècle. Cette évolution est toutefois autonome de la marche vers le productivisme, ou du moins elle n'y est pas liée par des ressorts directs, et ne nous intéresse donc pas. Il suffit de dire que le droit romain connaissait des contrats de service gratuit, tels que le prêt à usage ou le mandat, mais qu'il ne connaissait pas la catégorie des actes à titre gratuit. Celle-ci a été progressivement élaborée au cours du moyen-âge et

⁷ Nous excluons la question des biens communs (*res communis*) qui appréhende le problème sous l'angle de l'appropriation qui fera l'objet de la seconde partie.

⁸ F. Paul, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du code civil*, L.G.D.J, Thèses, Tome 377, 2002.

⁹ C.civ. ancien art. 1128.

¹⁰ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹¹ Terré, *Obligations*, 2019, n° 74.

¹² A. Supiot, *Homo juridicus Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, pp. 19 s.

¹³ Nous laissons de côté les aspects destinés à contrôler la destination de ces libéralités, mu par une conception du mécanisme successoral sans intérêt pour notre propos.

¹⁴ M. Mauss, « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange », originellement publié dans la *Revue Année sociologique*, 1923-1924, disponible en libre accès : <https://journals.openedition.org/lectures/520>. A. Caillé, *Extension du domaine du don Demander donner recevoir rendre*, Actes Sud, 2019.

affirmé par les auteurs des 17^{ème} et 18^{ème} siècle, notamment Domat et Pothier¹⁵. Elle s'est retrouvée dans le code civil de 1804 aux articles 1105 et 1106 qui distinguait les contrats de bienfaisance des contrats à titre onéreux, et cette distinction a perduré par-delà la réforme générale du droit des obligations de 2016, quoiqu'on discute une éventuelle modification des contours de la distinction¹⁶. Tout ceci n'est pas d'un grand apport pour notre propos, à la différence du contenu de la distinction.

Puisque le droit romain n'a pas systématisé la distinction, il semble d'un apport limité, mais on y observera toutefois que les contrats gratuits y concernaient des contrats que nous ne qualifions plus ainsi : principalement le dépôt, le prêt à usage, le mandat. Ces trois contrats y sont des contrats considérés comme entre amis et n'appellent donc naturellement pas de rémunération. Ce n'est pas à dire qu'aucune rétribution ne soit possible et le droit romain connaissait les « honor », indemnités qui pouvaient être versées à celui qui rendait le service gratuit. Il en résulte au moins que la distinction du gratuit et de l'onéreux n'avait pas la même signification que de nos jours, le gratuit étant beaucoup plus large. En outre, le gratuit disposait d'une grande faveur, rattaché à la survalorisation de l'oisiveté¹⁷. Au 17^{ème} siècle encore, Domat qualifiait de « mercenaires » les personnes pratiquant des activités contre rémunération et au 18^{ème} Pothier les conventions mercantiles de « services ignobles »¹⁸.

En suivant Jean-Michel Poughon¹⁹, on relèvera toutefois un autre aspect rattaché à cette distinction : le gratuit et l'onéreux n'étaient pas thématiques en tant que tel à Rome, tandis que l'était la distinction des contrats nommés et innommés, les premiers étant proprement juridiques tandis que les seconds correspondaient à des contrats qui n'étaient pas appréhendés par le droit, sans qu'il soit exclu que le droit y intervienne. Or les contrats innommés correspondent aux contrats gratuits, l'éloignement du droit correspondant bien à l'idée de relations entre amis. Au moyen-âge, notamment avec les glossateurs, l'attention va se décaler vers l'objet du contrat, d'où émergera la distinction du gratuit et de l'onéreux.

La faveur longtemps accordée aux contrats gratuits n'était évidemment pas étrangère à l'extension de la gratuité, qui au reste ne n'était pas nommée ainsi ; encore au 19^{ème} siècle Pothier l'envisageait sous le terme de contrats de bienfaisance. Il définissait ces contrats comme « ceux qui ne se font que pour l'utilité de l'une des parties contractantes »²⁰. Il affirme bien que les premiers de tels actes étaient les libéralités mais, prenant argument qu'elles ne se font pas toujours par contrats, il les envisage ailleurs et consacrent ce livre aux seuls prêts à usage, au dépôt et au mandat. Le code de 1804 s'inspire ici comme dans la plupart des matières des travaux de Pothier et définit le contrat de bienfaisance comme « celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit »²¹, tandis que « le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose »²². La difficulté de tout classement est d'en fixer la portée et donc d'en

¹⁵ M. Boitard, Les contrats de service gratuit, Sirey, 1941, pp. 40 s.

¹⁶ La lettre de la définition des deux catégories de contrat a été modifiée. V. F. Terré, op.cit., n°101.

¹⁷ C. Rossetto, *Le service gratuit de la tradition au numérique*, Thèse, 2020, n°31.

¹⁸ cité par C. Rossetto, op. cit., note 174.

¹⁹ J.-M. Poughon, « Une constante doctrinale : l'approche économique du contrat », *Droits. Revue française de Théorie juridique*. P.U.F., 1990, vol. 12.

²⁰ R. J. Pothier, *Traité des contrats de bienfaisance : selon les Regles, tant du for de la Conscience, que du for Extérieur*, 1773, vol. 1, Classic Reprint 2018, **p.3**.

²¹ C.civ., ancien art. 1105.

²² C.civ., ancien art. 1106.

dégager les critères pertinents. Or les interprétations de ces deux articles ont été très discutées depuis 1804. Sans les détailler, ce qui dépasserait le cadre de notre objet, on mentionnera l'opposition entre analyses objectives et subjectives, selon que le critère retenu tenait à l'absence de contrepartie ou à la psychologie du cocontractant, le point de vue à retenir du côté de celui qui s'oblige ou de celui qui reçoit, ainsi que les intrications entre ces débats et ceux sur la cause du contrat ou sur la distinction voisine des contrats unilatéraux et synallagmatiques. Quoiqu'il en soit, la catégorie des contrats de bienfaisance a rapidement été assimilée aux libéralités, les autres contrats tombant progressivement dans la marginalité. La thèse de Michel Boitard au 20^{ème} siècle sur les contrats de service gratuit²³ pouvait même apparaître comme un chant du cygne. Pourtant, comme l'indique son illustre préfacier, « ces fournitures gratuites de service sont extrêmement fréquentes »²⁴; le désintérêt des juristes ne s'expliquerait que par le fait que ces contrats ne donneraient pas lieu à beaucoup de procès.

Cette évolution s'accompagne d'un changement de regard sur la gratuité et l'onérosité.

La thèse de M. Boitard présente en tous cas un grand intérêt, puisqu'il propose d'affiner l'opposition traditionnels entre le gratuit et l'onéreux en créant la catégorie des contrats de service gratuit, correspondant peu ou prou aux contrats de bienfaisance autres que les libéralités (Nous négligeons volontairement la distinction technique selon que la prestation gratuite consiste dans un service ou dans le transfert d'un bien ou d'un droit.). Il porte l'accent sur l'ensemble des services qu'on se rend gratuitement et qui parfois affleurent en justice : soins prodigués gratuitement entre médecins, contrats d'entraide gratuite entre agriculteurs, et multiplication des hypothèses de transport bénévole. Il dégage de sa systématisation une définition : le contrat de service gratuit est « le contrat dans lequel un des contractants se constitue débiteur d'un service sans exiger, intentionnellement, une rémunération ou un avantage en contre-partie »²⁵. Son travail est un vibrant appel à la reconnaissance de l'étendue de la gratuité, mais il témoigne aussi de la restriction qui s'est déjà opérée du gratuit. D'abord, l'établissement de ce nouveau contrat presque intermédiaire entre la libéralité et l'onéreux renforce ce qui sépare l'acte purement gratuit du contrat de service gratuit. Ensuite, il prend acte des restrictions de la catégorie, tel le passage des actes mixtes de Pothier (donations avec charge notamment) du gratuit vers l'onéreux²⁶. L'évolution vers l'onéreux est toutefois si massive que la thèse de M. Boitard apparaît comme un phare dans la nuit pour ceux qui aujourd'hui cherchent à donner une nouvelle extension à la gratuité²⁷, particulièrement à l'heure du numérique²⁸. Et pourtant, le mouvement de restriction de la gratuité se poursuit, comme en atteste l'émergence de la catégorie de contrats neutres, gratuits ou onéreux selon les circonstances, ou l'analyse des contrats de service gratuit intéressés (prêt du charriot dans les grandes surfaces par exemple) comme des contrats onéreux²⁹. Finalement, l'irrésistible progression de la sphère de l'onéreux ne cède que devant les domaines dans lesquels la distinction est inapplicable : d'une part les faits juridiques et les actes extrapatrimoniaux³⁰, d'autre part les actes non destinés à organiser l'échange. Ces exemples sont

²³ M. Boitard, *op. cit.*

²⁴ P. Esmein, « Préface », in M. Boitard, *op. cit.*, p. 2.

²⁵ M. Boitard, *op. cit.*, p.167.

²⁶ M. Boitard, *op. cit.*, p. 160.

²⁷ N. Bergeman, « Le contrat de services gratuits un modèle pour penser l'altruisme en droit des contrats », *Revue juridique de l'ouest*, 2010, vol. 23, n° 4, pp. 443-469.

²⁸ C. Rossetto, *op. cit.*

²⁹ C. Rossetto, *op. cit.*, pp. 313 s. ; S. Coudert-Piatkowski, *La mise à disposition d'une chose*, thèse Montpellier, 2016, n° 82.

³⁰ S. Benlisi, *Essai sur la gratuité en droit privé*, thèse Montpellier, ns° 261 s.

toutefois assez marginaux, dans la mesure où le contrat demeure envisagé de façon dominante dans sa seule fonction économique.

La réforme de 2016 atteste de la continuation de la marginalisation du gratuit à plusieurs titres. D'abord, elle inverse la présentation et envisage en premier lieu le contrat à titre onéreux³¹, alors qu'il était encore second en 1804. Ensuite, elle renomme l'ancienne catégorie de contrats de bienfaisance en contrats à titre gratuit, terminologie cohérente avec la restriction de ce domaine devenu résiduel. Et pour finir, elle transforme la définition en opposant contrat dans lequel chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure et contrat dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie. La nouvelle rédaction ne fait malgré tout que consacrer une évolution effective et il est probable que les changements seront sans effet concret³². Formellement, on relèvera une meilleure rédaction de la définition du contrat à titre gratuit faisant ressortir le double élément de l'absence de contre-partie et d'intention libérale ; inversement, la confusion est maladroitement renforcée entre contrats onéreux et synallagmatique (L'avantage contre-partie renvoie à l'existence de deux prestations réciproques, caractéristique du contrat synallagmatique.).

Mais il est un point central que nous n'avons pas développé, c'est l'intérêt de la distinction, c'est-à-dire la différence de traitement juridique de l'un et l'autre contrat. Les auteurs relèvent différents aspects : contrats gratuits marqués par l'*intuitu personae*, appréciation moins rigoureuse des obligations de celui qui s'engage à titre gratuit, responsabilité renforcée du bénéficiaire, appréciation différente de la cause, traitement fiscal distinct... Ces différences ne sont pas exhaustives, mais elles ne sont pas non plus systématiques, c'est-à-dire que derrière les deux catégories on retrouve une grande diversité de contrats spéciaux soumis à des règles différentes dans le détail en sorte que, comme bien souvent, la distinction est plus pédagogique que porteuse d'une portée normative clairement identifiée. Autrement dit, la classification a pour objet de former les esprits, ce qui induit au final une orientation des solutions. Or le sens de l'évolution est clair : la gratuité ne correspond qu'aux actes d'un total désintéressement, tandis que le moindre soupçon d'intérêt personnel conduit à la qualification d'acte onéreux. Et l'onérosité renvoie au marché, et l'extension de la catégorie des actes à titre onéreux correspond à la fois au plan descriptif à une extension du marché et au plan normatif à une marginalisation de ce qui lui échappe. Pourtant, l'histoire a montré que la frontière du gratuit et de l'onéreux n'est ni figée ni étanche. Il nous semble crucial de le mettre en lumière, ce qui constitue la première base pour une rénovation du gratuit et de l'onéreux. Peut-être faudra-t-il abandonner le terme de gratuit, dès lors qu'il ne s'agit pas de fournir à la plupart des contrats un brevet de haute moralité, mais de signaler que la plupart des relations humaines échappent à la recherche du seul profit. Le « donner-recevoir-rendre » de Mauss n'est pas gratuit au sens idéal du terme, mais ce qui compte est qu'il est encore moins onéreux. Ce n'est donc pas tant l'extension de la gratuité qui doit être recherchée, c'est la restriction de l'onérosité. Cette restriction pourrait s'accompagner de la mise en lumière d'un régime juridique moins favorable, empreint de méfiance et de protection renforcée de la partie la plus faible. L'économie sociale et solidaire est totalement partie prenante à ce travail, elle y a déjà largement contribué par des mécanismes qui renouvellent la relation du marchand et du non-marchand et que le droit essaie de saisir, comme les services d'échange local, les monnaies locales complémentaires, l'économie collaborative...

³¹ C.civ., art. 1107.

³² C. Alleaume, art. 1107, in T. Douville, *La réforme du droit des contrats : Commentaires article par article*, pp. 39-40.

Quoiqu'elle ne se confonde pas avec la distinction du gratuit et de l'onéreux³³, la distinction du lucratif et du non-lucratif s'en rapproche et, surtout, elle fait apparaître exactement les mêmes traits et la même évolution.

B. L'opposition du lucratif et du non-lucratif

La distinction du lucratif et du non-lucratif est tout aussi connue que sensible en économie sociale et solidaire, spécialement à propos des questions statistiques : l'enjeu n'est moins que son existence ou ses contours. Une voie moyenne a d'ailleurs été proposée, la lucrativité limitée, pour échapper aux difficultés d'appréhension de l'économie sociale et solidaire à travers le prisme de l'opposition stricte du lucratif et du non-lucratif. Il nous semble qu'il convient d'abord de faire la généalogie de cette opposition, ce qui permettra de jeter un regard nouveau sur la lucrativité limitée.

Les groupements que nous rangeons aujourd'hui dans les catégories de lucratif et de non-lucratif ont existé de tous temps, quoique sous d'autres formes. En droit romain, on parlait de *collegia* et de *corpora*³⁴ et pour les sociétés d'abord de *consortium* puis de *societas*, qui recouvre la *societas unius*, la *societas amicum negotiationis* et la *societas publicanorum vectigalium*³⁵. Au moyen-âge les associations se multiplient³⁶ et on en trouve de multiples dénominations : congrégation, corps, collège, communauté, corporation³⁷, à l'exception de celle d'association ; les sociétés comprennent la commande d'origine romaine et la compagnie sans doute plus communautaire, avec de multiples variantes en fonction des lieux et du type de négoce³⁸.

Faute de recherche d'une classification systématique, ces diverses formes de ce que nous nommons aujourd'hui d'association et de société n'étaient pas opposées les unes aux autres. La définition romaine de la *societas* incluait toutefois bien la recherche d'un avantage économique, et le droit romain constituait la structure mentale des juristes médiévaux, mais cette recherche d'avantages économiques était plus une description de la société qu'une condition de son existence. Cette question ne se posait pas, elle ne pouvait avoir de réponse. Deux questions préoccupaient les juristes, distinctes pour les associations et les sociétés. En matière d'association, la question principale était celle de la représentation juridique, autrement dit de la personnalité morale : *universitas*. Du côté des sociétés, la question a plutôt été, avec le développement économique et les entreprises de grande taille, d'attirer des capitaux, ce qui a donné naissance aux sociétés de capitaux. Si une différence devait être relevée entre société et association, ce serait sans doute plutôt le caractère privé des premières, tandis que les secondes étaient soumises à un contrôle public important, en raison de la fonction d'utilité publique qu'elles remplissaient. Encore cette affirmation mérite-t-elle d'être nuancée, dans la mesure où les plus grosses sociétés aux 17^{ème} et 18^{ème} siècles ont été considérées comme d'intérêt public, raison

³³ Il est significatif qu'une thèse sur la gratuité en droit privé ne fasse même pas allusion à l'opposition des sociétés et des associations : S. Benilsi, op. cit.

³⁴ Pour les associations : S. Segala, « Aux origines de la loi de 1901 sur les associations », in *L'association* (7^{èmes} Journées René Savatier, Poitiers, 8 et 9 juin 2001), P. U. F., 2002, pp. 1-38., spéc. p. 7.

³⁵ J.-L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, P.U.F., 1992, n° 109.

³⁶ J.-F. Draperi, *Le fait associatif dans l'Occident médiéval: De l'émergence des communs à la suprématie des marchés*, Le Bord de l'eau, 2021.

³⁷ S. Segala, art. préc., p.13.

³⁸ J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, P. U. F., 1986, pp. 167 s.

pour laquelle le pouvoir royal leur conféra de nombreux privilèges, y compris d'ordre régalien ; il suffit de mentionner la compagnie des Indes. Ces sociétés sont les ancêtres de la société anonyme.

La distinction n'était pas inconnue mais elle n'avait pas la systématisme qu'on lui connaît aujourd'hui et les différences mises en avant n'étaient pas non plus celles que nous retenons. Le terme d'association n'était par ailleurs pas du tout fixé, comme en atteste encore le célèbre ancien article 291 du code pénal de 1810 : « Une association de plus de vingt personnes, dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du gouvernement et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société ». Le même texte emploie les deux mots pour désigner la même chose. Et il ne s'agissait pas d'une maladresse, d'autres exemples de terminologie pour nous anachronique se retrouvent dans le code civil et le code de commerce³⁹. Pourtant, comme le relève P. Kayser, le législateur et les auteurs ne confondent nullement les deux choses, comme en atteste l'inapplication de l'article 291 du code pénal aux sociétés ; cette interprétation pourtant parfaitement logique au plan exégétique n'aurait même pas été discutée⁴⁰. La société est toutefois consacrée par le code civil dans le fameux article 1832, qui en fournit une définition. Les auteurs ont donc discuté des contours du contrat de société, mais seulement pour le distinguer d'autres contrats consacrés par le code civil. Une des raisons en est peut-être que les auteurs ne considéraient pas l'association comme un contrat : si Clermont-Tonnerre insista lors des débats sur la confiscation des biens des ordres religieux sur leur origine volontaire afin de les détacher de l'utilité publique qui justifiait l'emprise de l'État et légitimait la reprise de leurs biens, cet argument ne prit pas⁴¹. Les auteurs du 19^{ème} siècle parlèrent d'union, mais jamais de contrat⁴². Le 19^{ème} siècle a été en revanche le moment de la construction de la notion propre de société, au fur et à mesure des décisions de jurisprudence et des commentaires doctrinaux pour distinguer la société des autres contrats. C'est ainsi que la recherche et le partage de profit est devenu un élément central⁴³, encore que la notion fût discutée comme en atteste la reconnaissance de la nature de société aux sociétés de chasse parce qu'on y trouve à la fois la mise en commun d'un bien (le droit de chasse) et le bénéfice (la part attribuée à chacun dans la jouissance de la chose)⁴⁴.

Ce n'est qu'avec la définition de l'association par la loi de 1901, conçue comme opposée à la société, que l'articulation que nous connaissons aujourd'hui a été possible. Nous n'y insistons pas, mais il faut mentionner l'évolution de la notion de bénéfice qui constitue la pierre angulaire de la distinction, puisque la société a pour but le partage des bénéfices alors que l'association peut avoir n'importe quel but sauf celui-là. La jurisprudence a précisé la notion : gain pécuniaire ou gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés »⁴⁵. Il en résulte que les coopératives (l'arrêt de 1914 concernait une caisse rurale) sont disqualifiées de société et au contraire expressément classées parmi les associations, du moins lorsqu'elles ne partagent pas de bénéfices, étant entendu que le mécanisme des ristournes n'est pas analysé comme un tel partage. Malgré cela, la loi a qualifié les coopératives de société, pour leur permettre de bénéficier du droit des sociétés et d'une réglementation déjà existante. La jurisprudence française s'est montrée extrêmement libérale à l'égard des associations

³⁹ P. Kayser, *Sociétés et associations : Leur domaine d'application*, Sirey, 1928, pp. 61 s

⁴⁰ P. Kayser, *op. cit.*, p. 63.

⁴¹ S. Ségala, *art. préc.*, p. 24.

⁴² *Ibid.*, p. 1.

⁴³ P. Kayser, *op.cit.*, pp. 66 s.

⁴⁴ P. Kayser, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁵ Cass. ch. réun., 11 mars 1914, D.P. 1914, 4. 257.

permettant la réalisation de bénéfices sans limite, à la seule condition qu'ils ne soient pas partagés. Il en est résulté une extension considérable du domaine des associations et un sentiment de restriction corrélative de celui de la société, renforcé par la création du groupement d'intérêt économique en 1967⁴⁶. Pour répondre à cette inquiétude, le législateur a aménagé la définition de la société à l'article 1832 en 1978⁴⁷, ajoutant au partage de bénéfices le partage des économies. Il en résulte un possible chevauchement entre société et association⁴⁸, les associations pouvant aussi permettre à leurs membres de profiter d'économies.

L'opposition de la société et de l'association structure notre imaginaire du droit des groupements privés et recouvre, au moins partiellement, l'opposition du lucratif et du non-lucratif, à la condition de s'entendre sur la notion de lucratif. La question a été approfondie particulièrement en Belgique, où la définition de l'association sans but lucratif (ASBL) est plus stricte que la définition française et où l'extension de son domaine a donc été beaucoup plus contestée, du moins jusqu'à la réforme de 2019 qui a fortement assoupli les solutions⁴⁹. Il a notamment été proposé de s'appuyer sur la distinction connue du droit commercial entre lucre objectif et lucre subjectif, le premier consistant dans la recherche de gain, quelle que soit la fin du bénéfice réalisé, tandis que le lucre subjectif vise la volonté égoïste d'enrichissement⁵⁰. L'association pourra poursuivre un lucre objectif mais pas subjectif.

Cette opposition juridique, technique, est moins connue que la distinction institutionnelle et statistique⁵¹, venue du monde anglo-saxon, où le secteur distingué du secteur capitaliste est se structure autour des *not-for-profit organizations* ou *non-profit organizations*, traduit par organisations à but non lucratif. Or cette opposition systématique soulève des difficultés à certaines entreprises de l'économie sociale et solidaire, qui procèdent à un partage de certains bénéfices, à commencer par les coopératives. Incontestablement, les coopératives sont distinguées des sociétés capitalistes⁵². Pourtant, elles peinent à intégrer le secteur non-lucratif, qui se caractérise juridiquement par une non-lucrativité absolue⁵³. Cette difficulté institutionnelle se double d'une difficulté technique en droit européen, puisque le Traité oppose les sociétés de droit civil et commercial, y compris les sociétés coopératives, et les sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif⁵⁴. La finalité du texte est circonscrite, délimiter les entreprises qui bénéficient de la liberté d'établissement, mais le texte n'en opère pas moins le classement des coopératives parmi les sociétés lucratives et opère ainsi une césure au sein de l'économie sociale et solidaire.

⁴⁶ Ord. n° 67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique.

⁴⁷ L. n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

⁴⁸ M. Jeantin, « La réforme du droit des sociétés », D. 1978, chron. 173, spéc. n°25.

⁴⁹ P.-A. Foirers, A. François, « Un nouveau regard sur quelques distinctions classiques en droit des sociétés », in *La modernisation du droit des sociétés*, Larcier, 2014.

⁵⁰ M. Coipel, « Le rôle économique des ASBL au regard du droit des sociétés et de la commercialité », in *Les ASBL : Evaluation critique d'une succès*, Bruxelles, Story-Scientia, 1985, spéc. n°25.

⁵¹ Pour un point récent, M. Bouchard et R. Chavez, « Quel périmètre pour des statistiques sur l'ESS à l'échelle internationale ? », à paraître.

⁵² J. Armour, H. Hansmann, R. Kraakman, M. Pargendler, « What is corporate law ? », in R. Kraakman et al., *The anatomy of corporate law: A comparative and functional approach*, Oxford University Press, 3rd edition, 2017, spéc. pp. 13 s.

⁵³ McGregor-Lowndes, « An overview of the not-for-profit sector », in Harding, M., (Ed.), *Handbook research on not-for-profit law*, Edward Elgar publishing, 2018, p. 135.

⁵⁴ TFUE, art. 54.

Pour répondre à cette difficulté, renforcée par l'application indistincte du droit européen, notamment de la concurrence, à toutes les entreprises, une auteure a proposé d'ajouter une troisième catégorie à l'opposition du lucratif et du non-lucratif, avec les entreprises à lucrativité limitée⁵⁵. La proposition peut s'appuyer d'un antécédent en droit français, puisqu'avant la loi de 1901 il avait été recouru à la notion de contrats innommés pour permettre par analogie l'application aux coopératives du régime juridique des sociétés dont il était admis qu'elles ne partageaient pas la nature juridique⁵⁶. La proposition est stimulante et attrayante, dans la mesure où elle permettrait un peu de nuance dans une dichotomie qui peut paraître excessive. Et pourtant, après avoir été convaincu par le projet, nous nous demandons aujourd'hui s'il ne vaudrait pas aller plus au fond de la distinction et en remettre en cause les contours.

A regarder l'évolution depuis le 19^{ème} siècle, on ne peut qu'être frappé par l'extension croissante du domaine des sociétés, et parmi elle de la société anonyme. Si le 19^{ème} siècle a encore cherché à exclure des organisations qui ne remplissaient pas les conditions de la société, avec pour point d'orgue la jurisprudence de 1914, le mouvement s'est inversé. Que ce soit par la qualification des coopératives de société en 1947 ou par la révision de la définition de la société en 1978, le domaine de la société, et donc du lucratif, s'est constamment étendu. L'adjonction du partage des économies ne signifie finalement rien d'autre que l'extension de la notion de bénéfice. Tout comme le moindre soupçon d'intérêt disqualifie le contrat à titre gratuit en contrat à titre onéreux, de même l'entreprise qui ne correspond pas à l'image d'Épinal du désintéret absolu est immédiatement classée parmi les sociétés à but lucratif.

Le mouvement ne s'est pas arrêté là. Au nom de la réglementation plus aboutie du droit des sociétés, incontestable, la jurisprudence a un temps trouvé son inspiration dans ce domaine pour trancher des questions de droit des associations pour lesquels la loi est muette⁵⁷, même si ce mouvement semble s'être interrompu. Pour la même raison, il avait d'ailleurs été proposé que la société anonyme devienne le modèle de tous les groupements⁵⁸. Mais l'extension a également pris une autre figure, la reconfiguration profonde de la société. Certains auteurs ont fait valoir que l'organisation technique de la société était détachable de son but lucratif et proposé de supprimer cette exigence pour permettre à la société de poursuivre toute finalité, y compris non lucrative⁵⁹. Ce faisant, tout projet pourrait prendre la forme de société, tandis que quelques entreprises restreintes décideraient d'être purement désintéressées et adopteraient la forme d'une association. C'est d'ailleurs cette voie qu'emprunte le législateur belge dans sa réforme sus-évoquée de 2019.

Il nous semble crucial de mettre en évidence les contre-vérités que contiennent ces analyses, et la première d'entre elles est l'unité de la catégorie société. Une première distinction bien connue est celle des sociétés de personne et des sociétés de capitaux, mais l'extension croissante des sociétés de capitaux, particulièrement de la société à responsabilité limitée et de ses avatars, a cantonné les sociétés de personnes dans la marginalité. Pourtant, il n'a pas grand-chose à voir entre l'artisan ou l'agriculteur qui recourt à la forme de société dans l'espoir, partiellement vain d'ailleurs, de séparer

⁵⁵ L. Driguez, *Le but non-lucratif en droit de l'union européenne : Ou de la nécessité d'adopter une notion nouvelle de lucrativité limitée*, MGEN/Alternatives économiques, 2018.

⁵⁶ P. Kayser, op. cit., pp. 83 s

⁵⁷ K. Rodriguez, « La pertinence en 2006 du droit des associations : pour un statu quo, un toilettage ou une refonte ? », Bull. Joly 2006, n°4, p. 447.

⁵⁸ D. Randoux, « Vers un droit commun des groupements », JCP, 1996, I., 3982.

⁵⁹ M. Coipel, « Pour une nouvelle étape dans la distinction entre association et société », in *Liber amicorum Lucien Simont*, 2002, pp. 549 s.

ses patrimoines professionnel et personnel, et l'entreprise qui dispose de succursales dans plusieurs pays et des sous-traitants dans d'autres encore. Les premiers ne sont-ils pas plus proches au final des acteurs de l'économie sociale et solidaire que des multinationales ? Certes il y a des différences techniques importantes, mais la plupart des entrepreneurs cherchent moins l'accumulation effrénée que la sécurité d'une activité leur permettant de vivre. Il ne s'agit pas de faire de l'angélisme, mais de d'analyser la situation de façon aussi neutre que possible. Le monde de l'économie sociale et solidaire n'est pas uniforme non plus, et certains coopérateurs ou certains sociétaires n'ont pas des pratiques différentes. Les travaux du CIRIEC ont montré les proximités et les collaborations qui pouvaient se nouer entre économie sociale et économie publique, le même schéma est certainement à reproduire et étendre. Les pôles territoriaux de coopération économique sont un exemple de collaborations avec certaines entreprises extérieures à l'économie sociale et solidaire.

Si une reconfiguration est envisagée, la difficulté est de trouver un nouveau critère de distinction. Or exactement comme pour la distinction du gratuit et de l'onéreux, il nous semble qu'il convient de renverser le raisonnement et de considérer l'anormalité du côté du lucratif, par référence au lucre subjectif. Sans doute faudra-t-il à cet effet changer de terminologie. Les débats autour de la financiarisation de l'économie orientent peut-être vers une reconfiguration. Juridiquement, ceci a donné lieu à une nouvelle distinction entre sociétés dont les titres de capital sont négociés sur un marché réglementé et autres sociétés. IL n'est pas certain que ce critère soit parfait, mais il ouvre la voie vers une marginalisation des entreprises jugées les plus dangereuses pour la collectivité et une reconfiguration des imaginaires qui sortirait l'économie sociale et solidaire de sa marginalité.

On le voit, les catégories juridiques qui rendent compte de la distinction du marchand et du non marchand sont des construits contemporains de l'essor du capitalisme. En retracer l'évolution permet d'envisager une trajectoire différente, qui ne constitue pas un retour à une époque mythique mais qui cherche à redonner au non marchand une plus grande et plus noble place. La revisitation de la propriété s'impose avec la même force.

II. La reconstruction du rapport à la propriété

A. La réarticulation de l'appropriation individuelle et collective

L'économie sociale et solidaire est particulièrement bien outillée pour penser une réarticulation de la propriété individuelle et de la propriété collective. Les ressorts en sont déjà connus et ne seront pas notre objet principal. Il nous semble plus utile de mettre en évidence l'idéologie propriétaire qui domine encore notre imaginaire, en dépit des débats qui ont eu cours parmi les juristes et de la réalité du droit positif. Le droit français est particulièrement illustratif de cette idéologie propriétaire avec son article 544 du code civil qui définit la propriété comme « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Le caractère absolu de ce droit fait partie de la vulgate classique des juristes et on le retrouve dans tous les manuels de droit. Il n'a pas qu'une dimension juridique et Thomas Piketty a parfaitement montré ses conséquences sociales et économiques, culminant au 19^{ème} siècle⁶⁰. S'il ne fallait en prendre qu'un exemple, on pourrait citer le régime de la fin de l'esclavage, pour lequel le choix n'a jamais été d'indemniser les anciens esclaves mais les anciens propriétaires dépouillés de

⁶⁰ T. Piketty, *Capital et idéologie*, Seuil, 2019.

leur richesse. Sur le terrain des concepts juridiques, la théorie propriétaire peut être illustrée par la conception du domaine de l'État, pourtant empreint de la dimension collective émanant de la société, analysé comme une propriété individuelle sur le modèle de la propriété privée, l'État personne morale se substituant seulement à l'individu propriétaire.

Cette idéologie a été élaborée par la philosophie du droit naturel des 17^{ème} et 18^{ème} siècles mais elle résulte plus fondamentalement d'une conception de l'homme comme maître et possesseur de la nature échafaudée à la même époque⁶¹. Il ne s'agit toutefois pas d'une construction purement métaphysique ; elle s'imbrique intimement dans la question politique, et un auteur a magistralement montré comment notre conception de la propriété privée s'est construite par sa séparation absolue de la souveraineté à laquelle elle était précédemment liée⁶². Le résultat est une sacralisation du droit de propriété, conçu comme purement privée et essentiellement individuelle, puisqu'à côté de son caractère absolu est affirmé son exclusivisme. Il existe bien des institutions juridiques qui rentrent mal dans ce cadre, par exemple les souvenirs de famille, mais ils sont considérés comme marginaux, des anomalies dans la terminologie de Thomas Kuhn⁶³. Il semble bien que le paradigme ne soit pourtant plus adapté à nos besoins actuels et il convient donc de montrer en quoi la construction en est défailante. Or ses défauts résultent à la fois de son décalage par rapport à la réalité et de son ignorance des débats techniques des juristes du XX^{ème} siècle.

La propriété n'a jamais été, ni purement individuelle, ni purement absolue. Le droit institué par le code civil, dans le prolongement des idées révolutionnaires, a incontestablement rompu avec l'ancien droit qui, par opposition, se caractérisait par des propriétés simultanées de plusieurs personnes sur la terre⁶⁴. Il est certain que notre droit contemporain est beaucoup plus individualiste, mais il ne l'a jamais été totalement. Le code civil consacre explicitement des hypothèses de propriété collective, à commencer par l'indivision⁶⁵, mais celle-ci est essentiellement provisoire puisque son partage peut être exigé à tout moment. Des propriétés collectives plus durables existent toutefois, comme la mitoyenneté⁶⁶ existant entre tous les fonds contigus. Les souvenirs de famille⁶⁷ comme les sépultures⁶⁸, quoiqu'en apparence propriété individuelle, portent la marque du groupe et restreignent les pouvoirs de leur propriétaire en titre. L'usufruit⁶⁹ entraîne ce que les juristes ont dénommé un démembrement du droit de propriété pour masquer qu'il s'agissait partiellement d'une propriété simultanée, et si lui aussi est marqué par la fragilité puisqu'il a vocation à s'éteindre, il n'en va pas de même des servitudes⁷⁰ qui peuvent grever sans fin un immeuble. A cela, il convient d'ajouter la survivance de propriétés communes, dont le code civil porte malgré tout la trace à son article 714. Quant au caractère absolu du droit de propriété, explicitement affirmé par l'article 544, il se trouve

⁶¹ F. Ost, *La nature hors la loi: L'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, 1995.

⁶² R. Blaufarb, *L'invention de la propriété privée : Une autre histoire de la révolution*, trad. Ch. Taquet, Champ-Vallon, 2019.

⁶³ T. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, trad. L. Meyer, Flammarion, 2008.

⁶⁴ A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., 1989.

⁶⁵ C.civ., art. 815.

⁶⁶ C.civ., arts. 653 s.

⁶⁷ B. Mallet-Bricout, *Les biens : Droits réels principaux*, Economica, 6^e éd., 2019, n° 210.

⁶⁸ *Ibid.*, n° 210ter.

⁶⁹ C.civ., arts. 578 s.

⁷⁰ C.civ., arts. 637 s.

immédiatement contredit par l'exigence du respect des lois et règlements, selon la lettre du même article, dont l'existence même nie l'absolutisme.

A rebours toutefois du constat fait à propos du gratuit et de l'onéreux ou du non-lucratif et du lucratif, l'évolution de la propriété depuis le 19^{ème} siècle n'est pas marquée par un approfondissement des constructions nouvelles, celles-ci ont au contraire été de plus en plus contestées ou détournées ou démenties par les faits. Si on prend l'exemple de l'indivision, seule technique en France qui encadre la propriété de plusieurs personnes sur un même bien, celle-ci a dû s'adapter à la survivance, voire au développement, de propriétés collectives ; il suffit de penser à la communauté de biens qui existent entre concubins, ou à la survivance d'une communauté de travail après le décès d'un conjoint entre le survivant et des enfants. Il en est résulté, d'abord par la jurisprudence puis par le législateur, un encadrement croissant de cette institution qui a vu son caractère éphémère rogné⁷¹. Mais il est un phénomène beaucoup plus massif de propriété collective directement lié au développement du capitalisme, c'est l'appropriation collective des grandes entreprises. Le phénomène est masqué par le mécanisme de la personnalité morale, puisque la société est l'unique propriétaire de l'entreprise, tout comme l'État du domaine public. Pourtant, derrière la société, il y a le plus souvent une pluralité d'individus, voire une multitude, et cette situation n'est pas sans conséquences sur le régime juridique de la propriété qui ne s'applique ni sur la coordination des droits des divers associés⁷². Cette question n'a pas échappé aux économistes et certains ont même considéré qu'il y avait ainsi une démocratisation des entreprises, pour ne pas dire une socialisation, celles-ci étant au pouvoir de la multitude de ses associés⁷³. Rien n'est moins sûr, même si cette stratégie peut être empruntée par des organisations syndicales ou assimilées pour contrôler une partie de l'économie⁷⁴.

En dépit de la persistance de la définition traditionnelle de la propriété, un certain nombre de critiques se sont élevées qui montrent que la doctrine n'a pas été uniforme. Ce sont d'abord les juges qui ont mis au pas l'absolutisme de principe en consacrant la théorie de l'abus de droit⁷⁵, en vertu de laquelle l'exercice abusif d'un droit subjectif, au premier rang desquels le droit de propriété, est illégitime et justifie la condamnation du propriétaire à indemniser des conséquences de son abus. La question s'est alors toutefois posée de la substance de cet abus, l'accord étant à peu près unanime pour accepter qu'elle consiste dans l'intention de nuire, les débats étant beaucoup plus vifs pour l'étendre à tout exercice du droit qui s'écarterait de la fonction sociale dudit droit⁷⁶ ; ce dernier volet n'a jamais été vraiment validé par le droit positif. Cette notion d'abus de droit a cependant été la base des réflexions les plus progressistes sur la notion de fonction sociale des droits subjectifs.

La seconde contestation est venue d'une question apparemment plus technique. Plusieurs auteurs ont fait observer que le droit de propriété ne pouvait s'analyser purement et simplement en un droit sur une chose sans faire intervenir les autres personnes. Le droit de propriété n'a de sens que par les règles qu'il pose dans les relations entre les hommes ; la formule est restée célèbre de l'obligation passive universelle que tous les tiers auraient vis-à-vis du propriétaire⁷⁷. A nouveau, la thèse n'a

⁷¹ F.-X. Testu, « Sur la nature de l'indivision », D. 1996. Chron. 176.

⁷² P. Coulombel, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, thèse Nancy, 1949.

⁷³ P.-Y. Gomez et H. Korine, *L'entreprise dans la démocratie Une théorie politique du gouvernement des entreprises*, De Boeck, 2009.

⁷⁴ E. O. Wright, *Utopies réelles*, trad. V. Farnea et L. A. Peschanski, La Découverte, 2017, spéc. pp. 492 s.

⁷⁵ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1994, ns° 761 s.

⁷⁶ Ch. Jamin, « Typologie des théories juridiques de l'abus », *Revue Concurrence Consommation*, 1996, n°9 2 p. 13.

⁷⁷ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome I, LGDJ, 1^{ère} éd., 1899, n° 2158.

jamais emporté la conviction majoritaire au sein de la doctrine, mais elle a mis en évidence l'absurdité de ce qu'on a nommé une robinsonnade⁷⁸ : la propriété n'a de sens qu'entre plusieurs personnes et il ne fait aucun sens de dire que Robinson seul sur son île était propriétaire.

Si le droit de propriété n'a jamais été absolu ni exclusif, il n'est pas neutre que les juristes aient enseigné l'inverse. Le mirage d'un droit absolu et exclusif, tout comme la liberté contractuelle, sert parfaitement l'essor du capitalisme⁷⁹. Dans cette perspective, toutes les réglementations qui sont apparues pour limiter les droits du propriétaire (principalement autour du droit de l'urbanisme, mais aussi pour la protection des commerçants titulaires de baux commerciaux, protection des fermiers...) ont été ressenties comme insupportables et mises en relation avec la hantise de la socialisation. Le droit de propriété n'a pas renforcé son absolutisme, cela était sans doute impossible, mais la doctrine est parvenue à maintenir l'illusion de cet absolutisme, alors même que la réalité du droit positif en fournissait un démenti croissant.

Il est urgent de prendre acte de la fausseté de ces théories. Il suffit d'ailleurs pour cela de s'extraire un instant du droit français pour considérer la common law⁸⁰, où la propriété est considérée comme un *bundle of rights*, un faisceau de droits, dont on voit immédiatement qu'il ne présente pas une uniformité mais une grande diversité et un rattachement à des personnes variées. Le rééquilibrage entre la dimension collective et individuelle du droit de propriété passe par la reconnaissance des phénomènes collectifs d'appropriation, et il suffit de penser aux phénomènes d'habitat collectif qui se sont multipliés avec l'urbanisation et que la doctrine a réussi à faire passer pour de la propriété principalement individuelle. Le mouvement des communs constitue évidemment une pierre importante dans la construction d'un nouvel édifice, étant entendu que les communs sont moins un secteur figé qu'un moule explicatif⁸¹. Les formes d'appropriation collective (ou communautaire) de l'économie sociale et solidaire sont également importantes théoriquement et utiles comme source technique d'inspiration. Plus largement peut-être, la réarticulation du collectif et de l'individuel doit fonder la légitimité d'une emprise du collectif sur l'usage individuel des biens, dont il apparaît de façon croissante qu'il ne passe pas nécessairement par une appropriation privative.

Si la conception propriétaire n'a pas pu se développer en profondeur, elle l'a fait en extension, et c'est à cet égard qu'on peut relever une tendance comparable à ce qui a été établi pour l'onéreux et le lucratif. Le propriétaire n'a pas vu son droit devenir plus puissant, mais le champ des objets sur lesquels il peut affirmer sa propriété s'est constamment étendue. Le phénomène est particulièrement connu aux 18^{ème} et 19^{ème} siècles avec le mouvement des enclosures, mais il est tout aussi documenté à la fin du 20^{ème} siècle: extension du domaine des brevets, notamment sur le vivant, hybridation du corps humain à la suite de la recherche génétique, mouvements de privatisation des biens publics à l'ère du néo-libéralisme et des plans d'ajustement structurel, utilisation des partenariats publics privés, et ce qui avait d'abord apparu comme un nouveau monde des communs de la connaissance se transforme en une économie des données. Le concept de propriété ne se trouve toutefois pas modifié dans sa substance, ce qui rend le juriste moins à même de contribuer à la construction d'un nouvel imaginaire. Sa contribution est surtout une déconstruction des erreurs : la propriété d'un seul, isolé des autres et de la communauté, est un construit, et de nombreuses autres

⁷⁸ P. Crétois, op. cit., p. 119.

⁷⁹ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Sirey, 1946.

⁸⁰ F. H. Lawson & B. Rudden, *The law of property*, Oxford University Press, 2002.

⁸¹ Il a ainsi déjà été proposé d'analyser l'entreprise sous ce prisme : S. Deakin, « The Corporation as Commons: Rethinking Property Rights, Governance and Sustainability in the Business Enterprise », *Queen's Law Journal*, 2012.

figures sont possibles. A cet égard l'économie sociale et solidaire est riche, c'est là que son modèle de propriété communautaire, qui ne nie pas des formes de droits individuels mais s'articule à eux, propose une conception détachée de l'appropriation individuelle support de la recherche du lucre subjectif.

Certains auteurs ont pourtant proposé des redéfinitions de la propriété, eu égard aux considérations les plus contemporaines.

B. La reconfiguration du sens de l'appropriation

Nous prendrons deux exemples de ces redéfinitions. La première est somme toute une relativisation de la propriété individuelle⁸². Partant d'une rétrospective de l'histoire de la propriété privée depuis deux siècles, l'auteur en montre l'idéologie sous-jacente, ce qui revient à en déconstruire l'évidence. Il en conclut à l'erreur de l'attachement de la propriété au seul individu, toute création de richesse étant toujours l'œuvre d'efforts communs. Dans la ligne du communautarisme qui montre ce que l'individu doit toujours à la communauté dont il est issu⁸³ ou de la pensée proudhonienne ravivée par Dardot et Laval⁸⁴, il montre tout ce que la chose doit à la communauté. Sans suggérer la disparition de la propriété privée, il revendique sa désacralisation afin que sa coordination avec d'autres droits individuels soit plus aisément équilibrée. Concrètement, il suggère que le droit de propriété, sous-entendu privée, ne soit plus considéré comme un droit fondamental. La thèse est séduisante mais il est permis de se demander si elle ne souffre pas d'une contextualisation insuffisante. Si la propriété a été effectivement sacralisée au 18^{ème} siècle, notamment dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, elle ne bénéficie pas aujourd'hui d'une force normative à de nombreux autres droits. Elle constitue davantage la conséquence du mouvement général de fondamentalisation du droit, c'est-à-dire à la coordination des relations sociales entre individus à travers le prisme de l'équilibrage des droits subjectifs. Il s'ensuit que la proposition de M. Crétois a peu de chance d'aboutir au sein de nos ordres juridiques, et qu'elle pêche par ambition dans un ordre juridique à construire.

Une reconstruction beaucoup plus radicale est proposée, dans une perspective totalement différente, par Mme Vanuxem⁸⁵. Partant cette fois des questions environnementales et de la coexistence de l'humanité avec d'autres espèces, Sarah Vanuxem propose une rénovation des grandes théories de la propriété depuis le code civil. Pour simplifier, l'auteure ne s'interroge pas tant à la répartition de la propriété entre les humains qu'à la légitimité, sinon l'efficacité, du droit de propriété de l'homme sur le milieu qu'il habite : la terre. La trouvaille de Mme Vanuxem est de revenir à la richesse de la notion de l'appropriation : à côté du sens de s'attribuer, s'approprier vise aussi « devenir propre à, s'adapter à »⁸⁶. Combiné avec la richesse du terme de chose qui n'est pas nécessairement un simple objet mais peut être un lieu, un milieu⁸⁷, cet autre sens de l'appropriation conduit à analyser la propriété, entendue privativement, comme « la capacité d'habiter sa demeure ou maison⁸⁸. Nous ne

⁸² P. Crétois, *La part commune Critique de la propriété privée*, éditions Amsterdam, 2020.

⁸³ M. J. Sandel, *Justice*, trad. P. Sabiban, Albin Michel, 2016. ; M. J. Sandel, *La tyrannie du mérite*, trad. A. Von Busekist, Albin Michel, 2021.

⁸⁴ P. Dardot et Ch. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^{ème} siècle*, La Découverte, 2014.

⁸⁵ S. Vanuxem, *La propriété de la terre*, Wildproject, 2018.

⁸⁶ Trésor de la langue française, cité par S. Vanuxem, op. cit., p.14. Voir aussi P. Dardot et Ch. Laval, op. cit., pp. 270-271.

⁸⁷ S. Vanuxem, op. cit., pp. 61 s.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 62.

discuterons pas les développements de Mme Vanuxem, encore presque exploratoires, mais il est clair que ceux-ci proposent une reconstruction beaucoup plus radicale. Ils permettent non seulement de redonner à la propriété commune ses lettres de noblesse, mais ils offrent à la propriété privée une toute nouvelle orientation, aux antipodes de la maîtrise domination que nous lui connaissons, et l'auteure montre que cette conception alternative se retrouve dans de nombreuses sociétés traditionnelles.

Il n'est pas certain que l'économie sociale et solidaire soit déjà animée par une telle conception, mais on pourrait en trouver des traces. Tous les mécanismes qu'elle a mis en place pour éviter l'appropriation individuelle peuvent en effet s'analyser comme une protection assurée, pas seulement aux autres individus, mais aussi aux choses ainsi soustraites à l'appétit égoïste. L'approche transgénérationnelle est parfaitement compatible avec une autre conception du rapport aux choses dans laquelle ces choses ne sont plus exclusivement dans la relation d'objet. Si on songe par exemple aux entreprises sans capital social, on peut y voir une répugnance à instituer l'entreprise dans la dépendance de quiconque, individu ou communauté, non pas certes en vertu d'une ontologie mais pour la raison pragmatique que toute communauté maîtresse s'avérerait toujours trop étroite.

Il est difficile de conclure ce travail, car il n'est qu'une contribution à une œuvre gigantesque de déconstruction et de reconstruction. Quoiqu'il en soit, à propos des deux questions fondamentales de la classification du gratuit et de l'onéreux et de la notion de propriété, nous espérons avoir montré deux choses. D'une part, le mouvement qui a accompagné l'essor du capitalisme est celui de l'extension croissante de la conception économiciste des rapports humains et de l'emprise instrumentale sur les choses qui nous entourent. Cette mise en lumière n'est pas nouvelle en elle-même, mais l'intérêt de notre recherche est de l'avoir montrée à l'œuvre dans les considérations les plus techniques des juristes. C'est un premier pas pour la reconfiguration de ces cet appareillage et notamment la remise au second plan des rapports marchands. Le second apport de notre démonstration consiste dans la convocation de l'économie sociale et solidaire dans cette affaire, d'abord pour l'inviter à procéder à la même recherche dans ses propres ressorts. Mais ensuite, et de façon plus positive et plus prospective, il faut observer que l'économie sociale et solidaire dispose d'atouts pour participer à la reconfiguration généralisée. Nous y trouvons la confirmation que l'économie sociale et solidaire a la lourde mais enthousiasmante responsabilité de proposer un modèle alternatif qui puisse servir de base pour la reconstruction d'une société dégagée du capitalisme. Les acteurs y prennent une part active mais il appartient aussi aux théoriciens de contribuer à l'élaboration d'une histoire de ces actes pour en faciliter la propagation.