Des enclosures aux quotas individuels transférables

Cécile de Cet Bertin, Jean Boncoeur

▶ **To cite this version:**

Cécile de Cet Bertin, Jean Boncoeur (Dir.). Des enclosures aux quotas individuels transférables. Sous la direction de Cécile De Cet Bertin et Jean Boncoeur. PUAM, pp.29-45, 2018, 9782731411164. hal-02081069

HAL Id: hal-02081069
https://hal.science/hal-02081069

Submitted on 27 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La propriété à l'épreuve de la mer

Actes du colloque international de Brest, 2-3 juillet 2015

coordonnés par Cécile De Cet Bertin et Jean Boncoeur

Version préliminaire

Property Rights in a Marine Context

Proceedings of the International Conference held in Brest, July 2-3, 2015

Cécile De Cet Bertin & Jean Boncoeur, Editors

Preprint

Avertissement : le document qui suit constitue une version préliminaire des actes du colloque « La propriété à l'épreuve de la mer ». Les textes y sont écrits en langue française ou en langue anglaise et accompagnés d'un résumé et de mots-clés bilingues. La version définitive des actes, entièrement francophone, fait l'objet d'une publication aux Presses Universitaires d'Aix-Marseille, sous la référence suivante :

> *« La propriété à l'épreuve de la mer ». Actes du colloque de Brest, 2-3 juillet 2015, sous la coordination de Cécile De Cet Bertin et Jean Boncoeur. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2018, 255 pages.*

Foreword: the following document is a preprint of the proceedings of the conference "Property Rights in a Marine Context". Papers are written either in French or in English, and are accompanied by bilingual abstracts and keywords. The final version of the proceedings, wholly in French, has been published under the following reference:

> *« La propriété à l'épreuve de la mer ». Actes du colloque de Brest, 2-3 juillet 2015, sous la coordination de Cécile De Cet Bertin et Jean Boncoeur. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2018, 255 pages.*

Sommaire

	Page
Avant-propos (Cécile De Cet Bertin)	1
Première partie. En mer, quelle(s) propriété(s) ?	
– Mer et propriété : problèmes conceptuels (Patrice Poingt)	7
– Des enclosures aux quotas individuels transférables (Jean Boncoeur)	16
– La propriété sous l'angle circonspect du droit international public (Véronique Labrot)	33
Deuxième partie. Propriété et ressources naturelles : l'eau, les poissons	
– Le rôle des institutions dans la définition économique de la notion de ressource : l'exemple des ressources marines vivantes (Olivier Thébaud)	52
– Property Rights and the Commons: Insights from Fisheries and Freshwater Resources (R. Quentin Grafton)	79
– Statut juridique de l'eau : vers un dépassement de la dichotomie chose commune / bien ? (Franck Duhautoy)	89
– De la propriété privée à la gestion collective : évolution de la politique de gestion de l'eau souterraine en France (Jean-Daniel Rinaudo)	108
Troisième partie. Propriété et activités maritimes : l'exploitation du navire, la pêche, l'aquaculture	
– L'étendue de la propriété des navires – un point de vue comparatiste (Sarah Fiona Gahlen)	122
– ITQs, rent distribution and local communities: Icelandic experiences (Thórólfur Mathiasson)	140
– Vers une patrimonialisation des droits de pêche (Olivier Curtil)	145
– La gouvernance de l'aquaculture au Canada : une mosaïque d'approches (Meinhard Doelle et Phillip M. Saunders)	156
– Changing Rules, the Evolution of Property Rights, and Industrial Organization: a Case Study from Canadian Aquaculture (James R. Wilson et Thierry Chopin)	181
Rapport de synthèse	
– La propriété en droit public de la mer (Annie Cudennec)	196

Avant-propos

Cécile De Cet Bertin

Maître de conférences de droit privé (HDR)
UMR 6308 AMURE, Université de Bretagne Occidentale
cecile.decet-bertin@univ-brest.fr

L'UMR 6308 AMURE[1] – Centre de droit et d'économie de la mer (Université de Bretagne Occidentale / Ifremer / CNRS) a entrepris en 2012 des travaux de recherche en droit et économie sur le thème de la propriété, qui ont pris la forme d'une série de séminaires intitulée SeQueDEM[2]. Cette série a été conçue pour animer une interdisciplinarité complémentaire des travaux des juristes et des économistes au sein de l'unité de recherche.

La propriété

Le thème est apparu au commencement de la Série, à partir du constat que l'appropriation des mers et de ce qu'elles contiennent de choses, posait questions tant aux juristes qu'aux économistes d'AMURE depuis longtemps, sans avoir été posée comme objet de recherche particulier et collectif. L'appropriation des mers prises comme des routes maritimes ou comme des sources de richesses, discutée de longue date, apparaissait donc, face aux nouveaux usages que l'on en fait aujourd'hui, comme pouvant être un premier objet de travaux à finalité interdisciplinaire.

Cependant, l'appropriation n'est pas une entrée du *Vocabulaire juridique* (Cornu 1987), ni même du *Dictionnaire de la culture juridique* (Alland et Rials dir., 1983). L'appropriation est une action, un fait, et non un concept juridique. Il s'agit de l'action de s'approprier une chose, d'en faire sa propriété laquelle est une notion primordiale en droit. Par ailleurs, l'économie fonctionne avec ce préalable juridique essentiel du droit de propriété (Frison-Roche et Bonfils 2005, p. 11). Ces différentes propriétés de la propriété, primordiale pour le juriste, préalable pour l'économiste et concept fédérateur pour les chercheurs de l'UMR, déterminèrent le choix du thème de la série.

SeQueDEM[3]

Les travaux durant la série de séminaires eurent à lever deux difficultés : la notion de propriété n'est pas commune au droit et à l'économie, d'une part. Le concept, originellement terrestre, n'est pas d'emblée transposable en mer, le domaine de nos recherches, d'autre part.

La notion de la propriété fut appréhendée à travers l'histoire de la pensée et certaines théories utiles à éclairer la compréhension de la notion. Le détour par l'histoire était particulièrement éclairant car, ainsi que l'a observé Oppetit (1936-1998), les rapports entre le Droit et l'Economie « *sont passés au cours des trois derniers siècles par des phases successives d'imbrication, puis d'antagonisme ou d'ignorance mutuelle et enfin d'intérêt réciproque* » (Oppetit 1992). Des conceptions de la propriété ont donc eu cours à des époques où la

[1] AMURE pour AMénagement des Usages, des Ressources et des Espaces marins et littoraux.
[2] SeQueDEM pour SErie de QUEstions en Droit et Economie Maritimes.
[3] Les travaux de SeQueDEM sont accessibles à cette adresse : http://www.umr-amure.fr/pg_seminaires.php

distinction du droit et de l'économie n'était pas établie : quelles furent les différentes conceptions de la propriété qui précédèrent celle que l'on connait aujourd'hui ? Comment l'appropriation privée du sol fut-elle légitimée sous d'autres cieux (ceux de l'Angleterre) et en d'autres temps par le philosophe anglais John Locke (1632-1704)[4] ? Locke fut choisi parce qu'il était l'un des pères fondateurs du libéralisme politique mais aussi du libéralisme économique, quoique sur des bases philosophiques sensiblement différentes de celles qui s'imposeront postérieurement avec, notamment, la Richesse des nations d'Adam Smith (1723-1790). Les théories utiles furent également choisies chez Fichte et Coase pour leur approche du droit de propriété. Le droit de propriété est en définition conceptuelle dans « L'Etat commercial fermé » de Johann G. Fichte (1762-1814) et en contentieux dans « Le problème du coût social » de Ronald Coase (1910-2013). Les deux textes font du droit de propriété l'instrument d'une démonstration économique. Nécessité conceptuelle au service de la théorie de Fichte, il est considéré comme l'essence du concept économique de facteur de production par Coase. Quelles leçons peut-on tirer de la conception de la propriété selon Fichte en ce qui concerne la propriété des choses de la mer ? Quelles leçons peut-on tirer de la proposition conceptuelle de Coase présentée comme fondatrice de l'analyse économique du droit ?

La deuxième difficulté, c'est-à-dire la transposition aux espaces marins et aux choses de la mer d'un concept éminemment terrestre, nous conduisit à répondre aux questions suivantes : que peut apporter la théorie d'Elinor Ostrom (1933-2012), qui se rapporte aux ressources communes, à notre appréhension des questions relatives à l'appropriation des choses de la mer ? Comment sont attribués les droits de pêche et qu'en conclure quant à leur qualification / nature juridique ? Quelles sont les implications en termes d'appropriation de l'espace, dans la mer territoriale et au-delà, de l'installation de dispositifs de concentration de poissons ? Quelles questions juridiques pose l'installation de ces dispositifs de concentration des poissons ?

Finalement, le colloque dont les actes sont publiés dans ces pages a achevé SEQUEDEM. Comme la série, il fut conçu sous le signe de l'interdisciplinarité.

L'interdisciplinarité

La recherche interdisciplinaire se voulait un dialogue utile « *pour que se comprennent et collaborent économistes et juristes* » (Savatier 1959, chapitre IV). Sous cet intitulé d'un chapitre des métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, Savatier (1892-1984) énonçait en 1959, en s'adressant principalement aux économistes (§61), les préalables à cette compréhension mutuelle et à la collaboration entre les spécialistes du droit et ceux de l'économie politique. L'auteur part du constat d'un parallélisme entre les deux disciplines, qui va *« au-delà de la concordance chronologique et naturelle de l'époque d'une économie libérale et de celle d'un droit axé sur la liberté individuelle de la propriété et des contrats* » (Ibid. §62). Il voit ce parallélisme dans un même mouvement, au début du XX^{e} siècle[5], du droit et de l'économie vers le « service de la personne » (§63), alors que les deux disciplines attachaient jusqu'alors plus d'importance aux biens, pour le droit, aux richesses, pour l'économie. Il retient que « *les préoccupations de l'économie politique d'aujourd'hui dépassent largement les horizons bornés d'une science des richesses. De même que le droit des biens s'efface devant le droit des personnes, de même, l'économie politique, originairement partie de l'étude des richesses, tend à devenir, au sens complet du mot, un*

[4] Chapitre V du *Deuxième traité du gouvernement civil*, intitulé « de la propriété ».
[5] Il cite la deuxième édition (1907) du cours d'économie politique de Colson qui « *rectifie avec soin le langage traditionnel pour associer étroitement les besoins aux richesses* » (p. 95).

humanisme. » (§65). Et si selon lui, « *dans sa recherche comme dans sa politique, "l'économique" reste […] nécessairement distinct du "juridique"* » (§65, in fine), le dialogue interdisciplinaire n'en a que plus d'intérêt pour l'échange de connaissances qu'il produit.

« La propriété à l'épreuve de la mer »

Ce colloque international en droit et économie maritimes, qui s'est tenu les 2-3 juillet 2015 à Brest, clôture la série de travaux sur la propriété et complète la réflexion qui y fut menée par l'apport, d'une part, de la comparaison entre ressources halieutiques et ressources en eau (en France, en Australie) et, d'autre part, du droit et de l'économie des activités aquacoles au Canada.

Présentation du Hors-série « La propriété à l'épreuve de la mer »

La mer a été prise par les contributeurs de ce numéro hors-série pour ce qu'elle fut de tous temps, une route pour les navires et un lieu d'activités humaines telles que la capture, l'extraction, ou encore l'aquaculture, qu'il faudrait pérenniser. Elle est aussi considérée comme un espace inhospitalier pour les hommes et les biens qu'ils y engagent aux fins de circulation ou de production.

La propriété peut être mise à l'épreuve de la mer car cette institution juridique majeure est une invention, une abstraction conçue originellement pour des besoins terrestres. La notion ne fut pas de tous temps acquise, même à terre. Il y eut différentes conceptions de la propriété avant l'avènement de son état actuel en droit, notamment en droit français où elle est un droit subjectif, ancré dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le code napoléonien de 1804. Cette conception juridique est advenue dans une période, les XVII^{e} et XVIII^{e} siècles, où Grotius (1583-1645), Pufendorf (1632-1694), Wolff (1679-1754), théoriciens du droit naturel moderne[6], sont avec les philosophes anglais, dont Locke (1632-1704), intéressés par une explication de la formation de la propriété privée à partir de l'état de nature. Elle advient à la suite d'autres conceptions qui l'ont précédée depuis la Rome antique. A cette époque l'on distinguait le *dominium* (une puissance et non un droit) de la *proprietas* (une capacité de la chose à être propre à une personne). Plus tard vint la synthèse du droit romain et du droit canonique qui se caractérisait par la limitation de la jouissance des biens propres[7].

Quoiqu'il en soit de cette évolution conceptuelle, cette propriété juridique est privée. La propriété étudiée à l'épreuve de la mer par des juristes et des économistes ne peut pas être réduite à cette conception de la propriété privée. D'une part, parce que la mer n'est pas (pas encore), au contraire de larges pans des parties terrestres de la planète, divisées en propriétés privées. Cela donne à penser aux juristes. D'autre part, parce que l'économiste étudiant les activités pratiquées en mer sous l'angle de la propriété le fait en considérant des droits de propriété (il faut remarquer le pluriel) dont la nature importe peu pourvu que soient rendues possibles, de manière efficace, l'exploitation et la conservation des ressources.

[6] Selon la classification de Villey (1914-1988) qui a opposé l'Ecole classique du droit naturel, représentée par Aristote (384-322) et Saint Thomas d'Aquin (1224 ou 1225-1277), à l'Ecole du droit naturel moderne (Villey 1975).

[7] Le penseur emblématique de cette synthèse fut Saint Thomas d'Aquin, qui dit « l'homme ne doit pas posséder les biens comme s'ils lui étaient propres, mais comme étant à tous, en ce sens qu'il doit être tout disposé à en faire part aux nécessiteux ».

Dans les pages qui suivent, le philosophe[8], l'économiste[9] et la juriste[10] nous présentent tout d'abord des études du concept de propriété, appliqué au domaine marin. On s'emploie ensuite à définir les ressources[11], dont l'appropriation est souvent considérée comme un préalable à l'activité. On observe que le recours au(x) droit(s) de propriété comme moyen de régulation des activités économiques pose des problèmes particuliers dans le cas de l'exploitation de ressources « fugaces », telles que l'eau et les poissons[12]. L'évolution historique du statut juridique de l'eau est présentée pour illustration de cette question[13], puis les mécanismes de gestion de l'eau en France sont décrits et analysés[14]. Les études s'orientent enfin vers les activités maritimes et l'utilisation qu'elles font de la propriété : exploitation des navires (comparaison des droits allemand, français et anglais)[15] ; pêche, en Islande[16] puis en France[17] ; aquaculture au Canada[18] et, plus spécifiquement, élevage du saumon au Nouveau-Brunswick[19]. Une synthèse des travaux sous l'angle du droit public, la mer oblige, est présentée en forme de conclusion car c'est depuis le droit public, cette discipline *so French*, que la propriété est mise à l'épreuve théorique de la mer[20].

Remerciements

Les travaux de SeQueDEM n'auraient pas pu être menés sans l'adhésion des chercheurs d'AMURE. Merci à toutes les amuriennes et à tous les amuriens qui ont contribué aux séminaires, et en particulier à Olivier Curtil, qui participa aussi à leur animation.

Le colloque n'aurait pas pu être organisé sans Séverine Julien et Nicolas Roncin, qui accompagnent nos actes de recherche et œuvrent à nos côtés à longueur d'année universitaire. Merci à tous les deux pour leur aide si importante à la réalisation de cette manifestation scientifique.

Les organisateurs du colloque remercient également tous les contributeurs qui ont participé à la rédaction de ce numéro hors-série, ainsi que les institutions qui ont apporté leur soutien financier à l'organisation de cette manifestation scientifique et à sa publication : Brest Métropole, Conseil Départemental du Finistère, Faculté de droit, économie, gestion et AES de l'Université de Bretagne Occidentale, Institut universitaire européen de la mer, Labex Mer, Région Bretagne, Université de Bretagne Occidentale.

Références citées

Alland D. et Rials (dir.) (1983) *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF.

[8] Patrice Poingt, *Mer et propriété : problèmes conceptuels*.
[9] Jean Boncoeur, *Des enclosures aux quotas individuels transférables.*
[10] Véronique Labrot, *La propriété sous l'angle circonspect du droit international public*.
[11] Olivier Thébaud, *Le rôle des institutions dans la définition économique de la notion de ressource : l'exemple des ressources marines vivantes*.
[12] R. Quentin Grafton, *Droits de propriété et ressources communes : cas de la pêche et des prélèvements d'eau douce*.
[13] Franck Duhautoy, *Statut juridique de l'eau, vers un dépassement de la dichotomie chose commune / bien ?*
[14] Jean-Daniel Rinaudo, *De la propriété privée à la gestion collective : évolution de la politique de gestion de l'eau souterraine en France.*
[15] Sarah F. Gahlen, *L'étendue de la propriété des navires – un point de vue comparatiste*.
[16] Thorolfur Mathiasson, *Quotas individuels transférables, répartition de la rente et communautés locales : l'expérience islandaise*.
[17] Olivier Curtil, *Vers une patrimonialisation des droits de pêche*.
[18] Meinhard Doelle et Phillip M. Saunders, *La gouvernance de l'aquaculture au Canada : une mosaïque d'approche*s.
[19] James R. Wilson et Thierry Chopin, *Changement des règles, évolution des droits de propriété et organisation industrielle : le cas de l'élevage du saumon au Nouveau-Brunswick*.
[20] Annie Cudennec, *La propriété en droit public de la mer*.

Cornu G. (1987) *Vocabulaire juridique*, 11e édition mise à jour 2016, Quadrige, PUF.

Frison-Roche A.-M. et Bonfils S. (2005) *Les grandes questions du droit économique,* Quadrige, PUF.

Oppetit B. (1992) « Droit et économie », *Archives de philosophie du droit*, tome 37, Sirey, p. 17-26.

Savatier R. (1959) *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 2ème série, L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques, Dalloz.

Villey M. (1975) *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, réédition 2003, Quadrige, PUF.

Première partie

En mer, quelle(s) propriété(s) ?

Mer et propriété : problèmes conceptuels

Patrice Poingt
Professeur agrégé de philosophie
patrice.poingt@orange.fr

Résumé

Dans une approche historique d'abord, cette contribution présente les conceptions de la propriété sur les plans philosophique et juridique. Elle explore ensuite la question de l'appropriation de la mer qui est liée à l'évolution de son statut. Elle observe que la mer est aujourd'hui gagnée par l'idéologie propriétaire des Etats. En conclusion, elle constate que cette évolution provoque, en réaction, un retour aux communs qui touche d'autres objets tels que la propriété intellectuelle et les ressources naturelles.

Abstract

Making use of a historical approach, we first present some philosophical and legal concepts related to the notion of ownership. Then, we explore the question of the appropriation of the sea, which is related to the evolution of its status. This status is nowadays influenced by the ideology of State ownership. In response to this evolution, we note a rehabilitation of the notion of "commons", a phenomenon also affecting such matters as intellectual property and natural resources.

Mots-clés

Philosophie, droit individuel de propriété, droit de la mer, appropriation, communs.

Keywords

Philosophy, individual ownership rights, law of the sea, appropriation, commons.

Introduction

Le statut de la mer en tension

Peut-on s'approprier la mer ? Le droit romain qui a longtemps servi de boussole aux juristes européens répondait assez clairement à cette question en faisant de la mer une *res nullius humani juris* (Renaut 2004), c'est-à-dire une chose n'appartenant à personne d'après le droit humain. Dans un monde où la propriété foncière est une valeur essentielle, c'est la terre qui sert de référence : une masse liquide ne peut se comparer à une masse solide parce qu'elle ne peut être ni maîtrisée, ni mesurée, ni travaillée. La mer est donc soustraite à toute forme d'appropriation par des individus ou des Etats, elle est commune à tous. Ce principe sera réaffirmé au XVII° siècle par le juriste hollandais Grotius dans sa défense de la liberté des mers (*Mare liberum*, 1609) contre les prétentions hégémoniques des Portugais, des Espagnols

puis des Anglais. Et c'est ce même principe qui s'est progressivement imposé au long du XIX° siècle et au début du XX°.

On pourrait cependant considérer que l'adversaire théorique de Grotius, l'Anglais John Selden (*Mare clausum*, 1635) qui affirmait que les espaces maritimes étaient autant susceptibles d'appropriation que les territoires terrestres[1], a gagné une victoire posthume : de la conférence de Genève de 1958 sur le droit de la mer à la convention de Montego Bay[2] (1982) dont l'entrée en vigueur date de 1994, la libre circulation est de plus en plus réduite. On estime que la haute mer qui respecte la liberté de navigation ne représente plus que les deux tiers de la surface maritime. Cependant, celle-ci n'est plus une *res nullius*, mais un bien commun : ce n'est pas "à personne" qu'elle appartient, mais bien à tous en tant qu'elle constitue un "intérêt pour l'humanité tout entière". Cette idée de bien commun s'oppose à l'appropriation privée ou étatique en ce qui concerne des ressources dont le partage équitable apparaît comme légitime. Il s'agit des réserves halieutiques dont on a pris conscience qu'elles n'étaient pas illimitées ainsi que des ressources des fonds marins.

Le statut de la mer est donc en tension entre d'un côté une volonté de se l'approprier de la part des Etats, et de l'autre la revendication de la considérer comme patrimoine collectif.

Problème de la légitimité de l'appropriation

Cette tension est aussi liée à la difficulté de statuer sur la question de la légitimité de l'appropriation elle-même. Qu'est-ce qu'une propriété ? Qu'est-ce qu'être propriétaire ? Quels types de choses sont susceptibles d'appropriation ? Voilà des enjeux délicats qui sont autant de préalables à la question des rapports entre mer et propriété. Questions d'autant plus difficiles que les réponses varient en fonction des traditions juridiques dont sont issus les différents acteurs qui élaborent le droit international. De fait, deux courants paraissent s'opposer : la conception exclusiviste qui s'impose comme idéologie à partir du XVIII° siècle et qui est dominante aujourd'hui, et une conception très contemporaine mais qui renoue avec une pratique traditionnelle, celle des faisceaux de droits (*bundles of rights*), qui s'efforce de repenser ce que l'on nomme les communs.

Il nous faut donc approfondir d'abord ces conceptions de la propriété, comprendre quelles visions du monde les sous-tendent, avant de voir, dans ces relations complexes entre mer et propriété, qui est à l'épreuve de qui : la propriété à l'épreuve de la mer ou la mer à l'épreuve de la propriété ?

1. Evolution du concept de propriété

La conception exclusiviste de la propriété, telle qu'elle apparaît dans l'article 544 du code civil français[3] est emblématique de cette conception que le théoricien politique canadien C.B. Macpherson (1971) appelle l'individualisme possessif et dont il retrace la radicalité de Hobbes à Locke. Cette idéologie propriétaire est souvent présentée comme un retour à la conception romaine de la propriété. Toutefois, si elle en reprend bien les mots, elle renvoie à une vision du monde très différente.

[1] On peut trouver l'intégralité de l'exposé de l'argumentaire de Grotius et Selden par le spécialiste du droit des gens (droit international) Eugène Cauchy dans un article publié en 1862 dans la Revue Maritime (Texte en PDF : www.ifmer.org/assets/documents/files/documents_imf/SeldenversusGrotius.PDF).

[2] La version française du texte de la convention est disponible en ligne : ww.un.org/depts/los/convention_agreements/texts//unclos/unclos_f.pdf

[3] "La propriété est 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".

Il est toujours difficile de distinguer ruptures et continuité dans un continuum historique. Il est facile d'invoquer des changements d'époques mais le risque est celui de l'illusion rétrospective.

La redécouverte du droit romain par quelques grands juristes italiens dès la fin du XI° siècle va remodeler progressivement en France le droit coutumier. Or, la logique du droit romain n'est pas compatible avec la logique du droit coutumier. Cet affrontement va durer du Moyen-âge à la Révolution. Par ailleurs, dans la première moitié du XVII° siècle, la philosophie politique avec Hobbes, la science physique avec Galilée, la métaphysique avec Descartes connaissent une révolution dont les prémisses peuvent se lire au siècle précédent dans les travaux de l'école de Padoue. On voit la lenteur du travail de sape des conceptions traditionnelles tant au niveau juridique que scientifique et philosophique. Quand des noms émergent soudainement qui s'autoproclament fondateurs (Hobbes et Descartes), il faut savoir mesurer la lente évolution des conceptions du monde qui en constituent le soubassement.

1.1 L'impératif cartésien

Descartes radicalise le dualisme matière / esprit. La nature n'est plus cet ordre finalisé dans lequel l'homme avait sa place, elle est un milieu matériel constitué de processus physico-chimiques. Elle est pure étendue géométrique entièrement connaissable parce qu'elle est écrite en langage mathématique (Galilée). Elle est objet de connaissance et de conquête et Descartes peut affirmer que l'homme doit en devenir "comme maître et possesseur"[4]. L'idée de possession est liée à la maîtrise scientifique et technique, et elle se fonde sur ce nouveau statut ontologique de la nature considérée comme pure matière. Le sujet pensant qui ouvre la modernité est dans un rapport inverse au sage de l'antiquité : il ne cherche pas sa juste place dans la nature, c'est la nature qui a une place dans le monde de l'homme.

On voit que l'importance de la propriété pour un Romain ne peut avoir le même sens que pour un Moderne alors même qu'il prétend retrouver dans le droit romain la rationalité de sa propre conception. On a beau lier le droit romain à la métaphysique stoïcienne qui distingue corporels et incorporels et en repérer les influences dans la morale de Descartes, le rapport de l'individu à son monde n'est plus le même.

Cependant, l'impératif cartésien de possession de la nature ne légitime pas la propriété. Et tout l'effort des théoriciens politiques de Hobbes à Locke va résider dans cette légitimation. Comment l'appropriation comme fait (possession) peut-elle être légitimée comme droit (propriété) ?

1.2 Droit naturel et propriété

L'idée de ces philosophes du contrat est que la société est précédée par un état de nature. Cette hypothèse méthodologique est à comprendre comme l'état dans lequel seraient les hommes s'ils n'avaient pas de lois pour réguler leurs conduites ni de puissance coercitive (des Etats) pour assurer le respect de ces lois. Si la description de cette situation prépolitique diverge du tout au tout entre Hobbes et Locke, ceux-ci n'en partagent pas moins l'idée d'un point de départ identique : "au commencement", la terre est commune à tous les hommes et il n'y a pas de distinction entre le mien et le tien. Pour Hobbes (1982, p. 73), il existe "un droit général de tous sur toutes choses" qui fait que chacun est entièrement habilité à s'approprier ce qui lui semble légitime. Ce droit naturel, qui présuppose l'égalité entre les individus à l'état de nature, entraîne évidemment un état de guerre auquel seul le Contrat pourra mettre fin en instituant

[4] Il ne s'agit pas, pour Descartes, de légitimer une quelconque propriété au sens légal du terme, mais bien une appropriation technique bénéfique à l'humanité tout entière (*Discours de la méthode*, sixième partie, 1637).

un pouvoir qui instaurera la réalité légale de l'appropriation en fonction de la finalité essentielle : la sécurité.

Ce droit originaire à la possession de la terre est formulé en des termes assez différents chez Locke (1984, p. 194) mais renferme la même idée : "Dieu a donné en commun la terre aux hommes". Mais l'originalité de Locke est de ne pas assimiler légitimité et légalité : il existe une légitimité de l'appropriation privée dès l'état de nature, c'est-à-dire une possibilité de s'accaparer une "portion de ce que Dieu a donné en commun" "sans aucun accord formel" relevant d'un consentement commun. Cette possibilité est conférée par le travail. En effet, est commun aux hommes ce que la nature a produit "*seule*", mais ce que l'individu modifie de la nature peut être légitimement considéré comme ce qui lui revient en propre. Dès lors, le gouvernement civil n'aura pour unique fin que de protéger une possession que Locke qualifie déjà de "property".

On considère généralement que c'est Locke et non pas Hobbes le fondateur de l'idée moderne de propriété. Hobbes serait en effet trop "contractualiste" pour l'idéologie propriétaire[5]. Mais dans les deux cas, l'appropriation se doit d'être justifiée rationnellement. Il n'y a pas d'a priori dogmatique qui ferait de la propriété un principe sur lequel on ne puisse revenir. Toutefois, le sens que Locke donne au terme de propriété est très large puisqu'il inclut la vie, la liberté et les biens propres[6]. En ce sens, l'individu est aussi "propriétaire" de son corps au sens où personne d'autre que lui n'est légitimé à décider quoique ce soit le concernant à sa place. On voit ici le fondement de la conception de la liberté souveraineté telle qu'elle sera développée par J. Stuart Mill et telle qu'elle s'impose aujourd'hui.

1.3 L'absolutisation de la propriété

On pourrait considérer qu'il y a un passage de cette conception de la propriété de soi à l'incarnation de cette possession dans une réalité matérielle et extérieure. Ce passage est l'affirmation de la liberté comprise comme indépendance. Contre toute forme de subordination à l'égard d'autrui et d'un pouvoir en général, la liberté individuelle s'affirme comme volonté. Mais cette volonté n'existe vraiment que parce qu'elle s'inscrit dans le monde. Le terme même de propriété désigne le propre en tant que soi-même : c'est le sujet qui s'objective dans les choses. La propriété donne alors une assise, une stabilité, une matérialité à la volonté libre dont elle est l'incarnation extérieure.

La Révolution française va sacraliser cette conception de la propriété comme incarnation de la liberté. Mais il est clair que cet aboutissement juridique n'est pas proprement français. Il trouve simplement en France une forme de radicalité. Contre l'absolutisme du pouvoir despotique d'ancien régime, le renversement s'opère : c'est le citoyen propriétaire qui devient un despote sur son propre territoire. Son droit est absolu. Il est même plus puisqu'il s'exerce "de la manière *la plus* absolue" - si tant est qu'on puisse concevoir logiquement et grammaticalement des degrés dans l'absolu. Les trois modalités de la propriété du droit romain, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* se trouvent réunies dans la définition du code civil. Et si la déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclame le caractère sacré des droits

[5] Il est à noter, cependant, que l'héritage de la conception lockéenne a suscité les interprétations les plus contradictoires : les socialistes français du XIX° siècle y ont vu "le principe de régulation de la propriété par le besoin", alors qu'à l'inverse, le XXème siècle a "successivement tenu Locke pour le théoricien de la propriété privée limitée, puis, plus près de nous, pour celui de la propriété privée illimitée" (Tully, 1992, p. 15).

[6] "his property – that is, his life, liberty, and estate", § 87, p. 48, *The Second Treatise of Government*, John Locke, Bobbs-Merrill. Egalement § 123, p. 71 "for the mutual preservation of their lives, liberties and estates, wich I call by the general name 'property'."

naturels (préambule), il en est un parmi les quatre mentionnés (art. 2) qui est plus sacré que les autres puisque le qualificatif est réitéré, et c'est la propriété (art. 17).

On peut comprendre cette absolutisation de la propriété par le renversement de valeurs opéré par la Révolution. On oppose clairement l'espace au temps. Alors que les valeurs aristocratiques se réalisent dans la lignée et que la prééminence du nom est d'autant plus grande que la lignée remonte la généalogie au plus loin, les valeurs bourgeoises font table rase de la dimension temporelle rétrospective pour se projeter dans la substantialité de l'espace : c'est l'accumulation des biens fonciers et non plus l'accumulation des générations qui prévaut. La terre est alors un fonds exploitable et le travail producteur de richesses. L'individualisme possessif repose sur cette représentation rationnelle de l'espace comme projection de soi, inscription de son être et de sa liberté comme volonté. Ce n'est plus la propriété comme lieu d'accueil (chacun sa place), mais la terre comme espace de conquête pour l'individu.

1.4 L'idée de communs

Cette conception de la propriété est plus idéologique que réelle. Les limites inévitables d'un droit de propriété qui ne pouvait se maintenir comme absolu sont très rapidement apparues. Par ailleurs les critiques de l'exclusivisme se sont fait entendre dès le début du XXème siècle en France avec Léon Duguit, et plus récemment, grâce à l'école du réalisme juridique et la politologue américaine, prix Nobel d'économie 2009, Elinor Ostrom.

Le caractère absolu du droit de propriété avait pour corollaire l'irresponsabilité du propriétaire, ce qui, très vite, s'est révélé intenable. Il n'est pas besoin de lire Kant pour savoir que la liberté n'existe que dans les limites de la coexistence des libertés d'après une loi. De même, la propriété ne se maintient que dans les limites de la coexistence des propriétés c'est-à-dire de la paix entre voisins propriétaires.

Le droit de propriété aujourd'hui en France est très éloigné de l'idéologie libérale du XIX° siècle. Se rapproche-t-elle pour autant du système des saisines du Moyen-âge ? C'est la thèse d'Anne-Marie Patault (2003, p. 1258) qui souligne cette tension du droit français entre deux cultures juridiques de la propriété, "l'une organisée sur la solidarité, l'autre sur la liberté". L'organisation juridique d'une copropriété "a repris sans le savoir, écrit-elle, l'esprit de la construction coutumière" basée sur les utilités.

Or, cette tension n'est pas propre à la tradition française. Aux Etats-Unis, on assiste d'un côté à un durcissement des droits privés exclusifs depuis trois décennies[7] qui marque le triomphe de l'idéologie propriétaire, et de l'autre, "le grand retour des communs" (Coriat 2015, p. 10) qui annoncerait la reprise d'une philosophie de "l'inclusion".

Que sont les communs ? Les communs relèveraient "d'une troisième voie entre propriété publique et propriété privée, entre Etat et marché"[8]. Ils supposent l'existence de "ressources collectivement gouvernées dans le but de permettre un accès partagé aux biens dont ils sont l'objet" (Coriat 2015, p. 13). Une nouvelle conception de la propriété émerge alors définie comme faisceau de droits (bundle of rights) qui sont comme autant de pouvoirs hiérarchiquement structurés (droit d'accès à la ressource, droit de prélèvement, et, à un niveau supérieur, droit de gestion, droit d'exclure, droit d'aliéner).

Les modèles de constructions de ces communs sont à chercher du côté d'internet et, par exemple, des logiciels libres, du côté des plateformes permettant l'auto-partage des biens les

[7] Dans son arrêt du 16 juin 1980 dit "arrêt Chakrabarty", la Cour suprême autorise la brevetabilité du vivant. (Coriat 2015, p. 7).
[8] Orsi, Fabienne, *Revisiter la propriété pour construire les communs* (in Coriat 2015).

plus divers, et également du côté des ressources naturelles rares qui nécessitent une gestion collective. Ces ressources sont des biens communs, des biens partagés, et le problème de leur préservation se pose afin d'éviter une exploitation excessive. "La formation d'un commun repose sur la construction d'un système institutionnel et d'un système de gouvernement"[9]. Cette nouvelle forme de propriété conçue comme commune induit des comportements et des valeurs différents qui s'opposent aux comportements calculateurs et égoïstes (Coriat 2015 p. 82).

La mer en tant que ressource commune se prête aussi bien à l'appropriation exclusiviste qu'à l'élaboration de communs. Le paradigme de la propriété dès le droit romain est la terre. L'immeuble est l'immobile, il est ce qui ne se meut pas et ne peut être déplacé. La mer, elle, se meut toujours. Pourtant, elle est aujourd'hui gagnée par l'idéologie propriétaire des Etats. Y a-t-il une évolution comparable à celle que l'on constate en France par exemple mais à l'échelle mondiale ? La propriété exclusive a-telle atteint sa limite soutenable ?

2. Evolution du statut de la mer

La controverse entre mer libre (*mare liberum*) et mer fermée (*mare clausum*) se jouait à deux niveaux : au niveau des principes et au niveau du rapport de forces. C'était les principes qui avaient pour fin de légitimer le rapport de forces et non le rapport de forces qui permettait l'exécution des principes. Grotius vint au secours théorique de l'Etat hollandais qui avait besoin de la liberté des mers pour pérenniser son commerce d'épices et Selden, à la suite du Portugais Freitas, professeur de droit à l'université de Valladolid, défendit les intérêts des Portugais et des Espagnols puis des Anglais. Mais à quoi bon les principes si c'est la force qui régule le système, sinon, comme le prétend Rousseau parce que la force a toujours besoin du droit pour se pérenniser[10] ?

2.1 La mer : de l'étendue mesurable au fonds exploitable

Un des arguments de Grotius pour justifier la liberté des mers réside dans la différence entre la terre et la mer : la haute mer n'est pas susceptible de maîtrise humaine comme l'est la terre. Or, nous avons vu que l'appropriation individuelle a procédé d'un double mouvement de rationalisation : d'une part renaissance érudite du droit romain compris comme construction rationnelle et opposé aux pratiques juridiques traditionnelles, et, d'autre part, mathématisation de la nature opérée conjointement au XVII° siècle par Galilée et Descartes. Mais la mer échappe à ce processus de rationalisation faute de cette capacité de s'en rendre "comme maître et possesseur" - même si cet argument était déjà partiellement contesté par Selden qui arguait que la mer étant délimitée par le littoral n'est pas cette masse soustraite à toute mesure.

Si l'objection paraissait quelque peu sophistique à l'époque, elle l'est de moins en moins à partir du milieu du XX° siècle, et elle ne l'est plus du tout aujourd'hui. La mer est mesurée, cartographiée, les courants sont connus et modélisés, les ressources halieutiques sont quantifiées, le déplacement des bancs de poissons est prédictible et peut être suivi, les réserves du sous-sol de mieux en mieux identifiées, le transport maritime, les bateaux de pêche, les déplacements militaires sont surveillés par GPS. En un mot, l'appropriation par la connaissance a atteint le degré de précision de la connaissance terrestre. L'étape qui suit est celle que décrit Heidegger (1958) dans *la question de la technique* : tout ce qui est doit être envisagé sur le mode de "l'arraisonnement" (das Gestell), au sens où la nature est un fonds, un

[9] Weinstein, O., *Comment se construisent les communs : questions à partir d'Ostrom* (in Coriat 2015).
[10] "Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir", Rousseau, Du Contrat social, I,3 [1762].

stock d'énergies, de matières premières, de forces qu'il s'agit de gérer, d'exploiter, de rentabiliser. Les exemples de Heidegger sont terrestres : le Rhin devient source d'énergie hydro-électrique, la forêt stock de pâte à papier ou de matière première pour l'industrie de l'ameublement ou pour l'industrie du tourisme. La valeur unique est l'utilité et la seule question qui vaille est : à quoi ça peut servir ? La mer entre aujourd'hui dans ce processus. Elle est ce stock qu'il faut rentabiliser. Il ne s'agit donc plus d'une simple maîtrise des flux comme à l'époque de Selden. La maîtrise en question est bien celle d'un fonds rentabilisable. Il n'y a plus de différence notable entre la terre et la mer : l'enjeu est le même. C'est pourquoi un des sujets majeurs de discussion aujourd'hui est celui du plateau continental. Le concept est clair : le plateau est l'extension d'un territoire terrestre qui se trouve être immergé, mais dont l'immersion est secondaire et ne relève que d'un problème technique. La mer n'existe plus comme telle. Elle devient propriété légitime des Etats puisqu'elle est la continuité physique du territoire émergé.

La question est évidemment nocive puisqu'elle fait resurgir l'idée aussi spécieuse que pernicieuse de frontière naturelle. Appliquée à la mer, c'est donc la limite naturelle du plateau continental qui fait frontière. Mais comme le naturel relève toujours aussi du contractuel : on distingue plateau continental juridique (pour les pays qui n'ont pas de plateau...) et plateau continental naturel - dont la limite extrême est, bien entendu, conventionnelle.

2.2 Propriété étatique et patrimoine de l'humanité

Nous savons que l'idée de "frontière naturelle" était traditionnellement un alibi expansionniste et donc de nature politique. Mais elle cherche une légitimité à la même source que l'appropriation individuelle : le droit naturel. Ce qui s'opère alors, c'est un transfert argumentatif assez classique : le raisonnement mobilisé au niveau individuel est réutilisé tel quel au niveau collectif. C'est ainsi que le droit naturel à la liberté pour chaque individu devient le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et pire, de sinistre mémoire, l'appropriation nécessaire d'un espace individuel devient le concept d'espace vital.

C'est Kant (1999, Septième proposition) qui a théorisé ce qu'il appelle le passage du politique au cosmopolitique (weltbürgerlich). L'argumentation est la suivante : comme les individus passent de l'état de nature à l'état de société grâce à un contrat, les nations font de même et établissent une société des nations (Völkerbund). Kant pense accomplir la séquence Hobbes/Locke/Rousseau en retravaillant leur anthropologie : la nature humaine possède cette double tendance à l'insociabilité et à la sociabilité - la première le pousse à l'appropriation égoïste alors que la seconde l'oriente vers des solutions rationnelles de compromis. On retrouve bien les tensions internes au contractualisme, mais qui auraient pour origine des penchants naturels que chaque philosophe aurait isolé et radicalisé. La contradiction n'est pas tant entre les philosophes qu'à l'intérieur de l'homme même. L'idée que la recherche du profit génère une dynamique concurrentielle paraît à Kant pertinente et nécessaire quoique immorale, mais cette insociabilité n'en représente pas moins un risque d'explosion du corps social. La "main invisible" ne peut pas tout. Ou plutôt, elle contraint à la recherche de solutions rationnelles et contractuelles d'entente. Cette même dynamique devient une concurrence internationale, et au pire, l'insociabilité entre les nations se traduit par la guerre. La guerre, c'est l'état de nature de Hobbes. Kant imagine alors la nécessité d'une institution internationale qui canalise, arbitre, prévient et évite les conflits.

Il est clair que la mer est au cœur de ces contradictions et nécessite un arbitrage international. Et cet arbitrage doit énoncer des règles entérinant d'une part l'inévitable soif d'appropriation étatique, définissant d'autre part un cadre régulant ce qui est à la fois inappropriable et à l'usage de tous, et isolant enfin un bien commun patrimoine de l'humanité destiné à être protégé.

Toutefois, le schéma argumentatif légitimant l'appropriation étatique sur le modèle du contrat social entre citoyens est faussement évident. Si les philosophies contractualistes se sont efforcées de définir ce qu'est une propriété légitime et d'en repérer les bornes raisonnables, il s'agissait bien de propriété individuelle, c'est-à-dire de la part revenant à chaque citoyen contractant.

Le problème de l'appropriation étatique est qu'elle n'est pas nécessairement une propriété publique : un Etat peut tout à fait transférer ses propriétés ou droits d'exploitation à des personnes privées. Par conséquent, dans les négociations internationales, il ne s'agit pas d'arbitrer entre les intérêts des différentes nations, mais entre des Etats qui représentent leur peuple et d'autres qui sont les porte-parole d'intérêts particuliers privés - la distinction entre les deux n'étant d'ailleurs pas toujours claire.

Ce sont alors les institutions internationales qui se font les véritables défenseurs de communs compris comme patrimoine de l'humanité. La difficulté est alors propre à ces organismes supranationaux qui peinent à trouver les moyens de faire respecter les règles qui devraient être à l'avantage de tous. C'est ainsi que l'ONU a créé l'Autorité internationale des fonds marins (ISA pour International Seabed Authority) dont font partie 155 pays et qui a compétence pour contrôler toutes les activités liées aux ressources minérales des fonds marins. Mais faute d'une ratification par les Etats-Unis, l'organisme a des difficultés à faire valoir ses compétences. Toutefois, aussi difficile que soit la mise en place effective d'une telle autorité, il n'y a guère actuellement d'alternative possible : seule une institution internationale possède la légitimité nécessaire pour gérer des communs.

Conclusion

Si l'individualisme possessif demeure idéologiquement dominant, il s'est largement infléchi. La propriété libérale du XIX° siècle, exclusive, perpétuelle et individuelle a laissé place, en France, a un droit de propriété qui s'exerce "sous la contrainte de la puissance publique et dans l'intérêt de la collectivité" (Renaut 2004, p. 118). Cette évolution est inévitable dans les sociétés urbaines démocratiques. Mais il s'agit de la propriété foncière. Par un mouvement de déterritorialisation / reterritorialisation - pour emprunter le vocabulaire de Deleuze - l'appropriation s'est désinvestie de la propriété foncière pour s'investir dans la propriété intellectuelle : est breveté tout ce qui est brevetable, c'est-à-dire tout ce qui relève de l'artéfact. Entrent dans ce domaine les molécules thérapeutiques, les semences, mais également les découvertes scientifiques et par suite, tout ce qui relève de la connaissance : le vivant et le génome humain pour autant que les découvertes concernées appartiennent à tel ou tel laboratoire (Coriat 2015, p. 8-9). Cet hubris de l'idéologie propriétaire a déclenché une réaction de retour aux communs qui touche la propriété intellectuelle et les ressources naturelles.

La mer en tant qu'objet d'appropriation semble aujourd'hui également atteinte par une forme d'hubris de l'idéologie propriétaire mais au niveau des Etats. Certes, ce mouvement d'appropriation est contrôlé par les instances internationales et obéit à des règles adoptées de façon collective ; peut-être faut-il également s'en féliciter si on imagine que les Etats sont plus respectueux de leur propre environnement et plus à même de le faire respecter. Mais on peut espérer également que le rétrécissement de la planète et sa surveillance de plus en plus précise conduise à la nécessité de prendre en charge la mer considérée comme patrimoine collectif.

Bibliographie

Coriat B. (dir.), *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire*, Les liens qui Libèrent, 2015.

Dagognet F., *Philosophie de la propriété*, Paris, PUF, 1992.

Heidegger M., "La question de la technique", in *Essais et conférences*, Paris, Gallimard, 1958.

Hobbes T., *Le citoyen ou les fondements de la politique* [1642], Paris, Flammarion (GF), 1982.

Kant E., "Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique" [1784], in *Kant, Histoire et politique*, Introduit et annoté par Monique Castillo, Paris, Vrin, 1999.

Locke John, *Traité du gouvernement civil* [1690], Paris, Flammarion (GF), 1984.

Macpherson Crawford Brough, *La théorie politique de l'individualisme possessif* [1962], Paris, Gallimard (folio essais), 1971.

Patault A.-M., article "Droit de propriété", in *Dictionnaire de la culture juridique*, Alland D. et Rials S. (dir.), Lamy / PUF, 2003.

Renaut M.-H., *Histoire du droit de la propriété*, Paris, Ellipses, 2004.

Tully J., *Locke, Droit naturel et propriété*, Paris, PUF, 1992.

Des enclosures aux quotas individuels transférables

Jean Boncoeur

Professeur d'économie
UMR 6308 AMURE, Université de Bretagne Occidentale
jean.boncoeur@univ-brest.fr

Résumé

Cette contribution s'intéresse à l'usage croissant qui est fait de la notion de droit de propriété dans la gestion des ressources marines vivantes. Dans un premier temps, on montre que l'inadéquation des régimes de régulation de l'accès est une cause importante de surexploitation de ces ressources, et que la prise de conscience de cet enchaînement induit des réformes faisant une place importante, mais non dénuée d'ambiguïté, au concept de propriété. On se tourne ensuite vers les interprétations de ce concept proposées par deux auteurs anciens, Locke et Fichte. Théoricien du « droit naturel », Locke analyse le phénomène des enclosures dans des termes présentant une forte analogie avec les réformes en cours dans le secteur des pêches. Fichte propose quant à lui une vision originale du droit de propriété, préfigurant les conceptions modernes servant de fondement doctrinal aux systèmes de régulation de l'accès à base de droits individuels transférables. En conclusion, on questionne l'assimilation souvent faite entre ces systèmes et une supposée « privatisation des ressources ».

Abstract

This paper deals with the increased use of the concept of "property right" in the management of marine living resources. First, we show that the inadequacy of systems intended to regulate the access to these resources is a frequent cause of overexploitation, and that growing consciousness of this phenomenon induces reforms giving an important, though ambiguous role to the concept of "property right". We then consider the theories of property rights developed by two ancient authors, Locke and Fichte. We show that Locke's analysis of the enclosures movement, in the light of his theory of "natural law", has strong analogies with on-going reforms in the field of fisheries management. We also show that the theory developed by Fichte, considering property rights as exclusive rights to act rather than exclusive rights on things, anticipates modern conceptions that are regarded as the theoretical foundation of so-called "rights based systems". As a conclusion, we question the frequent tendency to class these systems as a form of "privatization of resources".

Mots-clés

Ressources communes, propriété privée, surexploitation, régulation de l'accès, systèmes à base de droits.

Keywords

Common-pool resources, private ownership, overfishing, access regulation, rights-based systems.

> « Le monde se trouve aujourd'hui dans une impatience extraordinaire d'un diagnostic mieux fondé ; plus que jamais il est prêt à l'accepter et désireux de l'éprouver, même s'il n'est que plausible. Abstraction faite de cette disposition d'esprit particulière à l'époque, les idées, justes ou fausses, des philosophes de l'économie et de la politique ont plus d'importance qu'on ne le pense en général. À vrai dire le monde est presque exclusivement mené par elles. Les hommes d'action qui se croient parfaitement affranchis des influences doctrinales sont d'ordinaire les esclaves de quelque économiste passé. »
>
> John Maynard Keynes, *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, 1936 (chap.24, extrait)

Introduction

Cette contribution porte un regard rétrospectif sur l'approche économique du droit de propriété. Plus précisément, son objet est de faire appel à quelques théories économiques du passé pour mettre en perspective le recours, largement constaté de nos jours, à la notion de droit de propriété dans la gestion des ressources marines vivantes.

Dans un premier temps, nous présenterons de façon synthétique les grandes tendances actuelles de cette gestion et nous chercherons à cerner la place croissante, mais ambiguë, qu'y tient le droit de propriété.

Puis, délaissant temporairement la mer, les navires et les poissons, nous nous intéresserons à la façon dont d'anciens auteurs ont appréhendé ce concept juridique en vue de construire leur représentation de l'organisation économique de la société. Deux d'entre eux, plus connus comme philosophes que comme économistes, seront privilégiés dans cette rétrospective rapide : l'anglais John Locke (1632-1704) et l'allemand Johann Gottlieb Fichte (1762-1814).

Enfin, nous nous efforcerons de mettre en évidence certaines correspondances entre les thèses développées par ces auteurs du passé et une partie des questionnements contemporains sur la gestion des ressources marines vivantes.

Le droit de propriété appliqué à la gestion des ressources marines vivantes : une résistible montée en puissance ?

Les ressources marines vivantes sont exploitées par les activités de pêche (stocks halieutiques), mais aussi par les activités aquacoles. C'est notamment le cas du phytoplancton que filtrent les bivalves élevés dans les fermes conchylicoles (huîtres, moules, palourdes…). Dans certains cas, l'exploitation des ressources marines vivantes résulte d'une combinaison pêche-aquaculture. Il en va ainsi lorsque les animaux élevés par les aquaculteurs (poissons, crevettes) sont nourris avec de la farine ou de l'huile de poisson provenant de la pêche[1].

[1] Ces activités de pêche « minotière » représentent, selon la FAO, entre 15 et 20% du total des captures mondiales de la pêche, végétaux exclus (FAO 2014).

Des ressources communes

Sur le plan économique, les ressources marines vivantes appartiennent à la catégorie des ressources dites « communes »[2]. Cette catégorie occupe une position intermédiaire dans la typologie des biens économiques (Berkes *et al*. 1989), définie par la combinaison des caractéristiques de soustractivité ou rivalité d'usage (à l'instar des biens privés) et d'indivision ou non-exclusivité[3] (à l'instar des biens publics). La première propriété désigne le fait que l'usage de la ressource par les uns vient en diminution de la quantité disponible pour les autres, la seconde signifie qu'il n'est pas possible (ou en pratique, très difficile, donc très coûteux) de répartir à l'avance la ressource disponible entre utilisateurs considérés comme légitimes (et donc d'exclure les autres). Comme pour la catégorie symétrique des biens-club (Buchanan 1965)[4], la gestion des ressources communes pose des problèmes qui débordent le cadre des modèles simples du marché et de la gestion publique, applicables respectivement au biens privés « purs » et aux biens publics « purs » de Samuelson (1954). Pour une large part, ces problèmes ont trait à la question de l'appropriation. Dans le cas des ressources communes, celle-ci se pose dès lors que la rareté des ressources génère une rivalité d'usage, alors que leur statut indivis ne permet pas aux mécanismes marchands classiques de jouer leur rôle habituel d'allocation.

En termes économiques, l'exploitation d'une ressource commune s'accompagne d'externalités négatives réciproques entre exploitants (la production de chacun d'eux est influencée négativement par l'effort de production des autres). Il en résulte un écart entre rationalité individuelle et rationalité collective conduisant, en l'absence de correctifs appropriés, à un volume global d'effort de production excessif par rapport à celui qu'exigerait une exploitation rationnelle de la ressource[5]. La traduction concrète la plus courante de cet excédent est la surcapacité, c'est-à-dire une capacité de production plus élevée qu'il n'est nécessaire pour l'exploitation d'un volume donné de ressource (trop de bateaux, et / ou des bateaux trop puissants, pour la capture d'un volume donné de poisson par exemple). Dans l'exploitation d'une ressource commune, si des mesures de régulation spécifiques ne sont pas mises en oeuvre, la surcapacité est la règle plutôt que l'exception, et elle s'accroît parallèlement à la raréfaction de la ressource[6], qui creuse le fossé entre rationalité individuelle et rationalité collective.

---

[2] En langue anglaise, ces ressources sont appelées, selon les auteurs, *common-property resources* (Gordon, 1954), *common-pool resources* (Ostrom *et al*. 1994) ou, plus rarement, *common-use resources* (Copes 1998). Le substantif *commons* est également utilisé (Hardin 1968 ; Berkes *et al*. 1989 ; Ostrom 1990). Le concept économique de ressource commune ne se confond pas avec le concept juridique de *res communis*, qui implique le caractère non appropriable de la chose ainsi désignée : les poissons dans la mer, *res nullius* en droit, appartiennent à la catégorie économique des ressources communes.

[3] Traduction approximative de l'expression anglaise *non-excludability* (impossibilité d'exclure).

[4] Ce terme désigne les biens pour lesquels il n'y a pas de rivalité d'usage (l'usage par les uns ne diminue pas la quantité disponible pour les autres), mais pour lesquels il existe des possibilités d'exclure les utilisateurs potentiels considérés comme non-légitimes. Les biens-club, qui peuvent aussi se définir comme des biens dont la fourniture s'effectue à coût marginal nul, se rencontrent particulièrement dans le champ, en pleine expansion, de l'économie de la connaissance.

[5] Techniquement, si les marchés sont concurrentiels, chaque producteur est incité à ajuster son effort de production de façon à rendre le produit marginal *privé* de cet effort égal à son coût unitaire réel, alors que la maximisation du revenu net généré par l'exploitation de la ressource nécessiterait l'égalisation du produit marginal *social* de l'effort à son coût réel (l'écart entre les deux produits marginaux étant égal à l'externalité négative que suscite chaque producteur en augmentant à la marge son effort).

[6] Ce terme n'implique pas nécessairement que la quantité de ressource disponible diminue (même si c'est souvent le cas). Il signifie que la tension entre cette disponibilité et les besoins augmente.

La surcapacité est un problème en soi, car elle signifie qu'un volume inutilement élevé de moyens matériels et de main d'œuvre est mobilisé pour l'exploitation de la ressource commune[7]. À ce gaspillage économique viennent fréquemment s'ajouter des phénomènes sociaux négatifs, qui sont les conflits d'usage entre exploitants, attisés sinon créés par la surcapacité. En outre, lorsque la ressource commune est renouvelable (ce qui est notamment le cas des ressources biologiques), la surcapacité provoque facilement la surexploitation, c'est-à-dire un niveau de prélèvement excessif au regard du potentiel de renouvellement naturel de la ressource[8]. S'il ne met pas nécessairement en cause le caractère durable de l'activité (effondrement du stock), ce phénomène induit, au moins, une perte économique en maintenant la ressource exploitée à un niveau trop bas[9].

La régulation de l'accès

La conjonction du caractère commun et du caractère renouvelable des ressources marines vivantes spécifie les problèmes de leur gestion. Celle-ci comporte deux dimensions, parfois mal distinguées l'une de l'autre (Troadec et Boncoeur 2003) : la conservation, qui concerne la préservation des capacités productives et reproductives des ressources, et la régulation de l'accès, qui concerne la répartition de ces capacités entre exploitants (sélection des exploitants et détermination de la part de chacun d'eux). Cette seconde dimension est souvent moins bien prise en compte que la première par les politiques d'aménagement des pêcheries, et cette faiblesse a, en retour, des effets négatifs sur la conservation des ressources. En effet, elle implique l'impossibilité de lutter efficacement contre la tendance à la surcapacité produite par les externalités négatives croisées qui accompagnent l'exploitation d'une ressource commune.

Depuis les deux dernières décennies du XX[e] siècle, les développements de la théorie économique des pêches (cf. par exemple Bjorndal *et al*., dir., 2007) et, sans doute encore davantage, les innovations institutionnelles introduites par certains pays dans l'aménagement de leurs pêcheries, ont permis de clarifier sensiblement les problèmes de la gestion des ressources marines vivantes. Le rôle que jouent les régimes de régulation de l'accès aux ressources dans la conservation de ces dernières et, plus globalement, dans les performances économiques à long terme du secteur halieutique est de mieux en mieux établi (Grafton *et al*. 2000 ; Costello *et al*. 2008), et plusieurs pays (au premier rang desquels la Nouvelle-Zélande et l'Islande) ont innové en introduisant des systèmes de régulation « à base de droits », dans lesquels les pêcheurs sont dotés de droits de capture individualisés, qu'ils peuvent échanger entre eux sur un marché (Shotton, dir., 2001 ; Hannesson 2004 ; OCDE 2006). Fréquemment mais peut-être abusivement qualifiés de « droits de propriété » sur les ressources, ces droits sont le plus souvent exprimés en pourcentage d'un « total autorisé de capture » (TAC) fixé,

[7] Le problème existe dans la mesure où les facteurs de production mis en œuvre pour l'exploitation de la ressource commune ont un coût d'opportunité non nul (c'est-à-dire pourraient utilement être affectés à d'autres usages). Au moins dans le cas du facteur travail, cette condition n'est pas triviale (Wilson et Boncoeur 2008).

[8] Les halieutes distinguent deux types de surexploitation : la surexploitation « de recrutement », qui traduit une situation où le flux de prélèvement opéré par la pêche est excessif par rapport au flux d'arrivée de nouveaux individus en phase exploitable, et la surexploitation « de croissance », qui signifie que les individus sont prélevés à un stade trop précoce de leur cycle vital (Laurec et Le Guen 1981). La surcapacité en pêche est un puissant vecteur de surexploitation de recrutement, mais aussi de croissance car elle attise le phénomène de « course au poisson ».

[9] La recommandation internationale, en matière d'exploitation des ressources halieutiques, est d'adopter un niveau d'effort de pêche correspondant au « rendement constant maximal » (fréquemment désigné sous l'acronyme anglais MSY, pour *Maximum Sustainable Yield*), c'est-à-dire permettant de maintenir la biomasse de ces ressources à un niveau tel que son flux d'accroissement naturel soit maximal (FAO 1995, art. 7.2.1). Selon les estimations de la FAO, environ 30% des stocks mondiaux ont aujourd'hui une biomasse significativement inférieure à ce seuil (FAO 2011).

généralement de façon annuelle, par la puissance publique (QIT, pour « quotas individuels transférables »)[10]. Le parallèle avec les mécanismes de « droits à polluer » dans le domaine de la gestion environnementale (Dales 1968) est clair. Au sein de l'Union européenne, les réformes successives de la politique commune de la pêche portent la marque d'une conscience de plus en plus précise de la nature du problème de la régulation de l'accès aux ressources halieutiques, si elles ne proposent pas toujours des outils efficaces pour les traiter (Commission européenne 2008).

En France, l'opacité du discours officiel, marqué par un unanimisme de façade dont la préoccupation principale semble être, de façon inaltérable, la défense du statu quo (Mesnil 2008), masque les évolutions pragmatiques en cours chez les professionnels du secteur. Le resserrement des contraintes européennes concernant la gestion des quotas de capture alloués aux pays membres dans le cadre de la politique commune de la pêche conduit en effet les organisations de producteurs à gérer ces quotas de façon plus rigoureuse, ce qui les amène à les répartir entre leurs adhérents. Or l'individualisation des quotas induit inéluctablement la question de leur transférabilité. Cette nécessité pratique apparaît clairement si l'on tente d'imaginer ce que serait une agriculture dans laquelle les exploitants n'auraient pas la possibilité d'acheter, vendre ou louer les terres qu'ils cultivent. Elle est d'ailleurs reconnue depuis près de trois décennies dans le secteur conchylicole, où les exploitants ont la possibilité de transférer entre eux les concessions qu'ils exploitent à des prix librement négociés (ce qui, s'agissant de parcelles du domaine public maritime, témoigne certainement de la plasticité du droit administratif français).

Pour autant, la question de la gestion des ressources marines vivantes n'a pas perdu de son acuité sur le plan scientifique. Elle connaît en effet un renouvellement profond que symbolise l'expression « approche écosystémique » (FAO 2003). Le paradigme halieutique classique, dans lequel chaque ressource est considérée de façon isolée, est progressivement supplanté par un paradigme « écosystémique » plus intégrateur dans lequel les différentes ressources halieutiques, mais aussi les espèces non commerciales et les habitats, sont considérés dans leurs multiples interactions (trophiques, spatiales…). De façon symétrique, les différents usages (extractifs / non extractifs, marchands / non marchands) des services rendus par les écosystèmes marins sont de plus en plus considérés à travers les interactions qui les relient les uns aux autres. Les valeurs de non-usage générées par ces écosystèmes font elles-mêmes l'objet d'une prise en compte croissante (Marre *et al.* 2015), de même que la dimension spatiale de la gestion des services qu'ils rendent, notamment à travers la thématique des aires marines protégées (Alban *et al*. 2015).

Il n'est pas certain que les arrangements institutionnels qui semblent faire leurs preuves dans le cadre du paradigme classique passent sans difficulté le test de leur intégration dans le paradigme écosystémique[11]. Ces arrangements sont en effet susceptibles d'achopper sur des coûts de transaction rédhibitoires lorsqu'il s'agit de gérer de façon coordonnée un ensemble complexe de services rendus par un écosystème. L'intégration de la gestion des services rendus par les écosystèmes marins dans un mécanisme de QIT (ou l'inverse) est sans doute un défi majeur pour l'avenir (Gibbs et Thébaud 2012). Dans un pays comme la France, elle apparaît d'autant plus problématique que la prise en compte des enjeux du paradigme

[10] D'où l'appellation « *cap and trade* » (« plafonnement et échange ») fréquemment utilisée pour caractériser ces systèmes.

[11] Cette incertitude concerne aussi les critères de gestion. Ainsi, l'incompatibilité du critère du MSY avec l'approche écosystémique est rarement relevée, nonobstant le fait que le MSY pour un stock dépend des niveaux de biomasse de tous les autres stocks avec lesquels il est en interaction (relations proie-prédateur, compétition trophique ou spatiale…).

« classique » de la gestion des ressources marines vivantes y est encore très incomplète, de sorte que la vogue du discours sur la gestion écosystémique ressemble parfois à une fuite en avant, quand ce n'est pas à une opération de diversion.

Les économistes et le droit de propriété : retour vers le passé

La pensée économique s'est largement focalisée sur le fonctionnement du marché. Ce phénomène est évident et aisément compréhensible à l'époque contemporaine, caractérisée par l'extension du marché à toutes les sphères de la vie sociale. Mais on le constate aussi à des époques beaucoup plus reculées. On peut même soutenir que, dès l'origine (Aristote), la pensée économique s'est constituée comme une tentative pour comprendre le fonctionnement de cette institution alors marginale, étrange et plutôt inquiétante qu'était le marché.

S'intéressant au marché, les économistes rencontrent nécessairement la catégorie de propriété. Pour fonctionner correctement, l'échange marchand suppose en effet que chaque partie soit, avec le moins de contestation possible, propriétaire de la marchandise (bien, service, créance) qu'elle offre à l'autre. Certains économistes ont cherché à simuler le fonctionnement d'un marché sans propriété privée (Lange et Taylor 1938) mais, au regard du critère de la pratique, cet exercice académique n'a pas connu de prolongement convaincant : plus ou moins inspirées de ce modèle, les tentatives pour réformer la planification centralisée dans le monde soviétique post-stalinien ont connu des échecs répétés, jusqu'à ce que la perestroïka gorbatchevienne fasse imploser le système sous prétexte de le perfectionner (Lavigne 1992).

La réflexion des économistes concernant le marché a fait usage de deux critères d'évaluation bien distincts : celui de l'efficacité et celui de la légitimité. Depuis Adam Smith (1776), c'est le critère de l'efficacité qui a largement dominé la scène : de la parabole de la main invisible au premier théorème de l'économie du bien-être, il existe une foisonnante littérature s'efforçant de préciser les conditions dans lesquelles le marché est efficace et les correctifs qui peuvent lui être apportés lorsqu'il ne l'est pas (ce faisant, la notion même d'efficacité a fait l'objet de définitions de plus en plus précises). Dans cette optique, le concept de propriété n'a guère été questionné par les économistes, du moins jusqu'à une période récente[12]. Appliquées aux choses échangées sur les marchés dont ils étudiaient le fonctionnement, les catégories juridiques d'*usus*, *fructus* et *abusus* semblaient parfaitement identifier ce qui constituait à leurs yeux un objet exogène à leur science, à l'instar des goûts du consommateur, substrat de la théorie microéconomique « standard » dont les économistes laissaient aux psychologues (et peut-être aussi, mais avec davantage de réticences, aux sociologues) le soin d'expliquer la formation.

Mais il existe un autre pan de la littérature économique qui analyse le marché sous l'angle de sa légitimité. Cet angle d'attaque conduit les auteurs qui l'adoptent à s'intéresser de plus près au concept de propriété, car la légitimité du marché et de son mode de fonctionnement plus ou moins concurrentiel repose, pour une large part, sur celle de la propriété des objets qui sont mis sur le marché.

[12] « Les choses utiles et limitées en quantité sont *appropriables* », affirme lapidairement Walras dans la 3e leçon de ses *Eléments d'économie politique pure* (Walras 1900). Et, un peu plus bas, il pense clore le débat sur la propriété en écrivant : « Bornons-nous à constater, pour le moment, que l'*appropriation* (et par suite la *propriété*, qui n'est que l'appropriation légitime ou conforme à la justice) ne porte que sur la richesse sociale, et porte sur toute la richesse sociale » (qu'il définit au début de sa leçon comme « l'ensemble des choses matérielles ou immatérielles… qui sont *rares*, c'est-à-dire qui, d'une part, nous sont *utiles*, et qui, d'autre part, n'existent à notre disposition qu'*en quantité limitée* ») (*ibid*.)

Droit naturel, propriété privée, enclosures

En ce domaine, on retiendra en premier lieu le *2ème Traité du gouvernement civil* de Locke (1690), dont le chapitre V, intitulé « De la propriété », fournit au libéralisme économique un fondement doctrinal distinct de l'utilitarisme (vocable introduit par Bentham en 1781) qui, à la fin du siècle suivant, prendra le dessus à la suite d'Adam Smith. Ce fondement est le concept de droit naturel, bien connu des philosophes et des constitutionnalistes. Dans le texte précité, Locke répond d'abord à la thèse des adversaires des enclosures (phénomène en plein développement dans l'Angleterre du XVIIe siècle) selon laquelle, Dieu ayant donné la terre aux hommes en commun, l'appropriation de celle-ci par quelques-uns est illégitime (Winstanley 1649). Mais en même temps, il réfute de façon implicite la conception du contrat social développée par Hobbes dans son *Léviathan* (1651) : pour Locke, le contrat social n'a pas pour objet de faire naître le droit en remettant, comme chez Hobbes, à un monarque absolu le soin de mettre fin au *bellum omnium contra omnes*, mais de faire respecter un droit qui, selon lui, préexiste au contrat, puisque chaque être humain en est, à ses yeux, doté « par nature ».

Dans le chapitre 5 de son *Traité*, Locke commence par poser que l'homme est par nature propriétaire de sa propre personne[13]. Par suite, chaque individu est également le propriétaire légitime de son travail et des fruits de celui-ci. Il peut donc en disposer à sa guise, et notamment échanger à des conditions librement débattues les produits de son travail contre ceux d'autres personnes. Au delà de l'échange marchand, c'est la vision libérale du fonctionnement de l'économie qui se trouve ainsi légitimée, quoique dans un cadre assez restrictif.

Dans une société qui est encore essentiellement agraire et où, depuis l'avènement de la dynastie Tudor à la fin du XVe siècle, la question foncière constitue un problème lancinant (*L'Utopie* de Thomas More date de 1516), ce point de départ conduit rapidement Locke à aborder la question de la propriété du sol. Tout en se disant fidèle à la parole divine[14] qui sert d'étendard à Winstanley et à ses *diggers* (mouvement communiste chrétien qui tente de s'opposer aux enclosures en Angleterre au XVIIe siècle), Locke soutient que, pour des raisons pratiques, chaque homme peut prétendre à la propriété de la terre qu'il cultive, et que cette propriété est légitime sous réserve que les fruits qu'il tire de sa culture restent proportionnés à ses besoins : si d'autres ont faim, on ne peut légitimement laisser pourrir chez soi un tas de pommes au motif qu'elles ont poussé dans son propre verger et qu'on les a récoltées soi-même. La conclusion de l'auteur sur ce point se veut rassurante : la productivité du travail n'est pas suffisamment élevée pour que la propriété privée du sol, limitée à ce que chacun peut cultiver, entraîne un risque sérieux de pénurie foncière.

Cette construction intellectuelle présente une faiblesse évidente : le système économique dans lequel vit Locke, et qu'il prétend justifier sur le plan éthique avec sa doctrine du droit naturel, ne ressemble que d'assez loin à cette société de petits producteurs indépendants échangeant entre eux les produits de leur travail, qu'il nous dépeint au chapitre 5 du *Deuxième traité du gouvernement civil*. La caractéristique dominante des campagnes anglaises du XVIIe siècle, c'est au contraire la montée en puissance, à travers le mouvement des enclosures, d'une classe de propriétaires fonciers ne travaillant pas eux-mêmes la terre, et, parallèlement, l'éviction brutale des *yeomen*, figures typiques de la paysannerie anglaise de la fin du moyen-âge

[13] Thèse ne faisant pas très bon ménage avec le principe de l'indisponibilité du corps humain auquel Locke semble par ailleurs adhérer mais qui, dans le contexte où elle est émise, présente comme principale retombée d'entraîner condamnation de la pratique alors florissante de l'esclavage (Locke 1690, chapitre 4).

[14] Pour convaincre le lecteur de la parfaite orthodoxie de son analyse, Locke rappelle que, si Dieu a donné la terre aux hommes en commun, il leur a également enjoint de la travailler pour vivre.

(phénomène décrit dès 1516 par Thomas More dans son *Utopie*, et analysé en profondeur par Marx dans les derniers chapitres du livre I du *Capital* comme étant le cœur de ce qu'il appelle le processus d'accumulation primitive du capital).

Locke pense trouver une issue à cette contradiction en mobilisant une catégorie affectionnée des économistes : la monnaie. Dans la lignée du triptyque aristotélicien définissant la monnaie à travers les fonctions d'intermédiaire des échanges, de mesure des valeurs et de réserve de valeur, il prend appui sur cette troisième fonction pour justifier les inégalités de fortune caractérisant la société dans laquelle il vit. En effet, explique-t-il, en créant la monnaie (et surtout en acceptant de l'utiliser) les hommes ont consenti à donner un pouvoir libératoire illimité à un objet qui, à la différence des pommes, peut être stocké sans se gâter, et peut donc être accumulé sans enfreindre le droit naturel. Ce faisant, poursuit Locke, les hommes ont implicitement consenti à l'inégalité des fortunes : dans un autre texte (Locke 1691), il explique en effet que les individus diffèrent grandement les uns des autres, non seulement par l'ardeur au travail, mais encore davantage par l'esprit d'épargne (catégorie économique qu'il ne distingue pas clairement de la thésaurisation), et que c'est cette différence naturelle qui est à l'origine des écarts entre les patrimoines des uns et des autres.

Il est bien sûr aisé d'opposer la réalité du mouvement des enclosures à cette genèse idéale de la propriété que dresse Locke. Ainsi que l'écrit Marx dans un célèbre passage du *Capital*, « dans les annales de l'histoire réelle, c'est la conquête, l'asservissement, la rapine à main armée, le règne de la force brutale qui l'a toujours emporté. Dans les manuels béats de l'économie politique, c'est l'idylle au contraire qui a toujours régné » (Marx 1867, livre I, VIII[e] section, chapitre 26). Et, à la fin du même chapitre, il résume son propos sur « le secret de l'accumulation primitive » de la façon suivante :

> « La spoliation des biens d'église, l'aliénation frauduleuse des domaines de l'Etat, le pillage des terrains communaux, la transformation usurpatrice et terroriste de la propriété féodale ou même patriarcale en propriété moderne privée, la guerre aux chaumières, voilà les procédés idylliques de l'accumulation primitive. Ils ont conquis la terre à l'agriculture capitaliste, incorporé le sol au capital et livré à l'industrie des villes les bras dociles d'un prolétariat sans feu ni lieu » (*ibid.*).

Il serait imprudent d'attribuer à Marx plus d'objectivité qu'à Locke dans ses analyses. Au moins doit-on concéder que celles de Marx sont plus solidement documentées sur le plan empirique (c'était, aux yeux de Schumpeter, le mérite principal de sa vision du capitalisme).

Au confluent du droit naturel de Locke et de l'utilitarisme post-smithien, on trouve la position adoptée par Jean-Baptiste Say dans son *Traité d'économie politique* (1803). À Smith dont il se proclame le disciple (en dépit d'infidélités nombreuses à sa pensée), Say reprend l'idée de l'efficacité de la libre concurrence. À Locke, il reprend l'idée du caractère naturel du droit de propriété sur les produits et les facteurs de production, qu'il appelle « fonds productifs » et qu'il classe selon un triptyque appelé à la célébrité dans le petit monde des économistes : le travail (qu'il appelle « industrie »), les capitaux (issus de l'épargne) et les terres. Après avoir expliqué, à travers une variante sécularisée de la théorie de Locke, que le droit de propriété sur l'industrie (c'est-à-dire le droit de disposer librement de sa personne) et sur les capitaux avait bien un caractère de droit naturel, Say note que le droit de propriété sur les terres est « moins évident » que les deux autres. Mais il se tire rapidement de cette difficulté en affirmant que, pour des raisons d'efficacité, il est indispensable que la propriété foncière soit aussi respectée que la propriété du capital ou de l'industrie (*op. cit.*, livre II, chapitre 1).

La propriété comme droit exclusif à des actions*, et non sur des* choses

Trois ans avant la parution du *Traité d'économie politique* de Jean-Baptiste Say, le philosophe Johann Gottlieb Fichte publie un essai juridico-économique intitulé *L'État*

commercial fermé. Disciple de Kant surtout connu pour ses *Discours à la nation allemande* (1807), Fichte développe dans cet ouvrage une conception originale du droit de propriété, qui lui sert à fonder des positions tout aussi originales sur l'organisation économique de la société.

Critiquant les économistes de son temps pour leur approche « réaliste » du droit de propriété, Fichte propose de définir celui-ci « comme le droit exclusif à des *actions*, nullement comme un droit *sur les choses* » (*op.cit*., chapitre 1). Ainsi, explique-t-il à un autre endroit de son ouvrage, « de ce genre est le droit exclusif de l'agriculteur de cultiver son champ ; droit qui ne fait pas obstacle au droit d'un autre de faire paître dans le même champ son bétail, une fois la moisson terminée jusqu'aux semailles, ou au droit de l'État à une exploitation minière au dessous de la surface du sol » (*ibid.*, chapitre 7).

La raison invoquée par Fichte pour l'introduction de cette définition non conventionnelle du droit de propriété est d'ordre essentiellement pratique : « en traitant ainsi le problème, on s'épargne une quantité de subtilités inutiles et l'on est certain d'avoir épuisé tous les genres de propriété en un concept absolument compréhensif » (*ibid*., chapitre 1).

Cependant, la véritable raison d'être de la substitution opérée par Fichte ne se dévoile que si l'on se réfère à sa vision de l'organisation de ce qu'il appelle « l'État rationnel », modèle dont l'État réel doit selon lui se rapprocher peu à peu. L'État rationnel fichtéen se définit pas sa fonction, qui est d'assurer à chacun la possibilité de vivre (*ibid*., chapitre 1). Pour cela, il doit veiller à ce que la répartition des richesses issues de la production soit conforme à cet impératif. Ces considérations conduisent Fichte à s'intéresser à la production des richesses, thème sur lequel il se montre un fidèle disciple d'Adam Smith : la clé de l'accroissement de la richesse des nations réside dans le développement de la division du travail. Mais les conclusions qu'il tire de cette affirmation sont à peu près à l'opposé de celles du philosophe écossais. C'est, selon lui, à la main bien visible de l'État qu'il revient d'organiser cette division du travail au sein de la société, de façon à ce que chacun se voie garantir la possibilité de vivre des revenus de son activité :

« Chaque peuple a le droit de vouloir que son bien-être augmente. Seule la division des diverses branches de travail rend cela possible. Le peuple a donc le droit de le vouloir ; et l'institution qui est établie pour obtenir et conserver tous ses droits, le gouvernement, a le devoir de prendre des mesures pour que cela se fasse » (*ibid.*, chapitre 3).

Ici s'effectue la jonction avec la définition du droit de propriété. Celui-ci étant défini par Fichte comme un droit exclusif à une activité, il implique, au bénéfice de son titulaire, le droit d'exclure les autres de cette même activité. Cette exclusion, qui s'applique non seulement aux activités agricoles mais à toutes les activités productives, doit être organisée par l'État, afin que chacun puisse se voir garantir le droit de vivre, selon des normes socialement définies, de l'activité qu'il exerce. Concrètement, cela implique aux yeux de Fichte que l'État répartisse de façon coercitive la main d'œuvre entre les branches de la production, organise un système de contrats administrés pour régler les relations inter-branches et mette en place un monopole public du commerce extérieur (d'où le qualificatif « fermé », que Fichte applique à l'État rationnel considéré sous l'angle de son organisation économique). Comme l'ont relevé certains commentateurs éclairés, cette utopie du tout début du XIX^{e} siècle, décrite avec un luxe de détails par son auteur, constitue une remarquable prémonition de ce que sera, au XX^{e} siècle, l'organisation économique de l'État soviétique (Denis 1971)[15].

[15] Pour une discussion récente, voir Thomas-Fogiel (2007).

Du passé vers le présent : quels enseignements ?

Pas plus que le *Deuxième traité du gouvernement civil*, *L'État commercial fermé* ne traite de la mer et des poissons. De façon plus générale, la pensée économique n'a commencé à s'intéresser sérieusement à ce champ d'investigation qu'à partir du milieu du XX^{e} siècle (Gordon 1954 ; Scott 1955). La raison essentielle en est que, jusqu'à cette période, les ressources marines vivantes n'étaient généralement pas considérées comme des ressources *rares* (Marshall 1920), de sorte que leur exploitation ne semblait pas poser de problème économique spécifique : le problème fondamental n'était pas le poisson, mais la difficulté que l'on éprouvait à le capturer (et à le conserver à bord).

La situation s'est radicalement inversée avec l'extraordinaire développement des captures qui a suivi la seconde guerre mondiale : selon les estimations de la FAO, les captures annuelles des pêches mondiales, végétaux exclus, sont passées d'environ vingt millions de tonnes en 1950 à quatre-vingt-dix millions de tonnes quarante ans plus tard (dont 80 millions de tonnes pour les pêches maritimes), soit un taux de croissance annuel moyen de 3,8% (6,3% sur la période 1950-1970). Rendu possible par une grappe d'innovations dans le secteur des pêches (motorisation des navires, engins de pêche, conservation à bord, navigation, détection…), ce phénomène a eu pour corollaire la surexploitation d'un nombre croissant de stocks halieutiques : la proportion des stocks mondiaux considérés comme surexploités ou épuisés par la FAO a été multipliée par trois en trente ans, passant d'environ 10% en 1974 à 30% en 2006 (FAO 2011)[16]. Depuis un quart de siècle, les captures mondiales des pêches maritimes stagnent ou régressent, alors que la technologie continue à progresser et que la pression de la demande ne cesse de croître. Les espoirs mis dans le développement rapide de l'aquaculture (dont la production mondiale, végétaux exclus, est passée selon la FAO de douze millions de tonnes en 1990 à soixante millions de tonnes en 2010, soit un taux de croissance annuel moyen de 8,4%) ne doivent pas être surestimés : outre le fait que ce développement concerne principalement, à ce jour, l'aquaculture continentale (plus de quarante millions de tonnes en 2010, contre moins de vingt millions de tonnes pour l'aquaculture marine), dans de nombreuses circonstances la production aquacole constitue moins un substitut à la pêche qu'un prolongement de celle-ci, l'alimentation des animaux en élevage dépendant largement des protéines issues de la transformation des produits de la pêche.

Une privatisation des ressources ?

Face à ces difficultés, la prise de conscience du fait qu'il ne suffisait pas d'*exploiter* les ressources halieutiques, mais qu'il convenait également de les *gérer*, a rapidement progressé à l'échelle mondiale (FAO 1995). Faisant leur entrée dans la sphère des ressources *rares*, les stocks exploités par la pêche ont tout naturellement suscité l'intérêt des économistes. Constatant leur statut de ressources communes, ces derniers ont analysé les effets négatifs du libre accès (ou d'un accès mal régulé), tant sur la rentabilité économique de leur exploitation que sur leur conservation. Ils ont également montré en quoi ces effets se trouvaient amplifiés par l'augmentation de la pression de la demande et de l'efficacité technique de la pêche, ainsi que par les multiples mécanismes de subvention au secteur (Munro et Sumaila 2002).

Si ce diagnostic est aujourd'hui largement partagé (au moins chez les économistes), ses implications en matière d'aménagement des pêcheries le sont moins. Faisant écho aux préoccupations formulées en 1968 par l'écologue Hardin dans son article intitulé « la tragédie

[16] Dans le même temps, la proportion des stocks considérés comme « sous-exploités » ou « modérément exploités » a chuté de 40% à 20% (*ibid.*).

des communs », les économistes « orthodoxes » ont majoritairement cherché la solution du problème dans le développement de mécanismes de régulation de l'accès aux ressources censés atténuer, sinon faire totalement disparaître, leur caractère « commun », c'est-à-dire les rapprocher le plus possible de ressources à caractère privé. Dans cette optique, le système des QIT constitue le modèle de référence pour l'aménagement des pêcheries. Cependant, cette approche ne fait pas l'unanimité. Dans la mouvance des travaux d'Ostrom (1990), les auteurs qui se rattachent à « l'école des communs » s'intéressent à des mécanismes de gestion collective permettant d'éviter la « tragédie des communs », tout en se situant à équidistance de la gestion étatique centralisée et de la privatisation des ressources. Leurs analyses, de caractère interdisciplinaire (honorée du Prix Nobel d'économie en 2009, Ostrom est politologue de formation), prennent appui sur l'observation de cas concrets de gouvernance de l'exploitation de ressources naturelles par des communautés qui sont souvent de petite taille et dotées d'une forte identité socioculturelle (caractéristique parfois un peu négligée par certains commentateurs).

Qu'on le déplore ou qu'on s'en réjouisse (pour deux points de vue différents, voir Bromley 2009, et Grafton *et al*. 2009), la tendance dominante en matière d'aménagement des pêcheries, au cours des trois dernières décennies, a été au développement de mécanismes de régulation de l'accès présentant d'indéniables similitudes avec le phénomène des enclosures que connaissait l'agriculture anglaise à l'époque de Locke (Hannesson 2004). Et l'on doit constater que, pour une partie au moins, les arguments échangés par les adversaires et partisans du nouveau cours n'ont pas substantiellement changé depuis lors. Abstraction faite de la sécularisation du discours, le débat contemporain entre partisans et adversaires des QIT présente d'évidentes ressemblances avec celui qui opposait Locke aux disciples de Winstanley au XVII^{e} siècle : dans les deux cas, ce qui est en cause est, avant tout, la légitimité de l'appropriation privative (ou présentée comme telle) de ressources considérées comme faisant originellement partie d'un « patrimoine commun ». Au-delà du cas de la pêche, une controverse du même ordre est en train de se développer autour de l'idée selon laquelle l'introduction de mécanismes de paiement pour l'usage de services écosystémiques (voire leur simple évaluation en termes monétaires) participe d'un mouvement de « marchandisation de la nature » (Aubertin *et al*. 2016), expression connotée idéologiquement qui désigne en fait la privatisation des écosystèmes.

Cependant, et pour s'en tenir ici au cas relativement simple de la pêche, l'assimilation d'un mécanisme de régulation de l'accès comme celui des QIT à une privatisation de la ressource présente une difficulté évidente, et l'analogie suggestive avec les enclosures dans le secteur agricole trouve ici sa limite. En effet, ce que possède le détenteur d'un quota de pêche, ce n'est pas une certaine quantité de poisson, mais un droit à en pêcher une certaine quantité. Ce droit est tout d'abord limité par les aléas de la nature : selon la belle expression de Ciriacy-Wantrup (1952), les ressources halieutiques ont, par nature, un caractère « fugitif » (ou « fugace »), ce qui signifie qu'elles ne sont quantifiées et localisées (dans le meilleur des cas) que de façon statistique et provisoire. Leur allocation entre exploitants ne peut donc entretenir que des rapports assez lointains avec le cadastrage et le bornage d'une terre agricole, et le fait de ne pas prêter une attention suffisante aux différences existant par nature entre ces deux cas peut être source de déboires majeurs pour l'aménagement des pêcheries (Copes 1998). En second lieu, le droit à prélèvement que constitue un quota de pêche est soumis aux décisions que prend l'autorité gestionnaire de la pêcherie en matière de conservation de la ressource. Ces décisions concernent en particulier le TAC dont les quotas de pêche individuels sont, par définition, des fractions (lorsqu'ils ont un caractère permanent, les QIT sont généralement définis comme des pourcentages d'un TAC susceptible de varier au cours du temps). À cet égard, il est sans doute plus pertinent de rapprocher la gestion d'une pêcherie par quotas

individuels de l'exploitation d'une forêt domaniale par le biais de droits de coupe concédés à des entrepreneurs privés que d'une opération de privatisation de terres agricoles[17]. Contrairement à ce qu'affirment les adversaires du système, mais également certains de ses partisans, il semble donc que la gestion d'une pêcherie par QIT ne s'assimile pas à une privatisation de la ressource (Troadec et Boncoeur, 2003).

De Fichte à Coase

La difficulté qui vient d'être évoquée disparaît si l'on adopte la définition du droit de propriété donnée par Fichte dans son *État commercial fermé*. Si les QIT ne sont certainement pas des droits de propriété sur ces choses que sont les poissons dans la mer, d'un point de vue économique, ils n'en présentent pas moins (dans un système de QIT pleinement développé) tous les attributs de droits de propriété. En particulier, ils sont échangeables sur un marché à des prix librement débattus, figurent à l'actif du bilan des entreprises qui en sont titulaires et, comme tels, peuvent être utilisés comme garantie pour l'obtention de prêts bancaires. Simplement, ces droits ne portent pas sur des choses (les poissons), mais sur des actions (le prélèvement d'une certaine quantité de poissons). À ce titre, ils entrent dans une catégorie en développement rapide, qui concerne non seulement la gestion des ressources naturelles et de l'environnement (droits à polluer notamment), mais aussi – et surtout – la sphère financière (« options »).

On peut considérer qu'il y a quelque paradoxe à chercher chez un vieil auteur résolument antilibéral la définition économiquement la plus pertinente de ces droits dont le développement actuel est, pour une large part, le produit de l'exubérance de l'économie de marché. L'histoire de la pensée économique, si ce n'est l'histoire en général, est riche de ce genre de ruse de la raison. Bornons-nous ici à relever la parenté qui existe entre la définition fichtéenne du droit de propriété et celle que donne Ronald Coase[18] (un auteur dont les vues sur le rôle économique de l'État sont sans doute moins éloignées de celles de Hayek que de celles de Fichte) du concept économique de facteur de production. Délaissant lui aussi l'approche « réaliste » conventionnelle, Coase définit, dans son article de 1960 sur « le problème du coût social », les facteurs de production comme des droits à agir (à prélever, à cultiver, à occuper, à polluer…). Dans cette optique, être le propriétaire d'un facteur de production, ce n'est pas être le propriétaire d'une chose (un terrain par exemple) mais, comme chez Fichte, le détenteur du droit exclusif à certaines actions (y construire une maison par exemple).

Le parallèle entre les deux auteurs prend fin dès que l'on en vient aux conséquences pratiques que chacun d'eux tire de cette approche commune. Alors que, chez Fichte, c'est l'État qui doit organiser dans le détail la mise en œuvre des droits à agir, chez Coase le fonctionnement efficace de l'économie passe plutôt par la négociation décentralisée entre acteurs privés : pour atteindre un niveau de pollution optimal, il faut laisser les pollueurs et les pollués négocier directement et librement les uns avec les autres, nous dit la fable de l'éleveur et du cultivateur de céréales qui illustre l'article de 1960. Dans cette optique, la mission de l'État est évidemment beaucoup plus limitée que dans la vision de Fichte. Elle est cependant essentielle : pour que les négociations décentralisées entre acteurs privés puissent se dérouler

[17] La limite du rapprochement avec l'exploitation d'une forêt domaniale tient au fait que les poissons dans la mer ne font pas partie du domaine public : en dépit de la multiplication des règles qui encadrent le droit de pêcher, il gardent leur statut de *res nullius*. Les États en font l'expérience lorsque les ressources dont ils tentent d'encadrer l'exploitation au sein de leur ZEE s'écartent de celle-ci (« les poissons, tels les prolétaires, ne connaissent pas de frontière », selon la boutade perspicace attribuée à Andreï Gromyko, ancien ministre des affaires de l'URSS).
[18] Prix Nobel d'économie en 1991.

dans de bonnes conditions, il est indispensable que soient clarifiées la définition et la distribution initiale des droits à agir[19], et que leur respect par tous soit garanti.

L'analyse de Coase est souvent considérée comme le fondement doctrinal des politiques de gestion environnementale à base de marchés de droits à polluer et, dans le secteur des pêches, des systèmes de QIT. Il serait cependant excessif de voir dans cet auteur un avocat sans nuance du « tout-marché » appliqué à la gestion des écosystèmes et des ressources naturelles. Un quart de siècle avant d'avoir publié sa critique de la théorie de Pigou, Coase a en effet inventé le concept de coût de transaction (Coase 1937) développé quelques décennies plus tard par Oliver Williamson, qui partagera en 2009 le prix Nobel d'économie avec Elinor Ostrom. Si ce concept n'est pas mis en avant dans l'article de 1960 consacré au problème coût social, il y est bien présent : dans la parabole de l'éleveur et du cultivateur que met en scène Coase, l'efficacité de la négociation entre les deux protagonistes repose explicitement sur l'absence de coût de transaction.

Comme on l'a noté précédemment, cette hypothèse semble particulièrement forte dans le domaine des services rendus par les écosystèmes marins. Aussi, lorsque l'on analyse le caractère plus ou moins « complet » des systèmes de « droits de propriété » mis en œuvre pour gérer ces services (notamment les « services d'approvisionnement » correspondant à la pêche), il est peut-être imprudent (ou idéologique) de considérer les graduations issues de ce type d'analyse comme des échelles de valeur : tel système, qui peut apparaître « moins bon » que tel autre car moins complet, peut s'avérer à l'examen plus robuste dès lors que l'on prend en compte les coûts de transaction avec lesquels il doit composer.

La classification de ce qu'une étude de l'OCDE appelle les « mécanismes de marché » utilisés dans l'aménagement des pêcheries permet d'illustrer ce propos (OCDE 2006). Ce terme désigne une variété d'instruments de régulation de l'accès dont le support peut être, selon le cas, les captures, l'effort de pêche, le navire ou l'utilisation de l'espace. Selon l'étude précitée, ces instruments constituent des droits de propriété plus ou moins complets, dont le degré de complétude s'évalue à l'aide de six critères : l'exclusivité, la durée, la qualité du titre[20], sa transférabilité, sa divisibilité et sa flexibilité[21]. Passant en revue les instruments de régulation de l'accès en vigueur dans différents pays, l'étude classifie ces instruments en fonction de chacun des six critères ci-dessus et établit une typologie fondée sur cette classification. Pour chaque instrument, les résultats sont visualisés à l'aide d'un diagramme hexagonal en forme de radar (*radar plot*), dont chaque axe est dédié à un critère et gradué depuis le centre vers la périphérie, du niveau le plus faible au niveau le plus élevé de satisfaction du critère[22]. Dans un tel diagramme, le périmètre extérieur correspond à une situation où chacun des six critères est pleinement satisfait, et que l'étude définit comme un droit de propriété complet. L'orientation de l'étude de l'OCDE est sans ambiguïté, et conforme à la philosophie de cette organisation économique intergouvernementale :

[19] Question sans incidence sur l'efficacité du mécanisme, énonce le « théorème de Coase » (dont on oublie parfois le caractère restrictif des hypothèses), mais décisive en termes d'équité : même si le niveau de pollution optimal n'est pas affecté par le fait que ce soient les pollueurs qui dédommagent les pollués plutôt que l'inverse, les situations respectives de ces deux groupes en dépendent étroitement. Par ailleurs, si la question de la distribution initiale des droits n'est pas clarifiée (ce qui est fréquemment le cas), les négociations permettant d'aboutir à un état efficace risquent de ne pouvoir se dérouler, chacun ayant tendance à considérer qu'il est le détenteur légitime des droits, et que c'est donc aux autres de le dédommager (pour l'externalité négative qu'il subit, ou pour celle qu'il renonce à infliger aux autres). L'affirmation parfois rencontrée, selon laquelle la distribution initiale des droits est sans importance chez Coase, repose donc largement sur un malentendu.

[20] Expression recouvrant les caractéristiques suivantes : certitude, sécurité et force exécutoire (*enforceability*).

[21] Capacité d'adaptation aux besoins de son titulaire.

[22] Représentation due à Devlin et Grafton (1998).

l'amélioration des systèmes d'aménagement des pêcheries requiert généralement que les instruments de régulation de l'accès évoluent du centre vers la périphérie des diagrammes les concernant, c'est-à-dire vers des systèmes de droits de propriété « complets ». Pour autant, les auteurs de l'étude se gardent de préconiser un modèle unique, et soulignent la nécessité d'adapter les mécanismes aux caractéristiques concrètes de chaque pêcherie. De même insistent-ils sur la nécessité d'utiliser « avec pragmatisme » les mécanismes du marché, et de porter une attention particulière aux aspects distributifs du processus.

Cette prudence vis-à-vis de la privatisation des ressources halieutiques se retrouve également chez certains théoriciens, pourtant tout à fait « orthodoxes ». Dans un papier intitulé « les limites de la privatisation des ressources halieutiques » (2010), Clark, Munro et Sumaïla mettent en avant le risque d'extinction « rationnelle » d'une ressource dont la gestion serait intégralement confiée à un exploitant privé cherchant à maximiser, même sur un horizon infini, la valeur actualisée nette du revenu cumulé issu de ses captures (« rente halieutique »). Prenant appui sur la modélisation développée par l'un d'entre eux plusieurs décennies auparavant (Clark 1973), ils montrent que ce risque est d'autant plus élevé que le taux de croissance intrinsèque de ces ressources est faible et que, par ailleurs, les taux d'intérêt sont élevés. Si l'existence théorique de cette possibilité ne fait pas débat, ce qui est en cause est l'importance pratique du risque encouru. Selon les estimations empiriques réalisées par trois autres spécialistes, celle-ci semble faible, pour des valeurs réalistes des paramètres biologiques et financiers considérés (Grafton *et al*. 2007 ; Grafton *et al.* 2010). Si le problème ne doit pas être surestimé, il ne peut toutefois être totalement évacué, d'autant que la question de la conservation des ressources ne se limite pas à la nécessité d'éviter leur extinction : certaines ressources surexploitées peuvent être portées à des niveaux très bas sans disparaître totalement. Au-delà du débat sur les modèles, il semble difficile de ne pas considérer que le retour à des taux d'intérêt réels élevés, comme ceux que le monde a connu dans les années 80 du XX^{e} siècle, constituerait une menace supplémentaire sérieuse pour la conservation de nombreuses ressources renouvelables, dans un univers économique où la gestion de ces ressources a été, pour l'essentiel, confiée à des propriétaires privés obéissant à une logique de marché.

Ce *caveat* n'est pas de nature à emporter condamnation des mécanismes de régulation de l'accès aux ressources communes de type QIT. Il signifie simplement que la puissance publique ne serait guère avisée d'abandonner son droit éminent sur ces ressources.

Remerciements

L'auteur remercie les participants au séminaire interdisciplinaire SeQueDEM dans le cadre duquel il a eu l'occasion de présenter deux versions préliminaires de son travail. Leurs questions et leurs remarques critiques lui ont permis d'enrichir et de préciser son analyse. Il garde l'entière responsabilité des opinions et éventuelles inexactitudes que celle-ci comporte.

Bibliographie

Alban F., Boncoeur J. et Marre J-B. (2015) « Evaluation socioéconomique des aires marines protégées », in Monaco A. et Prouzet P. (dir.), *Gouvernance des mers et des océans*, Collection Mer et Océan vol. 6, Londres, ISTE, p. 203-232.

Aubertin C., Couvet D. et Flipo F. (2016) « Une "marchandisation de la nature" ? De l'intégration de la nature en économie », *Revue du MAUSS permanente*, 9 février 2016 [en ligne]. http://www.journaldumauss.net/./?Une-marchandisation-de-la-nature

Berkes F., Feeny D., McCay B.J. et Acheson J.M. (1989) « The benefits of the commons », *Nature* n°340, p. 391-393.

Bjorndal T., Gordon D., Arnason R. et Sumaila U.R. (dir.) (2007), *Advances in Fisheries Economics : Fetschrift in honour of Professor Gordon R. Munro*, Hoboken, John Wiley & Sons.

Bromley D. (2009) « Abdicating responsibility : the deceits of fisheries policy », *Fisheries* vol. 34 n°6, p. 280-290.

Buchanan J.M. (1965) « An economic theory of clubs », *Economica*, vol. 32 n°125, p.1-14.

Ciriacy-Wantrup S. (1952) *Resource conservation : economics and policies*, Berkeley, University of California Press.

Clark C.W. (1973), « The economics of overexploitation », *Science* n°181, p. 630-634.

Clark C.W., Munro G.R. et Sumaïla U.R. (2010), « Limits to the privatization of fishery resources », *Land Economics* vol. 86 n°2, p. 219-244.

Coase R. (1937) « The nature of the firm », *Economica* n°4, p. 386-405.

Coase R. (1960) « The problem of social cost », *Journal of Law and Economics* vol. 3 n°1, p. 1-44.

Copes P. (1998) « The extended economics of an innate common use resource : the fishery », in Eide A. et Vassdals (dir.) *IIFET'98 Tromsø Proceedings* tome II, The Norwegian College of Fishery Science, University of Tromsø, p. 889-496.

Costello C., Gaynes S et Lynham J. (2008) « Fish resources conservation and access regulation : a meta-analysis », *Science* n°321, p. 1678-1681.

Dales J.H. (1968), *Pollution, property and prices*, Toronto, University of Toronto Press.

Denis H. (1971), *Histoire de la pensée économique*, Paris, PUF, collection Thémis (réédition en 2008 dans la collection Quadrige).

Devlin R.A. et Grafton R.Q. (1998) *Economic Rights and Environmental Wrongs*, Edward Elgar.

Commission européenne (2008) "Reflexions on further reforms of the Common Fisheries Policy", *Commission Working Document*, Bruxelles, Commission européenne, 9 p.

FAO (1995) *Code de conduite pour une pêche responsable*, Rome, FAO, 46 p.

FAO, (2003) *Fisheries management 2: the ecosystem approach to fisheries*, FAO Technical Guidelines for Responsible Fisheries No. 4, Suppl. 2. Rome, FAO, 112 p.

FAO (2011) *Review of the state of world marine fishery resources*, FAO Fisheries and Aquaculture Technical paper 569, Rome, FAO, 334 p.

FAO (2014), *La situation mondiale des pêches et de l'aquaculture*, Rome, FAO, 255 p.

Fichte J-G. (1800) *L'Etat commercial fermé*, traduction française Lausanne, L'âge d'homme, 1980.

Gibbs M. et Thébaud O. (2012) "Beyond Individual transferable quotas: methodologies for integrating ecosystem impacts of fishing into fisheries catch rights", *Fish and Fisheries* vol. 13 n°4, p. 434-449.

Gordon H.S. (1954) "The economic theory of a common property resource : the fishery", *The Journal of Political Economy* vol. 62 n°2, p. 124-142.

Grafton Q., Squires D. et Fox K. (2000) "Private property and economic efficiency: a study of a common-pool resource", *Journal of Law and Economics* vol. 43 n°2, 2000, p. 679-714.

Grafton Q., Kompas T. et Hilborn R. (2007) "Economics of overexploitation revisited", *Science* n°318, p. 1601-1601.

Grafton Q., Campbell D., Costello C., Hilborn R. et Kompas T. (2009) "Comment on: Abdicating responsibility, the deceits of fisheries policy", *Fisheries* vol. 34 n°6, p. 292-294.

Grafton Q., Kompas T. et Hilborn R. (2010) « Limits to the privatization of fishery resources : Comment », *Land Economics* vol. 86 n°3, p. 609-613.

Hannesson R. (2004) *The privatization of the oceans*, Cambridge (Mass.), MIT Press.

Hardin G. (1968) "The tragedy of the commons", *Science* n°162, p. 1243-1248.

Hobbes Th. (1651) *Léviathan*, traduction française Paris, Gallimard, 2000.

Lange O. et Taylor F. (1938) *On the economic theory of socialism*, Minneapolis, University of Minnesota Press.

Laurec A. et Le Guen J-C. (1981) *Dynamique des populations marines exploitées*, Tome I, Concepts et modèles, Brest, CNEXO, RST n°45, 118 p.

Lavigne M. (1992) *L'Europe de l'Est, du plan au marché*, Paris, Editions Liris.

Locke J. (1690), *Deuxième traité du gouvernement civil*, traduction française Paris, Librairie philosophique Vrin, 1977.

Locke J. (1691) *Some Considerations of the Consequences of the Lowering of Interest and the Raising the Value of Money*, 1691, accessible en ligne : http://www.taieb.net/auteurs/Locke/Consider.html.

Marre J-B., Brander L., Thébaud O., Pascoe S., Boncoeur J., Pascal N. et Coglan L. (2015) "Non-market use and non-use values for preserving ecosystem services over time: a choice experiment application to coral reef ecosystems in New Caledonia", *Ocean & Coastal Management* n°105, p. 1-14.

Marshall A. (1920) *Principles of Economics*, 8ème édition, Londres, MacMillan Press.

Marx K., *Le Capital* (1867) Livre Ier « Le développement de la production capitaliste », traduction de Joseph Roy entièrement révisée par l'auteur, réédition Paris, Editions sociales, 1973 (3 tomes).

Mesnil B. (2008) "Public-aided crises in the French fishing sector", *Ocean and coastal management*, vol. 51 n°10, p. 689-700.

More Th. (1516) *L'Utopie*, traduction française Paris, Editions sociales, 1966.

Munro G.R. et Sumaila U.R. (2002) "The impact of subsidies upon fisheries management and sustainability : the case of the North Atlantic", *Fish and Fisheries* vol.3 n°4, p. 233-50.

OCDE (2006) *Using market mechanisms to manage fisheries – Smoothing the path*, Paris, OCDE, 325 p.

Ostrom E. (1990) *Governing the commons : the evolution of institutions for collective action*, Cambridge (UK), Cambridge University Press.

Ostrom E., Gardner R. et Walker J. (1994) *Rules, games, and common-pool resources*, Ann-Arbor, University of Michigan Press.

Samuelson P.A. (1954) "The pure theory of public expenditures", *Review of Economics and Statistics* n°36, p. 387-389.

Say J-B. (1803) *Traité d'économie politique*, réédition Paris, Economica, 2006 (2 tomes).

Scott A. (1955) "The fishery: the objectives of sole ownership" *The Journal of Political Economy* vol. 63 n°2, p. 116-124.

Shotton R. (dir.) (2001) *Case studies on the allocation of transferable quota rights in fisheries*, FAO Fisheries Technical Paper 411, Rome, FAO.

Smith A. (1776) *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*, traduction française Paris, PUF, 1975.

Thomas-Fogiel I. (2007) « Sens et statut de la théorie des échanges commerciaux dans le système de Fichte », *Astérion* n°5, p. 33-54.

Troadec J-P. et Boncoeur J. (2003) « La régulation de l'accès » in Laubier L. (dir.) *Exploitation et surexploitation des ressources marines vivantes*, Académie des sciences RST n°17, Paris, Lavoisier, p. 355-392.

Walras L. (1900) *Eléments d'économie politique pure*, 4e édition, réédition Paris, LGDJ, 1952.

Wilson J. et Boncoeur J. (2008) "Microeconomic efficiencies and macroeconomic inefficiencies: on sustainable fisheries development in very poor countries", *Oxford Development Studies*, vol. 36 n°4, p. 439-460.

Winstanley G. (1649) *L'étendard déployé des vrais niveleurs ou l'état de communisme exposé et offert aux fils des hommes*, traduction française Paris, Editions Allia, 2007.

La propriété sous l'angle circonspect du droit international public

Véronique Labrot
Maître de conférences de droit public
UFR de Droit et de Sciences Economiques – Université de Bretagne Occidentale
veronique.labrot@univ-brest.fr

Résumé

La notion de propriété n'est a priori que peu présente en droit international public. Si son application semble limitée à des applications matérielles réduites (droit au respect de la propriété), le droit international serait rétif à d'autres approches de la « propriété » en tant que notion internationale propre ou à ce qui s'y réfère : « biens », « droits réels »… Pourtant, il faut rappeler qu'en droit international, la doctrine a longuement débattu du méta-principe de structuration des règles internationales entre Etats, notamment celles attribuant des « compétences territoriales ». Le débat s'est alors porté sur l'opposition « dominium » et « imperium », au profit de ce dernier. Pour autant, il est possible de se demander s'il ne conviendrait pas de tempérer cette approche, clairement tranchée, par la mise à jour d'un « flou » que de nouvelles préoccupations, notamment l'emprise en mer et surtout peut-être la préoccupation environnementale, pourraient imposer aujourd'hui à une distinction toujours appliquée, mais sans doute moins tranchée que prétendu. Cet essai de lecture du droit international tente de déconstruire la limite opposée au « dominium » et propose que la propriété comme dominium pourrait là renaître dans les thématiques récentes (environnement) ou atypiques (mer), mais bien sûr sans remplacer l'imperium.

Abstract

At first sight, the notion of property is largely absent from international law and its application seems limited to some material applications (right to respect for ownership). Indeed, international law seems to be unwilling to develop other approaches of "property" as a specific international notion, or what refers to it: "assets", "real rights"… Nevertheless, it is necessary to recall that international law doctrine has discussed for long a "meta principle" that could structure the international rules between States, particularly those attributing "territorial jurisdiction". The debate has focused on the opposition between "dominium" and "imperium", to the advantage of the latter. However, it might be advisable to moderate this clear-cut approach. Indeed, it seems possible to identify a "haziness" that new concerns, including creeping jurisdiction and, maybe above all, the environmental concern, might force on a distinction which is probably less clear-cut than what is claimed, even though it is still in effect. This essay in international law tries to deconstruct the limit opposed to "dominium" and suggests that property, regarded as dominium, could be revived in recent (environment) or atypical (sea) topics, without replacing "imperium".

Mots-clés

Droit international, propriété, dominium, imperium, patrimoine, droit de la mer, mer, environnement.

Keywords

International law, property, dominium, imperium, heritage, law of the sea, sea, environment.

« Ce sont les hommes et non les pierres
qui font la force des remparts
protecteurs des cités »
Platon

En droit, évoquer la propriété suggère une opposition entre les deux verbes français auxiliaires : « avoir » et « être » ; la propriété serait alors du côté de l'avoir. Seule la personne serait du côté de l'être.

Pourtant cette opposition entre « avoir » et « être » peut être fort bien démontée par le sens commun que l'on attribue au mot « propriété » qui relève en fait tant de l'avoir que de l'être.

En effet, si la propriété est le fait d'être propriétaire, d'avoir un immeuble, une voiture…, la propriété est aussi la caractéristique des choses : la propriété nocive d'un produit par exemple, ce que la chose *est* (légère ou lourde) et *peut produire* (nocivité ou pas). Et là, le même mot relève aussi de l'être ; un peu d'ailleurs comme dans la notion civiliste française d'Aubry et Rau de « patrimoine », défini, selon ces auteurs, comme « ensemble de biens », donc de choses appropriées, d'*avoirS,* mais qui est aussi comme tel, consubstantiel à la personne qui *est* alors (être). D'ailleurs, les civilistes français rappelaient que des choses (corps, honneur, liberté) se « confondent avec l'existence même de la personne ». La catégorisation des verbes « être » et « avoir » serait donc plus compliquée que prévu et sans doute n'est-il pas un hasard si « être » et « avoir » sont des auxiliaires, présents dans bien des conjugaisons de tous les autres verbes, comme la personne et le bien figurent parmi les catégories de base qui articulent l'ensemble de notre système juridique.

Ceci dit, évoquer la « propriété » en droit international public est, de prime abord, étrange. L'on peut, en effet, dire – de manière que nous tempèrerons, mais qui reste exacte – que la propriété n'est pas un concept du droit international public. Autrement dit et rapidement dit, le droit international public ne connaît pas la propriété.

Bien évidemment, si ceci reste vrai en très grande partie, dans le détail (où le diable se cache parfois) par contre, la propriété affleure… au moins, et bien plus, peut-être, en fait.

Mais, là encore, la circonspection s'impose. Ainsi, comme un errant, il va nous falloir ici tenter de cheminer dans quelques méandres du droit international public, tout en espérant ne pas nous tromper de chemin, ne pas mal lire la carte du droit international. Il convient donc de recevoir les réflexions qui suivent, comme un exercice libre de réflexion cherchant à comprendre la propriété en droit international public, peut-être par le procédé dit « par essai-erreur ».

Alors, partons à l'aventure…

La notion de propriété entretient avec le droit international une relation « attraction/répulsion-imprécision/précision-présence/absence ». Il s'agit donc d'une relation complexe, entrelacée, à différents niveaux de réflexion. En effet la question de la « propriété » est à la fois centrale en droit international, du moins dans l'histoire du droit international et à la fois « périphérique », même si le « périphérique » fait aussi le cœur du droit *in fine* car, comme souvent dans la complexité, le tout est dans le tout.

En effet, si la « propriété » est objet du droit international public, ce n'est là qu'une approche micro-juridique que l'on peut en déduire. La propriété a été, reste peut-être, plus que cela, c'est-à-dire un fondement même du droit international, comme méta-principe dans une approche alors macro-juridique (la distinction *dominium/imperium*) de cette propriété.

La propriété comme objet de micro-applications matérielles en droit international public … ou *« le décidé »*

Il s'agit tout d'abord peut-être là de la relation la plus récente qui ait été établie entre le droit international et la propriété.

Il s'agit là donc seulement de constater que la notion de « propriété » est bel et bien prise en compte comme objet de règles par le droit international, précisément par le droit international public matériel. Mais on remarque alors que les règles concernent le plus souvent des « biens » placés sous la souveraineté ou juridiction des Etats, situés en tout cas sur le territoire de l'Etat et soumis à la *lex situae*. La question est alors de se pencher sur le dispositif de prise en charge de ces « biens », « appropriations » par le droit international et sur les ressorts principaux de ce dispositif.

Propriété et Etat: entre obligations et droits étatiques, relatifs à une « propriété » telle que définie en droit interne… ou l'Etat supplantant

Seuls quelques exemples seront ici donnés des applications matérielles du droit international public à la propriété, que l'Etat doive la protéger ou qu'il puisse s'en saisir.

La propriété comme source d'obligations étatiques internationales : protéger

On trouve tout d'abord évidemment trace de la propriété en droit international des droits de l'homme où la protection du « droit à la propriété » apparaît proclamée et assurée avec plus ou moins de force[1] et avec parfois d'ailleurs de très grandes subtilités, là aussi, concernant la définition de la notion de « bien »[2]. Le droit international, sans alors nécessairement définir la propriété, son régime, laisse aux Etats le soin de le faire – et alors on rejoint la notion interne de propriété (usus, fructus, abusus), propriété pouvant être alors collective, publique ou privée – tout en leur intimant l'obligation de protéger, respecter et faire respecter ce droit humain, sacré en France[3].

Pour autant, on note que le droit international des droits de l'homme est peu enclin à recourir au terme « propriété » au-delà, et l'embrasse dans le respect du droit à une vie privée et familiale normale par le respect du « domicile » (qui n'est pas toujours une propriété d'ailleurs…)[4].

[1] Voir article 17 Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10-12-1948 mais on doit remarquer que ce droit reste peu reconnu comme tel en tout cas : aucune allusion à ce droit dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16-12-1966, ni dans le Pacte International sur Droits économiques, sociaux et culturels du même jour ni même dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) du 4-11-1950 mais dans le Protocole 1 de cette convention…

[2] Voir à ce propos la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme telle que présentée par exemple in Sudre F. et al. 2013, p. 4999 et s..

[3] Voir article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26-08-1789

[4] Voir par exemple article 17.1 Pacte international relatif aux droits civils et politiques préc. ou article 8-1 CEDH

La propriété, comme indicateur d'un droit étatique: se développer par la nationalisation

On parle aussi de la propriété, ou plutôt on en a beaucoup parlé dans les années 1970, à propos des « nationalisations » opérées par les anciennes colonies devenues Etats indépendants et classés dans la catégorie des pays en voie de développement (aujourd'hui dénommés « pays en développement »). Il s'est agi là pour le droit international de préciser – dès lors qu'il s'agissait de nationalisations d'actifs étrangers – si la « nationalisation » était autorisée en droit international, à quelles conditions et dans quelle mesure puisqu'elle s'opposait là à la théorie des droits acquis. Le droit international du développement[5] devait y répondre en y appliquant peu ou prou le dispositif de l'expropriation pour cause d'utilité publique connue du droit français. L'utilité publique se réduisait d'ailleurs alors à la seule référence aux besoins de développement, référence faite par les Etats nationalisant. L'appropriation devenait alors symbole de la récupération de la plénitude de la souveraineté considérée comme volée par la colonisation pour le colonisé, devenu indépendant, et ce quand bien même la reconnaissance du principe d'une « souveraineté économique des Etats » ne parvenait pas à advenir.

Coloniser fut fait au nom de l'humanité « civilisée », centre d'un dispositif concentrique qui permettait l'exploitation des populations et régions « barbares » et l'ouverture des portes des régions « semi-barbares »[6] (Anzilotti 1912, p. 12 ; Fiore 1885, p. 64) (open door)[7]. L'humanité aujourd'hui, par un drôle de retour des choses, pourrait limiter désormais la toute puissance de l'Etat…

Propriété et Etat : l'irruption de l'humanité et d'une communauté transcendante ou l'Etat soumis

Deux exemples sont là très parlants.

D'une part, privés de leurs possessions, les PVD, anciennes colonies, vont chercher, dans les années soixante-dix, à placer, dans un droit international public qu'ils veulent dé/re/construire, l'omniprésence de la propriété, nationale puis collective… en mer d'abord. Le concept de « patrimoine commun de l'humanité » s'imposa, mais surtout le « mécanisme approprié » de gestion de ce patrimoine commun, proposé dès 1969 à l'AGNU par Arvid Pardo. D'autre part, plus récemment, l'exploitation des ressources de tout type a constitué pour la communauté internationale la preuve de la mise en danger des conditions même de survie de l'humanité. Le droit international de l'environnement convoquait une idée, elle aussi non étrangère à la « propriété » : le « trust ».

La propriété, comme image subliminale du patrimoine et motrice d'une mise à l'écart de l'Etat : l'humanité confiscatrice

Le classement dans la catégorie de « patrimoine » (ici « commun de l'humanité »), en droit international de la mer, de la Zone Internationale comme de ses ressources non vivantes y compris les nodules polymétalliques [8], tout comme le recours, par l'Unesco, à la notion de

[5] Voir surtout Virally 1965, pp. 3-12.
[6] Anzilotti 1912, p. 12 ; Fiore 1885, p. 64.
[7] Charvin 1987.
[8] Article 136 de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer ou Convention de Montego Bay (ci-après CMB) du 10-12-1982

« patrimoine naturel/culturel/immatériel (…) mondial »[9] induit une référence à des « biens », des « choses appropriées », mais, comme telles, confisquées plus ou moins radicalement aux droits des Etats[10] au profit de l'humanité, représentée en droit de la mer par une organisation internationale ad hoc, l'Autorité Internationale des Fonds Marins et s'agissant du patrimoine de l'Unesco, par les Etats, mais au nom du dédoublement fonctionnel : Etats souverains mais, alors, aussi, là, gestionnaires « en bon père de famille » de cet « héritage ».

Car là, nous rencontrons, objectivement en tout cas, une autre difficulté : si la notion de « propriété » est sous-tendue par la notion « patrimoine commun de l'humanité » en droit de la mer (Bekkouche 1987), mais aussi celle de « patrimoine naturel/culturel/immatériel mondial » de l'Unesco, le problème rencontré alors est : qu'est-ce qu'un « patrimoine » pour les Etats anglo-saxons ? ont-ils le mot pour dire la chose[11] ? Car l'analogie droit international/droit interne doit être évitée, en tout cas faite de manière extrêmement prudente…. Pourtant, que l'on évoque « patrimoine » ou « héritage », l'on parle là toujours de « biens ». La notion d'« apanage » usitée en droit de l'espace extra-atmosphérique à propos de la Lune et autres astres célestes[12], le confirme puisque l'apanage est portion du domaine du Roi.

René-Jean Dupuy d'ailleurs écrivait que pour l'humanité, non sujet du droit international, « l'avoir aura été la condition de l'être ».

Alors, comme nous évoquons les questions de traduction des concepts internationaux relatifs à la « propriété » et donc les possibilités de s'entendre, de se comprendre au sens littéral de ces verbes, entre Etats, y compris sur les droits et compétences qui y seraient applicables, la notion anglo-saxonne de « Trust » a également fait son apparition en droit international public : une marque sans doute du nomadisme des concepts…

La propriété comme usufruit ou fiducie ou l'Etat possible Trustee…

Le « trust » en droit anglais est une notion du droit des biens. Il est alors défini par Maitland comme suit :

« Lorsqu'une personne a des droits qu'elle est tenue d'exercer

a) Pour le compte d'une autre personne ou

b) Pour l'accomplissement de quelque fin particulière

Elle est dite avoir ces droits en *trust* (en confiance) pour cette autre personne ou à cette fin ; et elle est dite « *trustee* » (Maitland réed. 2003 ; Wortley 1962, pp. 699-710).

[9] Entre autres qualificatifs applicables ; voir Unesco, Convention concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel, Paris 16-11-1972 et ses développements

[10] Au moins en théorie. La pratique en effet laisse entrevoir que les Etats « puissants » récupèrent là, sinon la propriété, au moins l'exclusivité de la pratique des activités qui peuvent y être menées (Bekkouche, 1987 pp. 124-137). Nous évoquons donc bien ici la théorie pour tenter de dresser le panorama de la « propriété » saisie par le droit international public

[11] En effet, si le terme « *Patrimony* » existe, les versions anglaises des textes internationaux lui ont toujours préféré d'autres termes, notamment « *Heritage* »

[12] Voir le traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes ; ONU, le 27-1-1967 qui précise dans son article 1 que « l'exploration et l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et autres corps célestes (…) sont l'apanage de l'humanité toute entière »

En matière environnementale, le droit – interne notamment et anglo-saxon d'ailleurs, même si la question de son introduction en droit français se pose – recourt à cette notion pour protéger l'environnement[13]. Le droit international pourrait ne pas être en reste puisqu'en 1998, la Commission Mondiale indépendante pour les Océans[14] dans son rapport « L'océan, Notre avenir »[15] proposait de faire de la haute mer un « public trust »[16], dont le Trustee serait, pour le compte de l'humanité, l'Assemblée Générale des Nations Unies (dont des Etats)[17].

Cette « communautarisation », plus que son « internationalisation », de l'environnement global que la Cour internationale de justice qualifiait de « non abstraction » et « d'espace [et non territoire[18]] où vivent les êtres humains »[19], pourrait expliquer qu'en terme de compétence – *imperium/dominium* à nouveau en miroir – certaines conventions internationales en droit international de l'environnement et non des moindres convoquent l'énigmatique expression de « préoccupation commune à l'humanité toute entière » ou « *common concern* »[20]. Cette expression pourrait être, de manière intéressante, comparée à la notion d' « *international concern* » dans la théorie des compétences (not. Cheng 1991 ; Riphagen 1980) en droit international. La propriété est-elle alors collective et la gestion, universelle ?

Rappelons là ce que l'on sait ainsi de la propriété dans cette micro-application: elle est un droit absolu sur une chose, a priori, droit qui doit être protégé, mais qui suppose aussi que la chose soit protégée, dès lors qu'elle est pour le droit international « patrimoine ». Ainsi, cette « propriété » peut paradoxalement être limitée par des intérêts supérieurs, par d'autres formes de propriété par exemple, mais dans une structuration des propriétés qui se montre hiérarchique, superposée, même disposée dans la déconcentration plus que dans la décentralisation des compétences, si compétences étatiques il y a.

Propriété, pouvoir, compétences sont des mots, des concepts qui, immanquablement, amènent celui qui parle de droit international à une autre approche, macro-juridique cette fois-ci, de la question en droit international : la question relative au couple, fameux en droit international, suranné peut-être : « *dominium/imperium* », toujours questionnant.

[13] Ou en tout cas pour en réparer les dommages et en assurer la restauration puis la préservation ; voir par exemple le « Trust Found » créé lors de la catastrophe en Alaska de l'Exxon Valdez en 1989 http://www.uscg.mil/npfc/About_NPFC/osltf.asp - Voir aussi cette référence faite en droit français : Kiss (dir.) 2000 p.238 et s.

[14] CMIO ou IWCO pour le sigle anglais

[15] Commission Mondiale Indépendante pour les Océans (CMIO), *L'océan, notre avenir*, Pedone septembre 1998, 265 pages – Version originale : Cambridge University Press - Royaume Uni, mai 1998

[16] Traduit dans la version française du rapport par « bien public (en tutelle) », Commission Mondiale Indépendante pour les Océans (CMIO), « L'océan, notre avenir » préc. p.45

[17] Notamment via la refonte du Conseil des Tutelles de l'ONU ; voir Commission Mondiale Indépendante pour les Océans (CMIO), préc. p.48

[18] Ajouté par nous

[19] CIJ, *Affaire du projet de barrage Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c/ Slovaquie),* 27 septembre 1997 §53

[20] Voir les préambules des conventions suivantes : Convention des Nations Unies sur la Diversité Biologique, Rio, 4-6-1992 et Convention cadre sur les changements climatiques, Rio, 4-6-1992

La propriété comme méta/macro-principe du droit international : l'opposition confuse *dominium/imperum… ou entre « indécidable » et multiple*

On pourrait dire que la propriété est un fondement, un élément fondamental de la construction du droit international comme droit interétatique, c'est-à-dire entre entités devenues « Etats également souverains » pour reprendre, au moins, les termes de la Charte des Nations Unies.

La question a été posée à propos de la nature juridique de la relation que l'Etat avait établie relativement à l'espace, aux espaces, terrestres, maritimes, fluviaux, aériens et sur lesquels le droit international public lui reconnaissait l'exercice de compétences, englobant la question de la nature des droits que cet Etat exerce sur les ressources contenues, fournies par ces espaces, quels que furent ces espaces par ailleurs en droit.

La relation entre l'Etat et ses propriétés : dominium ou imperium

Dans un monde annoncé sans territoire ni souveraineté par ces temps de globalisation (Badie 1999 ; Badie et Smouts 1996), il peut paraître étonnant ici d'être amené à parler et de l'un et de l'autre. Sans doute est-ce car, indubitablement, le droit international reste fondé sur deux concepts structurants et articulés en opposition d'abord, mais peut-être en miroir en fait: le couple « *dominium / imperium* ».

Imperium plutôt que dominium : l'apparence d'un choix

En effet, longtemps structuré autour de la notion de *dominium* (domaine, propriété, mais aussi souveraineté) prônée par les auteurs de droit naturel, l'Etat figure centrale du droit international, est perçu aujourd'hui essentiellement voire exclusivement à travers la notion d'*imperium* (puissance, souveraineté) qu'il exerce sur les choses – peut-être en plus du dominium d'ailleurs –, mais surtout et seul – dit-on – sur les gens et leurs activités. Ce changement de référence – *dominium* puis *imperium* – s'est d'abord opéré pour qualifier « juridiquement » le rapport que l'Etat avait à l'un de ses éléments constitutifs, l'une de ses « propriétés » (?) : le territoire. L'Etat est-il « propriétaire » de son territoire ou est-il « souverain » sur son territoire ? Voici la première question qui s'est en effet posée et qui fut tranchée, *in fine*, pour pouvoir embrasser la totalité de la question de la « compétence territoriale », par la « théorie des compétences » et celle du « territoire-limite »[21], donc au profit de l'*imperium* et non par celle de l'appropriation ou autre forme de droit réel, au détriment donc du *dominium*. On justifia cela par le fait que la propriété ne pouvait s'exercer que sur des choses et non sur des personnes, la population étant un second élément constitutif de l'Etat. Le territoire devenait alors le titre même, constitutif de l'Etat. « Avoir » n'était plus, seul en tout cas, car « Etre » s'y opposait, « Pouvoir » advenait. Avoir, être, pouvoir.

La notion de domaine public international – promue dans les années 40 par Georges Scelle, encore présente dans la doctrine internationaliste française dans les années 80 et concernant un seul domaine public international maritime – a vécu. Pourtant, les Dominions subsistent…

Faut-il aussi ici faire référence aux droits historiques (des Etats pêcheurs, des Etats riverains de certaines baies non secondaires…) ? : avoir été (collision d' « avoir » et d' « être » pour avoir des droits…) « avoir été là » et en tirer des droits spéciaux (pouvoir)…

[21] Voir à propos des théories concernant les relations Etat/territoire (Barberis 1999, pp.132-147).

Au-delà, la notion de « domaine » a-t-elle pour autant *réellement* disparu ? N'est-elle pas « restée là », sous d'autres formes, obstinément sous-jacentes ?

Car, si à « la trahison des images » représentée si bien par l'œuvre de Magritte correspondait une sorte de « trahison, [illusion] des concepts » ?

Imperium plutôt que dominium : choix ou contrefaçon ?

La question est ici de s'interroger sur ce qu'est au fond la différence Dominium / Imperium et de voir si l'on n'est pas là victime d'une illusion des « images » ?

Si le *dominium* est un concept mêlant souveraineté et propriété pour certains, il suppose comme propriété :

- Usus
- Fructus
- Abusus

Et l'on peut dire aussi « sur la population », puisqu'il fallut pour prendre l'exemple extrême, un texte, plusieurs textes, pour abolir la propriété sur les êtres humains c'est-à-dire l'esclavage, sans y parvenir d'ailleurs. La récente initiative de l'ONU concernant la mise en place de la « Responsabilité de protéger »[22] démontre sans doute le risque d'*abusus* dans un autre cadre que l'esclavage.

L'*impérium* quant à lui serait relatif à la souveraineté, au bien nommé « *domaine* réservé »[23] de l'Etat aussi, à l'exercice de la compétence.

La souveraineté est le principe de l'autorité suprême. En matière de politique, la souveraineté est le droit absolu d'exercer une autorité (législative, judiciaire et/ou exécutive) sur un espace et sur un peuple.

Aucun pouvoir n'est supérieur à la puissance souveraine qui ne peut être anéantie ; elle est le pouvoir de celui qui, selon Carl Schmitt « décide de la situation exceptionnelle » (Schmidt 1922, réed.1983). Pour décider, là, le souverain ne s'appuie sur aucune norme : il exerce son droit à l'exception.

Selon la formule de Georges Bataille, la souveraineté est « un aspect opposé, dans la vie humaine, à l'aspect servile ou subordonné », et « incombant aux divinités, aux rois » (Bataille, réed.1976) … dieu, souverain…

Pour autant, la question de l'approche patrimoniale de l'Etat et du territoire en droit international reste posée, indépendamment, semble-t-il, de la définition des compétences territoriales. En effet, le problème est le suivant : l'Etat exerce des compétences dites « extra-territoriales » lorsque cet Etat exerce des compétences sur le territoire d'un autre Etat. Là, nous comprenons bien qu'un territoire ne puisse, par définition même d'un *dominium* si *dominium* il y a, être « la chose » de deux entités souveraines, sauf condominium. La souveraineté d'ailleurs impose l'exclusivité de l'exercice des compétences sur un espace. Mais le territoire est attraction et projection, voire attraction *par* projection de compétences territoriales. Car il est des espaces non « territoires » a priori, sur lesquels l'Etat exerce des

[22] Ou R2P - Résolution AGNU, « Document final du sommet mondial de 2005 » A/RES/60/1 24-10-2005 §138-140 et textes suivants sur http://www.un.org/fr/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml
[23] art.2§7 Charte des Nations Unies

compétences d'ailleurs qualifiées de « territoriales » et sur lesquels il n'exerce pas ce faisant, la souveraineté, marque pourtant de l'*imperium* alors même que ces espaces, pourtant, ne sont pas le territoire d'autres sujets du droit international.

Il s'agit notamment de la mer.

D'apparence tout est simple, comme un jardin de Le Nôtre, bien « ordonné » (Labrot 2012) : le territoire (disons « propriété » pour commencer) jusqu'à la limite externe de la mer territoriale et le non territoire, au-delà, multiple. Mais le simple cache le complexe, « une panoplie de sens » pour reprendre l'expression si « disante » d'Anish Kapoor[24].

En effet, c'est notamment en droit international de la mer que la doctrine s'est préoccupée d'expliciter les principes qui présidaient au phénomène juridique de « juridiction rampante »[25], de l'*emprise* maritime – « emprise », prise, proie, propriété. « Propriété commune à tous les Etats » (Geouffre de la Pradelle 1934), « condominium » (Scelle 1943, p. 276)[26], « domaine public international »[27], la doctrine convoquait là, tour à tour, le vocabulaire du droit réel comme si la propriété restait une clé d'explication des pouvoirs reconnus à l'Etat côtier en mer[28].

Pour autant, si les Etats ont « subtilisé, dans tous les sens du terme » (Alland 1987), les espaces marins comme les pouvoirs qu'ils exercent en mer[29], les Etats en-ont-ils là réellement fini avec la théorie patrimoniale que Grotius développe dans son fameux texte « *de mare liberum* » ?

La chose est très délicate à traiter pour la masse liquide, insaisissable comme le sable du désert, non conforme à la racine « terre » du mot « territoire », fluide plus qu'immeuble, sorte

---

[24] Artiste britannique qui exposa en 2015 dans les jardins de Versailles et qui par ses œuvres - le « Dirty Corner » par exemple - y voulait comprendre tous les sens des jardins de Le Nôtre en y introduisant le chaos, « regarder à l'intérieur », Le Point 2-6-2015

[25] Ou « *Creeping Jurisdiction* » selon l'expression anglo-saxonne bien connue en droit de la mer

[26] Voir Radnitsky 1901 cité par Gilbert Gidel, *Le droit international public maritime*, 1934 Ed. Duchemin 1981 Tome 1 p.209 et s.

[27] Théorie rappelée par Pellet et al. 1986 ou par Ruzié, 1987 p.8 ou encore, récemment, par Tanaka 2016 p. 9 et s.

[28] application des règles d'acquisition du territoire/ des titres acquisitifs à une mer tantôt considéré comme *res communis* tantôt comme *res nullius* – En effet, nombre d'auteurs ont expliqué l'expansionnisme maritime étatique par le recours aux théories de l'occupation effective, de la découverte, de l'acquisition par le travail et dans ce dernier cas, la Convention de Genève du 4-4-1958 sur le plateau continental conforte l'approche, s'agissant de l'extension des pouvoirs de l'Etat sur son plateau continental via le critère mobile de l'exploitation. La théorie de la « présence constructive » utilisée par le Canada dans les années 70 sera même re-découverte et adaptée aux stocks chevauchants par le Chili en 1990 dans sa théorie d'attraction de compétences territoriales de la « mer de présence »

[29] Voir le subtil distinguo des compétences déclinées via la CMB : la compétence territoriale se distribue alors entre la souveraineté territoriale et certains droits territoriaux, dont l'étendue n'est pas toujours certaine. En effet, le vocabulaire employé en droit de la mer, notamment par la CMB pour qualifier les pouvoirs des Etats est des plus ambigus. Ainsi, si en mer territoriale, les Etats ont la *souveraineté* (a.2 CMB), ils peuvent exercer un « *contrôle nécessaire»* dans la zone contiguë (a.33 CMB). Dans la ZEE, la situation se complique puisque, aux termes de l'a.56, les Etats ont «a) des *droits souverains* aux fins de l'exploration et de l'exploitation, de la conservation et de la gestion des ressources naturelles ... b) *juridiction* pour la mise en place des îles artificielles ... c)autres *droits et obligations».* Sur le plateau continental, l'Etat côtier est titulaire de *droits souverains* aux fins d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles, ces droits étant par ailleurs *exclusifs* et ceci indépendamment de l'occupation effective du plateau. Enfin, en haute mer les Etats jouissent de *libertés.* La multiplicité des termes envisagés ici montre la volonté de rendre compte qu'en mer les compétences territoriales des Etats côtiers sont graduées, même si c'est seulement par référence aux règles relatives à l'exercice de ces différentes formes de compétence qu'il sera possible au cas par cas de spécifier ces dernières.

de « *res communis* » depuis toujours, depuis que la communauté primitive des jus naturalistes se fut rompue par un contrat social qui ne fit entrer dans la communauté négative que les terres et les ressources contenues par elles, terres émergées et « dominées ». Il en allait peut-être tout autrement d'un espace non encore « connu », à savoir du sol et sous-sol de la mer, c'est-à-dire de la « terre » de la mer. Le développement du droit de la mer conventionnel et coutumier devait le montrer.

La question ne se posa pas vraiment, à notre connaissance pour le sol et sous-sol de la mer territoriale qui selon Gidel , appartient au territoire – ce qui du point de vue de la définition des frontières côtières d'un Etat aujourd'hui encore, en droit positif, reste vrai – puisque la mer territoriale fut dès le départ présentée comme un espace qui ne se différenciait du territoire terrestre que par le fait qu'en tout point de celle-ci il existait entre la terre et l'air de l'eau (Gidel 1981, p. 79), tel un lac intérieur. Mais la mer n'est pas un lac. Ainsi en mer territoriale, on englobait définitivement la colonne d'eau, étrangement autrement détachée de l'ensemble de la mer, détachement qui « valait » également pour le sol et le sous-sol pourtant tout aussi inséparable physiquement du reste du sol et sous-sol marin que pouvait l'être la masse liquide… et la théorie de la continuité ne devait pas s'arrêter au douzième mille aujourd'hui de la limite externe de la mer territoriale, côté sol et sous-sol marin comme colonne d'eau. Alors la catégorie doctrinale d' « espace *quasi-territorial* » (Alland 1987, p. 168) fit son apparition comme on parle en droit français de « quasi-usufruit »[30]. Si certains n'hésitent pas à fondre dans une même expression deux concepts spatiaux opposés pourtant en terme de régimes juridiques y relatifs et parlent d' « espaces territoriaux »[31], on évoque aussi des espaces « quasi-territoriaux », même si le solide de la mer, mais le liquide aussi, se voyaient proposer un « traitement particulier », plus « territorial » que « quasi ».

Le cas spécifique du plateau continental, partie importante du solide la mer est éclairant…

Si l'on s'attarde sur l'espace contigu/adjacent à la mer territoriale, côté fonds c'est-à-dire le plateau continental, il faut envisager l'exemple du plateau continental à travers le prisme de la CMB, plateau continental qui, en France n'appartient pas au domaine public maritime.

Le texte de la Convention des Nations Unies est clair dans le choix des termes qui permettent de reconnaître à l'Etat du plateau des droits souverains sur ces fonds. L'article 77-3 notamment se réfère expressément à la théorie de l'occupation effective ou fictive, bien connue des conditions d'acquisition des terres en droit des gens[32], même si c'est pour en faire une condition non nécessaire[33]. Pour autant, le lien entre la notion de « propriété » et des droits sur le plateau continental existe bel et bien. C'est là la conséquence de la position de la

[30] Le quasi-usufruit, un usufruit sur des choses consomptibles par le premier usage : lorsque l'usufruit porte sur une chose dont on ne peut faire usage sans la consommer, l'usufruitier a le droit de s'en servir mais à condition de rendre, à la fin de l'usufruit (c'est à dire au décès de l'usufruitier, ou à l'échéance de la période de démembrement temporaire), soit des choses de même quantité et qualité, soit leur valeur estimée à la date de la restitution. Cet usufruit spécifique prend le nom de quasi-usufruit.

[31] Jean Combacau, *Le droit international de la mer*, coll. Que sais-je 1985 p.14 alors que Laurent Lucchini et Michel Voelckel évoquent l'existence en mer de seuls « *espaces* maritimes » (nos italiques), l' »espace » s'opposant en droit international au « territoire », voir Laurent Lucchini et Michel Voelckel, *Droit de la mer - Tome 1 : La mer et son droit – Les espaces maritimes,* Pedone 1990 (voir notamment l'analyse de la Zone économique exclusive p.212)

[32] Voir notamment là les théories juridiques d'acquisition des « *terra nullius* » ayant appuyé la colonisation

[33] Voir article 77-3 CMB : « Les droits de l'Etat côtier sur le plateau continental sont indépendants de l'occupation effective ou fictive, aussi bien que de toute proclamation expresse »

Cour Internationale de Justice dans l'affaire du plateau continental de la Mer du Nord telle que reprise par l'article 76 de la CMB.

En effet, en 1969, la Cour Internationale de Justice justifiait la situation du plateau continental comme étant « le prolongement naturel du territoire de l'Etat côtier »[34]. Et même si la Cour précise que « le droit de l'Etat riverain a pour fondement la souveraineté[35] que cet Etat exerce sur le territoire dont ce plateau est le prolongement naturel sous la mer »[36], elle justifie le choix de la théorie qu'elle retient du « prolongement naturel » par le fait qu' « il y a plusieurs manières de formuler ce principe, mais [que] l'idée de base, celle d'une extension de quelque chose que l'on *possède*[37] déjà, [… et que] c'est cette idée d'extension qui est décisive pour la Cour »[38].

L'article 76 de la CMB reprendra cette notion de prolongement naturel par la référence à la « marge continentale » comme référence de définition du plateau continental que peut revendiquer un Etat, y compris au-delà des 200 milles nautiques de la Zone Economique Exclusive. Pour ce faire, l'Etat doit déposer un dossier de demande d'extension de son plateau continental devant la Commission des Limites du plateau Continental (CLPC) et doit notamment démontrer que son plateau répond au-dit « test d'appartenance »[39].

On note alors là une intrication des discours et des mots de la souveraineté et de la propriété, de l'appropriation. Mais, si les termes de la propriété sont utilisés dans la CMB pour le sol et sous-sol marins, plateau continental comme Zone Internationale, « patrimoine commun de l'humanité »[40], il en irait autrement pour la masse liquide[41], au-delà de la mer territoriale[42].

La masse liquide au-delà de la mer territoriale est, elle aussi, désormais apparemment concernée…

La terre était « terra nullius » et la diversité de titres de propriété/souveraineté se développait via le déploiement en Droit des gens des théories internes d'acquisition du droit de propriété et notamment de celle du droit romain, *animus* et *corpus* : l'occupation certes, mais « effective ». Alors on recourait à la géométrisation de l'espace doublée d'un contrôle matérialisé par des « murs », des « murs de proscription » : les frontières puisque comme l'a

---

[34] En effet, selon la Cour, « *En réalité le titre que le droit international attribue ipso jure à l'Etat riverain sur son plateau continental procède de ce que ces zones sous-marines peuvent être considérées comme faisant véritablement partie du territoire sur lequel l'Etat exerce déjà son autorité ; on peut dire que tout en étant recouvertes d'eau, elles sont un prolongement, une continuation, une extension de ce territoire sous la mer…* » CIJ, *Affaire du plateau continental en mer du Nord* 20-2-1969 §43 notamment

[35] Donc *imperium*

[36] CIJ, *Affaire du plateau continental de la mer du Nord*, préc. §39

[37] Donc *dominium* – nos italiques

[38] CIJ, *Affaire du plateau continental de la mer du Nord*, préc. §43

[39] Ce « test d'appartenance (*appurtenance*) » est exigé – entre autres preuves – par les lignes directrices de la CLPC du 13-5-1999 http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/commission_documents.htm#Guidelines et « l'appartenance » relève de l' « avoir »

[40] Voir supra

[41] Nous pourrions également évoquer ici le sort réservé aux ressources qui sont, elles, le plus souvent, dans le registre des choses appropriables par occupation, à moins qu'elles ne soient « patrimoine commun de l'humanité » ou encore considérées en droit comme « ressources partagées » à l'image, au moins, des fleuves internationaux. Nous n'évoquerons pas ici leur situation.

[42] Nous ne nous pencherons pas ici sur la mer territoriale comme masse liquide, indépendamment de l'intérêt que cela pourrait avoir, indépendamment du fait que cette « eau » n' « appartient » pas au domaine public maritime en droit français. Nous nous pencherons sur les zones marines au-delà de celle qui fait juridiquement partie du territoire de l'Etat côtier.

maintes fois rappelé la CIJ « Définir un territoire c'est définir des frontières ». Et la CIJ en a dessiné bien souvent… en mer… pour les Etats dont les côtes se font face ou qui sont limitrophes, principalement aux ciseaux de l'équité, parfois *ex aequo et bono*.

Or l'on se rappelle Grotius : « la propriété ne saurait exister en matière de choses non bornées »[43] car non susceptibles d'être bornées, comme la mer. Alors, certes en mer territoriale, on en a trouvé le moyen par la théorie de « la portée du canon » et cette dernière est bien plus grande aujourd'hui que lorsque Galiani la fixait à trois milles nautiques, mais les Etats en droit de la mer se sont, au-delà, comme autolimités : le seul *territoire* maritime qui soit reconnu par le droit positif reste la mer territoriale, élargie même désormais à douze milles nautiques. La zone économique exclusive (ZEE) qui, en mer, lui succède[44] physiquement n'est pas un « territoire » et n'a jamais été conçue comme telle (Queneudec 1975)[45]. Pour autant, nombre d'Etats, et non des moindres (France, Royaume Uni), ont défendu que les droits que la CMB leur reconnaissait sur cette zone existaient indépendamment de la constitution par eux de la zone, càd qu'ils pouvaient exercer les droits afférant à la ZEE sans créer la zone… position d'ailleurs reprise par les dispositions d'application *ratione loci* de certaines conventions internationales, notamment de l'OMI[46].

Ainsi, la zone, la masse liquide est libre a priori. Mais en droit, l'Etat côtier exerce des droits souverains sur les ressources vivantes ou non vivantes au-delà de la mer territoriale[47] (art.56 CMB), mais pas sur l'espace, dit-on souvent. Pourtant, même dans cette approche purement fonctionnelle du droit de la mer, ordinairement défendue, comment peut-on exercer de tels droits sur des ressources, que le droit aurait, à tort peut-être, tendance à qualifier d'accessoire, si le principal – l'espace – n'est pas soumis au même régime puisque « *accessorium principale sequitur* » ? L'Etat côtier aurait des droits sur la ressource et non sur la zone. On pourrait alors tout à fait défendre l'idée d'une application à l'envers de l'adage « *accessorium principale sequitur* ». La conclusion s'impose alors : on ne peut que donner raison à l'approche territorialiste de la mer du Professeur Jean Combacau, pour qui la mer serait dans l'ensemble de son emprise « le prolongement naturel de l'Etat en mer » (Comabacau 1985, p. 16) et donc l'accessoire de l'Etat. Selden est de retour avec la théorie d'une mer, accessoire de la souveraineté du Roi d'Angleterre : une « mare clausum » (Selden 1635).

Le droit de la colonisation nous l'aurait appris aussi. Car selon ce droit, les ressources devenant partout propriété par simple « occupation » voire « exploitation » donc, il sembla nécessaire, pour accéder à ces richesses lors de la colonisation, d' « occuper » non pas « vaguement », mais effectivement l'espace qui les contenait[48]. L'accessoire – c'est-à-dire la ressource – ne pouvait être « accaparée » par le colonisateur que s'il se saisissait du principal, les terres – alors *terra nullius* – les contenant (Rosenberg 1983).

Aujourd'hui encore, l'on peut remarquer comment les Etats disent leur rapport à l'espace et comme par hasard particulièrement à l'espace marin.

---

[43] Hugo de Groot dit Grotius, *De mare liberum – De la liberté des mers*, 1609 Publications Université de Caen 1990

[44] Nous pourrions développer la même réflexion s'agissant de la zone contigüe, incluse désormais dans la zone économique exclusive, dont elle ne partage pas le régime juridique ; voir article 33 CMB et articles 55 et s. CMB

[45] Pour qui la ZEE serait une zone *sui generis*

[46] Voir par exemple, la Convention de l'OMI de 1992 sur la responsabilité civile du propriétaire de navire pour pollution par hydrocarbures (CLC 1992) et la Convention de 1992 sur le FIPOL (FIPOL 1992)

[47] Qui, elle, relève du « territoire »

[48] Voir par exemple Rosenberg 1983 ; voir aussi Kodjo-Grandvaux et Koubi (dir) 2006.

Si l'on lit le rapport d'information du Sénat de 2012 sur la maritimisation de la France, on trouve un vocabulaire « flottant » : « appropriation », « logique d'accaparement », mais aussi et dans le même sens « juridiction »[49].

Si l'on analyse l'évolution du droit de la mer, on ne peut que constater une tentation, voire tentative de « territorialisation » des espaces. Cette tentative s'exprime alors, soit car la mer porte la figure de l'ingérence territoriale en droit international[50], soit car en mer on commence à s'attaquer à la liberté de navigation[51], via une densification des pouvoirs que les Etats s'y reconnaissent et y exercent et qui confinent à concevoir les zones concernées *de facto* comme un territoire, une « possession » et non plus comme seulement « zone de compétences fonctionnelles ».

La mer est un « mien » selon qu'elle est libre ou pas et quand elle n'est pas libre, elle est prise pour un territoire, à défaut de l'être déjà … Le *dominium* dispute la place à l'*imperium*.

Pourtant, aujourd'hui, s'agissant encore de la mer, le véritable titre que les Etats utilisent reste celui de leurs intérêts, un engrenage qui les meuvent ici et ailleurs, de l'hyper-souveraineté/puissance de l'empire vers la soumission aux exigences du droit, ici du droit international de l'environnement, qui limite leur leadership affirmé, par le retour de la propriété commune.

La relation entre l'Etat et ses propriétés : entre tentation impériale et retour de la maison

Quel entre-deux étonnant il y a là, de nature à rendre les Etats schizophrènes peut-être. Le monde est advenu, non en 1492[52] mais en 1989[53]. Dans ce monde, espace nouveau pour le droit, l'Etat déploie ses actions comme un empire, alors que l'état du monde lui impose de se reconvertir dans la reconstruction.

Emprise, empire, intérêts vitaux… l'Etat prédateur

L'Etat serait désormais en crise. Il le serait, non pas seulement en ce qu'il serait remis en cause par la mondialisation qui ferait advenir les revendications régionales, souvent transfrontalières, du fait des effets par exemple de l'*uti possidetis juris* ou des puissances économiques privées. L'Etat-territorial serait en crise, aussi, car il développe des arguments

[49] Lorgeau, 2012, p. 42 et s.

[50] Tel est le cas du droit de passage inoffensif en mer territoriale pris comme modèle de construction juridique pour l'ingérence humanitaire (corridors humanitaires…etc) sur le territoire terrestre des Etats ; voir aussi la « densification » des pouvoirs que s'arrogent les Etats côtiers dans ce cadre du droit de passage inoffensif pour les navires dangereux (voir le périple du tanker japonais chargé de plutonium, l'Akatsuki-Maru, en 1992 exclu des mers territoriales de plusieurs Etats côtiers – carte sur http://www.dissident-media.org/infonucleaire/plutonium_bombe.html) ou des navires de guerres (voir les déclarations des Etats parties à la CMB déposées conformément à l'article 310 de la CMB), le tout en contradiction claire avec les termes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer

[51] En effet, même si l'Etat côtier n'a en ZEE que « juridiction » – et non des « droits souverains » – en matière de préservation du milieu marin (article 56) et doit alors respecter le droit de navigation des navires correspondant aux normes de conception et d'équipement de l'OMI, la France et l'Espagne n'ont pas hésité à prendre (et exécuter) un acte contraire à cette liberté de navigation, à la suite de la catastrophe du Prestige, dans ce que l'on a nommé les « accords de Malaga » du 26-11-2002 – Pour une présentation de ces derniers « accords », voir Bettatti 2012, p.228.

[52] Découverte des Amériques par Christophe Colomb

[53] Chute du mur de Berlin permettant l'avènement d'une mondialisation sans précédent

impériaux qui le structurent et là l'Etat Islamique et son Califat n'ont rien inventé[54]. Ils éprouvent dans le sang ce que d'autres Etats mettent en œuvre dans la diplomatie (par ex. Charvin 1987) via les « intérêts fondamentaux » ou mieux, ce que les USA qualifient d' « intérêts *vitaux* » dans une sorte de nouvelle expression de la théorie organiciste de l'Etat qui continuerait comme à la fin du XIX° siècle, à avoir le « droit à l'existence » (Phillimore 1923). Ces « intérêts » permettent alors l'impérialisme colonisateur à travers la vieille théorie de l'« espace vital »… l'avoir par le pouvoir comme condition de l'être… Et le titre acquisitif de *dominium* qu'est principalement « l'adjacence » en mer s'épuise…

Car, il y a les Etats qui « terrifient » la mer, milieu désespérément mouvant, pour la rendre « terre » et y asseoir des droits qu'ils y revendiquent, comme ceux d'un propriétaire terrien. La construction de murs de sable en mer de Chine en est un exemple plus que criant et singulièrement symbolique[55].

Mais, surtout, au-delà, l'empire, le leader ou candidat leader, est un Etat qui décline ses frontières territoriales en qualificatifs divers qui les transforment parfois de « frontières-ligne » en « frontières-zone » (*limes*)[56] : jadis « fluides » (URSS), aujourd'hui « souveraines » (Australie), « intelligentes » (USA), « maritimes » (tous les Etats côtiers[57]) tout en sachant que les frontières de l'Etat, en droit positif, s'arrêtent bel et bien juridiquement à celle de son territoire proprement dit, et en mer à la seule limite externe de sa mer territoriale.

Ces qualificatifs cachent en fait une seule notion : les intérêts fondamentaux et un seul objectif : la défense de ces intérêts fondamentaux.

Alors, on peut dégager deux approches de ces intérêts fondamentaux en droit :

- Les intérêts fondamentaux comme intérêts fondamentaux des Etats : il y a alors maintien de l'Etat souverain *et alors puissant* comme structure fondatrice du droit international public, même dans la globalisation
- Les intérêts fondamentaux comme *common concern* : alors, cela impose la soumission de l'Etat, d'un Etat qui ne serait souverain que de manière relative ou « responsable » càd autolimitée ; soumission de l'Etat à des intérêts supérieurs et l'on flirte là, bien sûr, avec un retour au droit naturel et donc au *dominium*, sorte de « domaine éminent ».

Cette seconde acception concurrence la première et conforte la confusion *dominium*/*imperium* mais au profit d'une « propriété commune ».

[54] Voir sans autre rapprochement que comparatif Flory 1957, pp. 85-91 – Voir aussi les références au Dar al Islam

[55] Sur ces îles artificielles, et surtout sur cette « grande muraille de sable » en Mer de Chine, voir http://www.lefigaro.fr/international/2015/04/13/01003-20150413ARTFIG00089-pekin-construit-une-grande-muraille-de-sable-en-mer-de-chine.php

[56] Ce qui est le propre des stratégies impériales (et non étatiques) : voir Anderson 1997.

[57] Même si le droit international de la mer préfère au terme « frontières » le substantif « délimitations » maritimes – Voir Lucchini et Voelckel 1990.

Intérêts vitaux, biosphère, noosphère[58]*… l'Etat maçon…*

Il s'agit là de l'irruption d'un élément oublié du droit, voire de l'évolution des sociétés : la question de la protection des éléments nécessaires à permettre la durabilité de la vie sur terre. Jamais un droit n'a alors posé son objet en des termes si vitaux que le droit international de l'environnement, car la nature est globale, comme ce qui la menace. La communauté internationale pollue – on se trouve alors entre avoir et pouvoir – ce, jusqu'à compromettre les conditions même de l'existence – être – sur terre[59]. Et l'on peut là convoquer l' « *abusus* », le pouvoir propre de celui qui se comporte en propriétaire (avoir).

Là, reconnaissons que les choses « sont en route » et que l'on peut regretter que seule la soft law nous renseigne et encore, très peu, mais la tendance est là.

Comme intérêt vital, *common concern* au niveau international, il y a là la protection de l'environnement global et le vocabulaire de la « propriété » s'impose à nouveau.

En juin 1992, la communauté internationale, réunie en Sommet de la Terre à Rio, qualifiait, de manière fort intéressante mais aussi inédite, la Terre de « foyer de l'humanité »[60]. Or le foyer est bel et bien non seulement un lieu de vie de la famille, mais surtout : le domicile aussi. Et si l'on retient l'approche du « domicile » par le code civil français, il convient de rappeler que le domicile est « le lieu dans lequel la personne a son principal établissement » (article 102) ; il s'agit donc de l'endroit où la personne est supposée demeurer en permanence et qui permettra de pouvoir la contacter. Les mots du droit réel réapparaissent alors au-delà de ceux de la souveraineté et du droit de la compétence. Bref, il s'agit aussi communément d'une « maison ».

Et là, s'agissant de notre planète, un chef d'Etat, le Pape François, déclara récemment que « notre maison commune est comme une soeur avec laquelle nous partageons notre existence et telle une mère »[61], un « avoir » et un « être », une maison et une sœur. La bulle papale redeviendrait-elle titre de propriété à l'image de ce que fut, un temps, la bulle « *Inter caetera* » d'Alexandre VI de 1493[62] s'agissant de la mer ?

On ne peut là que tirer comme conclusion que le discours de la « propriété » s'impose en matière environnementale, sans doute eu égard aux dégâts de la théorie, tout autant « domaniale », de Descartes : « maîtres et possesseurs de la nature ». Cette théorie en effet s'inscrit dans la dynamique de l'appropriation tant dans le fait de s'affirmer « possesseur de la nature » que dans le fait de « polluer, endommager » cette nature qui est une autre forme

[58] La *noosphère* se juxtapose à la lithosphère (la masse inerte), à la biosphère (la masse vivante) et à la sociosphère (ensemble des relations humaines et/ou écologiques) et elle englobe l'ensemble de l'activité intellectuelle de la Terre : il s'agit d'une sorte de « conscience collective de l'humanité » qui regroupe toutes les activités cérébrales et mécaniques de mémorisation et de traitement de l'information.

[59] Les scientifiques n'annoncent-ils pas la sixième extinction de masse ? Voir : http://www.lemonde.fr/planete/article/2015/06/20/la-sixieme-extinction-animale-de-masse-est-en-cours_4658330_3244.html ; Voir aussi, s'agissant de la mer, ONU 2002

[60] Préambule de la « Déclaration des Nations Unies sur l'environnement et le développement », Rio 3-14 juin 1992

[61] Lettre Encyclique, *Laudate Si' du Saint Père François sur la sauvegarde de la maison commune* du 18 juin 2015, éd. Artège 2015 §1 – Position saluée par Ban Ki Moon lors des préparatifs de la Cop 21 de Paris, Cop 21 où le Pape François a évoqué le risque de «suicide » du monde http://www.lejdd.fr/Societe/EN-DIRECT-Suivez-la-COP21-la-conference-sur-le-climat-a-Paris-Le-Bourget-762123

[62] Alexandre VI, *Bulle Inter caetera* 4-5-1493 https://www.herodote.net/7_juin_1494-evenement-14940607.php

d'appropriation. Cette théorie est bien entendu à l'origine du mal-propre ou de la mal-propriété pour parodier Michel Serres[63].

Alors, on est cerné là par une terminologie spécifique : « *domus* », « domicile », « domaine », mais aussi « domination » et dans une problématique de « question de survie »[64], mais toujours « avoir » ou « être », « avoir » et « être », juste à grande échelle, une macro-échelle, une version de cercles concentriques indéfiniment pour un droit qui tourne toujours autour des mêmes concepts en ne jouant qu'avec les mots et en les déplaçant sur l'échiquier, un échiquier comme un écran tactile qui permet simplement d'en élargir la configuration sur les cartes par une pression des doigts… Question d'échelle, juste une question d'échelle…

En guise de conclusion

Que dire si ce n'est que, malgré tout ce qui vient d'être écrit, la rigueur positiviste impose de rappeler que la différence existe bel et bien entre « *imperium* » et « *dominium* » ? Mais pourtant, que dire aussi sur l'errance de la notion de propriété, si ce n'est qu'elle pourrait se reproduire indéfiniment sous d'autres formes – y compris « *imperium* » – dont on peut se demander parfois si leur différence n'a pas que le mérite du « juridiquement pur » sur le plan du « dit » et non sur celui du « sens » ?

Peut-être faudrait-il là réussir ce que l'on voudrait faire en France : « un choc de simplification » par la « modernisation d'un droit, illisible », à moins que l'auteur n'ait ici, lui-même, compliqué les choses…

Il est certain que nous sommes là, ou que l'auteur s'est engagé, peut-être, par erreur, dans une sorte d'entre-deux, comme dans l'expérience du chat de Schrödinger : un chat est enfermé dans une boîte avec un flacon de poison qui va se briser et tuer le chat, mais on ne sait pas quand. Ainsi tant que l'on n'a pas ouvert la boîte, le chat est à la fois mort et vivant.

Ainsi en va-t-il peut-être de la propriété, du *dominium* : et mort et vivant…

La mer a vu naître la déesse de la beauté, dit-on ; une déesse, qui a l'apanage de la souveraineté si l'on en croit Bataille… et pourtant, cette femme ainsi debout ne cache-t-elle pas aussi la propriété[65] ? La propriété qui pourrait n'être là que le résultat d'une lecture surréaliste du droit international public à laquelle l'auteur a tenté ici, de se livrer.

Bibliographie

Alland D. (1987) *Les représentations de l'espace en droit international public*, Archives de Philosophie du Droit tome 32, pp.166-178

Alquié F. (1955) *Philosophie du surréalisme*, Flammarion, Paris

[63] Serres 2008.
[64] Pour reprendre le titre de l'ouvrage du Club de Rome (King et Schneider 1991).
[65] Par comparaison avec le célèbre tableau symbolique du surréalisme de Magritte « Je ne vois pas la [femme] cachée dans la forêt » 1929 dont Ferdinand Alquié propose l'explication suivante : « Car tout objet, même évident, paraît d'abord nous cacher sa vraie réalité : elle ne se révèle qu'à notre inquiète attention. C'est ce que traduit la composition de Magritte imposant à nos yeux une femme nue trop visible, et l'entourant des mots : « Je ne vois pas la... cachée dans la forêt », Ferdinand Alquié, *Philosophie du surréalisme*, Flammarion, Paris, 1955, p. 207

Anderson M. (1997) « Les frontières : un débat contemporain », *Cultures & Conflits* [En ligne], 26-27 | automne 1997, mis en ligne le 15 mars 2006, consulté le 6 octobre 2015. URL : http://conflits.revues.org/359

Anzilotti D. (1912) *Cours de droit international,* ed.Sirey, Paris

Atkinson Wortley B. (1962) « Le ″trust″ et ses applications modernes en droit anglais », *Revue Internationale de droit comparé* Oct-Déc. pp.699-710.

Badie B. (1999) *Un monde sans souveraineté - Les Etats entre ruse et responsabilité*, Fayard coll. L'espace du politique, Paris, 303 pages.

Badie B. et Smouts M.-C. (dir.) (1996) *L'international sans territoire*, Coll. Cultures et conflits, L'Harmattan, Paris, 422 pages.

Barberis J. (1999) *Les liens juridiques entre l'Etat et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international* Annuaire Français de Droit International pp.132-147.

Bataille G. (1976) *La Souveraineté*, in O.C. VIII, Gallimard, Paris

Bettatti M. (2012) *Le droit international de l'environnement*, ed. Odile Jacob, Paris

Bekkouche A. (1987) *La récupération du concept de patrimoine commun de l'humanité (P.C.H.) par les Etats industriels,* Revue Belge de Droit International pp.124-137.

Charvin R. (1987) *La doctrine américaine de la "souveraineté limitée",* Revue Belge de Droit International pp.5-27.

Cheng B. (1991) *La jurimétrie : sens et mesure de la souveraineté juridique et de la compétence nationale*, Journal du Droit International pp.579-599.

Combacau J., 1985, *Le droit international de la mer*, Coll. Que sais-je, PUF, Paris

Fiore P. (1885) *Nouveau droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne,* ed.A.Durand et Pedone-Lauriel Paris

Flory M. (1957) « La notion de territoire arabe et son application au problème du Sahara » *Annuaire Français de Droit International* 1957, pp. 85-91.

Geouffre de la Pradelle A. (1934) *La mer,* Cours de droit international Public 1933, Ed. Internationales, Paris, 1934.

Gidel G. (1981) *Le droit international public maritime*, 1934 Ed. Duchemin Paris1981 Tome 1.

(De) Groot H., dit Grotius, *De mare liberum – De la liberté des mers*, 1609, Publications Université de Caen 1990.

Kodjo-Grandvaux S. et Koubi G. (dir) (2006) *Droit et colonisation*, Bruylant coll. Droit, Territoires, Cultures Paris.

King A., Schneider B. (1991) *Questions de survie – La révolution mondiale a commencé*, ed. Calmann Levy, Paris.

Kiss A.C., De Klemm C. (dir) (2000) *L'écologie et la loi – Le statut juridique de l'environnement*, L'Harmattan, coll. Environnement Paris

Labrot V. (2012) *Existe-t-il un ordre public des fonds marins ?* , in Cudennec A. (dir.), *Ordre public et mer*, Pedone, Paris, pp.73-86.

Lorgeau J. et al. (2012) *Rapport d'information sur la maritimisation*, n°674 Sénat 17-7-2012. p.42 et s.

Lucchini L. et Voelckel M. (1990) *Droit de la mer*, Tome 1 : *La mer et son droit – Les espaces maritimes*, Pedone, Paris

Maitland F.-W.,State, (2003) *Trust and Corporation*, reéd. Cambridge University Press p.207

ONU (2002) « Les océans, source de vie » Rapport Nations Unies – Droit de la mer, (vingtième anniversaire de la CMB) pub. ONU

Pancracio J.P. (2010) *Droit de la mer*, Dalloz coll. Précis LGDJ Paris

Pellet M., Daillier P., N'Guyen Qoc Dinh (1986) *Droit international public*, Pedone 7ème édition Paris

Phillimore (1923) *Droits et devoirs fondamentaux des Etats*, RCADI La Haye pp.25-70.

Queneudec J.-P. (1975) *La Zone économique exclusive,* Revue Générale de Droit International Public pp.321-353.

Riphagen R. (1980) *The International Concern for the Environment as expressed in the concepts of the "Common Heritage of Mankind"and of "Shared Natural resosurces "* UICN, *Tendances actuelles de la politique du droit de l'environnement*, Gland, pp.343-356.

Rosenberg D. (1983) *Le principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles* » Coll. Thèses, LGDJ, Paris

Ruzié D. (1987) *Droit international public*, 7ème éd. Dalloz, Paris

Scelle G. (1943) *Manuel élémentaire de droit international public*, Ed. Domat-Montchrestien, Paris

Schmitt C. (1922 et 1969) *Théologie politique*, rééd. NRF ed. Gallimard Paris1983.

Selden J. (1635) *Mare clausum: seu de dominio maris, libri duo*, London: excudebat Will. stanesbeius, pro Richardo Meighen, 1ère edition.

Serres M. (2008) *Le Mal propre : polluer pour s'approprier ?*, ed. Le Pommier, Paris.

Sudre F., J.-P.Marguenaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet (2013) *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme,* Coll. Thémis, PUF Droit, Paris.

Tanaka Y. (2016) *A Dual Approach to Ocean Governance : The cases of zonal and integrated management in International Law of the sea,* Routledge Ed. London.

Virally M. (1965) *Vers un droit international du développement*, Annuaire Français de Droit International, pp.3-12.

Wortley B. A. (1962) *Le "trust" et ses applications modernes en droit anglais,* Revue Internationale de droit comparé Oct-Déc. 1962 pp.699-710.

Deuxième partie

Propriété et ressources naturelles : l'eau, les poissons

Le rôle des institutions dans la définition économique de la notion de ressource : l'exemple des ressources marines vivantes

Olivier Thébaud

Economiste, cadre de recherche Ifremer
UMR 6308 AMURE, Ifremer
olivier.thebaud@ifremer.fr

Résumé

Cette contribution s'intéresse au processus social par lequel les objets naturels acquièrent le statut de ressources économiques, appropriables et échangeables. Dans une perspective néo-institutionnaliste, elle analyse les implications de ce processus pour l'étude des problèmes de choix collectif en matière de conservation du vivant. L'analyse prend appui sur une revue de littérature et sur une illustration empirique constituée par le cas de la pêche baleinière.

Abstract

This paper deals with the social processes turning natural objects into economic resources, which may be appropriated and traded. Using a neo-institutionalist framework, it analyses the implications of this process for the study of collective choices that are related to the conservation of living organisms. The analysis is based on a literature review and on the case study of whaling.

Mots-clés

Ressources naturelles, changement institutionnel, droits de propriété, effets externes, pêche baleinière.

Keywords

Natural resources, institutional change, property rights, externalities, whaling.

> *"The social and economic conditions in a given society are under constant flux as new things become scarce, as tastes and preferences change, as population increases, and as technology opens up new promises - and new problems. The usual practice is to treat these changes as exogenous and then attempt to explain or predict the probable response of economic actors. An interesting development within economic thought concerns a renewed interest in attempts to understand, to explain, and to predict the nature and scope of changes in the economic conditions. Because economic conditions are determined by the institutional arrangements in society, this interest finds itself concerned with institutional change."*
>
> David Bromley, 1989, p. 11.

Introduction

L'émergence des questions d'environnement a progressivement conduit au développement, en économie, d'un cadre d'analyse cherchant à rendre compte du fait que la logique économique de « l'ordre spontané » permis, sous certaines conditions, par le mécanisme du marché, puisse ne pas se réaliser en présence *d'effets externes* aux relations marchandes. Un aspect central de l'analyse théorique ainsi développée est que le rétablissement d'une coordination décentralisée efficace nécessite une révision des règles collectives s'appliquant à l'utilisation des écosystèmes. En pratique, les problèmes d'environnement sont ainsi considérés comme l'origine d'un mouvement d'appropriation (publique ou privée) de la nature, dont la légitimité réside dans sa capacité à assurer une utilisation plus efficace des écosystèmes. Pour F. Christy (1996), comme pour de nombreux auteurs ayant travaillé sur cette question, le développement de droits de propriété apparaît en fait comme un phénomène inéluctable du point de vue théorique, et comme une réalité incontestable marquant l'évolution récente des systèmes d'exploitation des ressources de la nature, et notamment des pêcheries. Derrière ce mouvement d'appropriation, c'est en fait la nature du *contrôle* exercé par les agents économiques sur les écosystèmes qui est en jeu. Ce contrôle détermine en effet la possibilité pour ces agents de mobiliser certaines composantes écologiques comme *ressources* dans la production et dans l'échange.

Dans la plupart des ouvrages consacrés à l'économie de l'environnement, la section introductive est centrée sur l'identification des caractéristiques particulières de ces ressources. Leur nature non-produite et non-productible est alors généralement placée au premier plan. Les ouvrages s'attachent par exemple à définir les termes « *actifs naturels* » ou « *fonctions, services et aménités naturels, directs et indirects* » provenant de l'environnement biophysique. Ils reconnaissent habituellement la nécessité d'établir une distinction au sein de cette catégorie, entre les ressources qui sont *renouvelables,* sous certaines conditions, et celles dont les stocks doivent être considérés comme *épuisables*. Le trait commun à ces ressources, et leur caractéristique centrale, est cependant le fait que leur disponibilité est limitée par des conditions objectives dont la détermination échappe à l'économie, et de manière plus large à la maîtrise de l'homme.

Le sens attribué au terme plus général de *ressource* appliqué à des éléments ou qualités des milieux naturels fait toutefois rarement l'objet de discussions. Il n'y aurait ainsi pas lieu de débattre, dans le cadre des ouvrages en question, du contenu théorique de ce terme, ni de le discuter lorsqu'il apparaît dans des recommandations pour une utilisation efficace des « ressources naturelles ». De fait, il n'est pas rare d'entendre les spécialistes de ces questions dans le domaine des pêches - économistes comme biologistes - parler de « la ressource » sans plus de précisions, étant entendu que le contenu à accorder à ce terme est communément admis. L'extrait suivant d'une introduction dans laquelle Dasgupta (1982) insiste sur l'existence d'une limite à la disponibilité des ressources naturelles illustre bien le point de vue adopté sur ce sujet dans de nombreux ouvrages d'économie :

> *"This [...] is of central importance, for it is a direct consequence of the earth being of limited size. To be sure, this upper bound can be large; so large in fact that for a long while one may not be able to monitor the fact that the resource is being encroached upon. If the rate of utilization of such a resource has in the past never been very great the stock, for all intents and purposes, may be treated as unlimited. It could then be regarded as a free good; and it is often so regarded. With the passage of time it can happen that a community's need for it rises and the stock is allowed to fall to low levels. Meanwhile, it is still regarded as a free good. There is a presumption then that the resource, being free, is being exploited excessively. It is then that society becomes*

> *conscious of a 'problem' and wants to know what stock it ought, collectively, to aim at."* (p.5, souligné par nous)

On retrouve bien ici la construction des problèmes d'environnement telle qu'elle est décrite dans les ouvrages d'économie. *La ressource* - par exemple une population marine - est donnée, c'est à dire que le bien naturel, défini comme un stock, s'impose aux agents de manière objective. De même, *la communauté* pour laquelle se pose le problème de sa conservation - l'ensemble des agents affectés par l'utilisation du stock - et *la valeur* attribuée à ce bien collectivement apparaissent également comme données du problème que l'économiste cherche à révéler puis à résoudre. L'existence d'un problème d'environnement est expliquée par l'apparition d'un décalage, à un moment donné, entre cette valeur de la ressource dans la communauté concernée et la gratuité de son utilisation en l'absence de règles collectives s'appliquant à son usage. Du point de vue normatif, le problème devient alors d'identifier le meilleur ajustement possible des activités individuelles aux conditions économiques, technologiques et biophysiques ainsi spécifiées, et les moyens de s'en rapprocher.

Une telle lecture, si elle permet de mobiliser directement les outils du calcul économique, semble laisser de côté une dimension importante des problèmes d'environnement, qui est également présente dans la citation de Dasgupta : celle des modalités par lesquelles s'opère le changement des conditions économiques, technologiques et biophysiques menant à la situation ainsi décrite, et l'ajustement des activités et des règles collectives qui s'ensuit. En particulier, elle prend pour point de départ de la réflexion l'aboutissement du processus social par lequel les objets naturels acquièrent le statut de ressources économiques, c'est à dire de biens identifiables et échangeables, *utiles* à la poursuite par les agents de leur intérêt individuel[1]. La compréhension de ce processus suppose de s'intéresser directement à l'émergence des conditions dans lesquelles opère l'économie, et en particulier, comme le souligne Bromley (cité ci-dessus), à la dynamique du changement institutionnel.

L'objet de cette contribution est, en abordant ces questions pour le cas des écosystèmes marins et en s'appuyant sur une revue de la littérature, d'analyser leurs implications pour l'étude des problèmes de choix collectif en matière de conservation du vivant.

Les facteurs naturels comme ressources économiques

Des ressources rares à allouer à des fins alternatives

La séparation entre la logique du développement de l'économie et les conditions biophysiques sur lesquelles ce développement s'appuie est un trait ancien des sciences économiques, fréquemment souligné dans les travaux sur les ressources naturelles. Les auteurs classiques, en concentrant leur analyse sur les rapports entre les hommes, considéraient les facteurs naturels incorporés à l'activité économique comme une base inaltérable, non menacée par les activités humaines. Ces facteurs n'avaient en fait de valeur que par le travail impliqué dans leur extraction et la rente payée à leur éventuel propriétaire[2]. Cette analyse de l'économie comme un ensemble autonome, détaché du milieu biophysique, est également caractéristique

[1] En pratique, cette question semble pourtant être un point essentiel du débat sur la mise en place de politiques de conservation du vivant. Que peut-on intégrer des systèmes vivants dans un raisonnement en termes de « ressources » ? Quelle est la « communauté » concernée par ces décisions ? Comment aborder la question de la « valeur » du vivant d'un point de vue opérationnel ? La conception de l'environnement biophysique comme un ensemble de ressources à allouer à des fins alternatives suppose en définitive ces questions résolues.

[2] Voir l'histoire des idées que retrace Passet (1996). Cette question est également abordée par Salles (1993) et Romagny (1996).

de l'économie du bien-être, centrée sur les questions d'allocation de ressources. En effet, dans le modèle néoclassique d'allocation marchande, le critère de détermination de la valeur économique d'un bien ou facteur de production est celui de l'utilité : les facteurs naturels n'entrent dans le cadre de l'analyse économique que parce que leur disponibilité et leur utilisation affectent l'utilité d'au moins un agent de l'économie, et ainsi la dépense que cet agent est prêt à engager pour se le procurer[3]. Les rapports entretenus avec la nature ne sont pris en compte que dans la mesure où ils affectent directement les rapports entre agents économiques, et où le milieu constitue le support de ces interactions entre agents (Godard 1984)[4]. Dans ce contexte, comme le souligne Kolm (1986), une définition économique générale des ressources naturelles pourrait être la suivante :

> *« [...] une ressource naturelle au sens strict [...] n'est une ressource que parce qu'elle fait l'objet de désirs humains, et le problème de l'allocation et du partage des droits sur elle ne se pose que parce que les désirs à son sujet s'opposent. Toutes ces questions - allocation de droits aux ressources naturelles, production de biens publics, échanges marchands, ententes en général - naissent de la rencontre de désirs à satisfactions interdépendantes de plusieurs personnes.* » (p.218)

Deux lectures de cette définition générale sont cependant possibles. La première est centrée sur le problème des choix d'allocation individuels et collectifs entendus comme la mise en œuvre de moyens rares à des fins alternatives : dans ce sens, un objet devient une ressource en raison de son utilité relative pour un agent, *étant donné un contexte de choix sur lequel il n'a pas d'influence*. Une seconde lecture accorde une importance plus grande à la relation d'échange entre agents et aux modalités de coordination des préférences individuelles. Suivant cette seconde lecture, la valeur d'un objet comme ressource est largement déterminée par *les possibilités d'échanges mutuellement avantageux qui y sont associées*. La construction théorique néoclassique permet de confondre ces deux dimensions ; mais comme nous le verrons ci-dessous, son application aux facteurs naturels conduit à souligner l'importance de la distinction entre les deux lectures.

Dans son ouvrage sur « les limites de l'organisation », Arrow (1976) propose une définition des problèmes d'action individuelle et collective en économie correspondant à la première approche. Il considère en effet que de tels problèmes peuvent être ramenés à une tension fondamentale entre deux forces : les objectifs des agents d'une part, et les possibilités dont ils

[3] L'économie étant pensée comme un système de coordination entre un grand nombre d'agents, la production y est considérée dans la mesure où elle intéresse directement le mécanisme de coordination, et l'allocation de ressources qui en résulte, le problème des conditions de reproduction de la base matérielle sur laquelle la production s'appuie étant laissé, en tant que tel, en dehors de l'analyse. Si les facteurs naturels entrent ainsi, de façon abstraite, dans la pensée économique (au travers des concepts de rareté et de dotations initiales en particulier), la question de leur reproduction n'apparaît pas dans l'analyse.

[4] Godard (1984) souligne ainsi que la notion d'effet externe, sur laquelle nous reviendrons plus loin, n'a pas en soi pour but de désigner les transformations des processus biophysiques engendrées par les activités économiques, mais des interdépendances entre agents non prises en compte par l'échange marchand. La notion d'effet externe appartient donc à une représentation du système économique qui en fait un univers total, englobant, qui se définit par rapport à lui-même (p.330). Comme le souligne l'auteur, cette représentation est fortement marquée par la croyance en la possibilité croissante de manipuler le milieu biophysique au gré des volontés humaines. En s'appuyant sur les acquis des théories de l'auto-organisation, il montre cependant que cette conception d'une économie toujours plus « autonome » ne peut en définitive ignorer les liens entre activités économiques et milieu biophysique, base matérielle indispensable à leur fonctionnement. L'analyse de ces liens, interprétés comme relations entre un système autonome et son environnement, lui permet de construire une approche dans laquelle la contrainte exercée par les conditions de reproduction du milieu biophysique sur le fonctionnement de l'économie d'une part (le système dépend de l'environnement), et le fait que l'identité de ce milieu découle du système économique d'autre part (la définition de l'environnement procède du système), ne peuvent être dissociées dans la construction d'une problématique de l'environnement.

disposent pour réaliser ces objectifs d'autre part. Ces possibilités étant considérées comme limitées par définition, l'agent doit choisir, de façon à ménager ses ressources rares, celles qui lui permettent de satisfaire au mieux ses objectifs. On reconnaît là le programme de la théorie de la décision. L'argument défendu par Arrow est qu'un problème de même nature se pose à la collectivité considérée dans son ensemble. Cette approche débouche en effet sur une représentation des relations sociales comme une concurrence entre individus optimisateurs pour l'accès à des ressources rares. Au niveau collectif, il est donc nécessaire qu'un mécanisme social existe qui permette d'organiser cette concurrence, et en fin de compte d'attribuer les ressources de manière satisfaisante aux différentes utilisations possibles. Arrow souligne que le rôle de l'économiste est alors souvent de comprendre les limites aux possibilités d'action, et de souligner la nature des arbitrages nécessaires :

> *« Nous devons dire : 'ceci ou cela, mais pas les deux'. Vous ne pouvez pas faire les deux à la fois. »* (Arrow 1976, p. 16)

Le point essentiel est ici que la nature des arbitrages individuels et collectifs est fixée *a priori* : les « ressources » sont données, et leur valeur préexiste, le problème économique consistant finalement à identifier le meilleur ajustement possible des intérêts considérés aux contraintes qui prévalent dans la société. C'est cette approche que semble retenir Dasgupta dans son introduction. Ici, les facteurs naturels deviennent des ressources parce qu'ils constituent des moyens utiles à la satisfaction d'objectifs individuels et collectifs, dans le cadre d'une contrainte de rareté qui s'impose à l'analyse comme une donnée de nature.

Les fondements collectifs de la notion de ressource économique

Plus loin dans le même ouvrage, Arrow souligne cependant également le rôle essentiel joué en économie par l'existence de différences dans les préférences, les capacités et les talents des individus qui composent l'économie. Ces différences sont en effet au cœur de l'analyse économique classique, sur laquelle s'appuie la théorie du bien-être. Dans la pensée d'Adam Smith en particulier, ce sont elles qui donnent leur sens aux relations entre individus permettant le développement économique, et à l'idée de libre-échange. Comme le souligne Orléan (2004), dans la doctrine économique classique c'est la complémentarité qui constitue le ciment social : « chacun a besoin de chacun » et, de fait, la spécialisation et la division du travail sont au cœur du principe de cohésion des sociétés modernes mis en avant par les auteurs qui s'y rattachent[5]. Dans les termes de l'économie du bien-être, les objets matériels et immatériels deviennent des ressources économiques, non seulement parce qu'ils entrent dans la définition des relations de préférences des agents, mais également parce que ces préférences, les dotations respectives en biens et facteurs de production et les capacités productives divergent qualitativement entre agents, et qu'il est ainsi possible d'envisager un gain mutuel par l'échange. La réflexion d'A. Smith est menée à une époque où un débat important se développe sur la possibilité que les économies nationales prospèrent grâce à une plus grande liberté des individus en société : si la poursuite de l'intérêt individuel est ainsi perçue comme la source d'un accroissement de la richesse collective, c'est parce qu'elle permet le développement d'un échange mutuellement avantageux qui est considéré comme le fondement du développement de l'économie. La valeur d'un facteur comme moyen de satisfaire des objectifs particuliers est donc liée à la nature des différences qualitatives entre agents, et aux possibilités d'échange bénéfique qui en découlent à un moment donné dans l'économie.

[5] Le processus est en fait à double sens : la division du travail permet d'envisager des gains à l'échange, et l'échange tend à favoriser un processus de division du travail de plus en plus poussée.

Suivant cette seconde lecture, les contraintes auxquelles les agents sont confrontés, et en particulier la contrainte de rareté des ressources, n'apparaissent plus comme une donnée de nature s'imposant immédiatement aux unités de décision. C'est en effet le résultat agrégé du processus de rencontre d'individus aux dotations et talents variés qui révèle la rareté relative des biens et facteurs dans l'économie, et ainsi la nature et la force de la contrainte à laquelle chaque agent se voit finalement soumis. Dans le modèle d'équilibre concurrentiel néoclassique, la convergence simultanée et instantanée des décisions individuelles, traduite par l'existence d'un système de prix de marché, permet de considérer l'équilibre de raretés relatives à la fois comme la conséquence d'un processus de rencontre d'offres et de demandes individuelles, et *en même temps*, comme une donnée pour un agent isolé ou pour la collectivité[6]. C'est cette construction qui permet de centrer l'analyse sur les arbitrages individuels et collectifs nécessaires à la poursuite d'objectifs dans des conditions données, plus que sur le processus qui détermine la réalité de ces conditions. Mais dans la mesure où la nature de ces arbitrages se révèle aux agents au travers du processus d'échange lui-même, il devient également important de s'intéresser à la façon dont ce processus se construit, et en particulier de s'attacher à comprendre le rôle joué par des formes sociales reconnues comme « cadres communs » aux transactions entre agents.

Cette seconde lecture conduit à un déplacement de l'analyse, en ce qui concerne la question des ressources naturelles : d'un problème de choix individuels sous contraintes (rendus compatibles par le système des prix d'équilibre), l'accent est porté sur la façon dont des objets naturels peuvent acquérir le statut de biens mobilisables dans l'échange. Elle amène en fait à poser des questions dont la solution était considérée comme une donnée de départ dans le modèle d'équilibre concurrentiel, concernant les conditions nécessaires à l'échange marchand. En principe, le fonctionnement du marché n'est possible que si les agents s'accordent sur une définition claire des termes de l'échange : celui-ci ne peut avoir lieu que pour des entités de qualité homogène mesurable, et appropriables[7]. Dans le cas des facteurs naturels, cette caractérisation est souvent loin d'aller de soi, les problèmes d'environnement pouvant même être interprétés comme la conséquence d'une détermination imparfaite de ces facteurs comme objets d'un échange marchand. Pour reprendre les termes employés par Dasgupta, le fonctionnement de la coordination marchande n'est envisageable que pour des objets sur lesquels les agents disposent d'un certain *contrôle* reconnu au niveau collectif - et c'est l'origine et la nature de ce contrôle qui sont au cœur du problème de l'insertion des facteurs naturels comme ressources dans le jeu des relations économiques.

[6] En fait, le modèle concurrentiel ne donne comme explication du processus d'échange qu'une métaphore - celle du « commissaire priseur » assurant l'ajustement des prix de marché aux offres et aux demandes individuelles.

[7] L'acquisition d'un bien par un agent aurait en effet peu de sens si tous les agents de l'économie pouvaient ensuite continuer de l'utiliser (Randall 1993). North (1990) souligne à cet égard que le modèle de l'échange instantané de biens homogènes entre agents pleinement informés des termes de l'échange manque singulièrement de réalisme. Il propose de construire une représentation plus proche de la réalité de l'échange marchand en s'appuyant sur le concept de coût de transaction. Ces coûts de transaction traduisent selon lui l'incertitude à laquelle les agents peuvent être confrontés dans l'échange, qui est double : (i) d'une part, les agents peuvent être incertains de la qualité des biens et services échangés; (ii) d'autre part, ils peuvent être incertains du comportement des autres agents dans l'échange. La mesure des qualités des biens échangés, et l'application (*enforcement*) des conditions de l'échange entraînent ainsi des coûts affectant les transactions dans l'économie, et conduisent à s'intéresser à la façon dont ces coûts sont pris en charge dans le développement de relations marchandes.

Les relations de contrôle et d'autorité dans la définition d'une ressource naturelle

La notion de régime de droits de propriété

Selon l'approche standard, les problèmes de surexploitation des ressources marines vivantes découlent de situations d'accès libre aux populations marines exploitées. C'est donc l'absence d'une définition a priori de la structure des droits d'accès aux pêcheries, et par là le caractère mal défini du contrôle exercé par les opérateurs sur les populations marines, qui entraîne une exploitation jugée inefficace au niveau collectif. Au moins implicitement dans cette approche, le droit joue ainsi un rôle déterminant, en définissant la nature du contrôle exercé par les agents sur les facteurs naturels. L'approche s'insère dans une école de pensée développée à partir des années 1960 par des économistes du droit, en particulier du droit de propriété, dont Coase (1960) est généralement cité comme l'un des précurseurs[8]. Sur la base des analyses menées par Coase, mais auxquelles sont également associés des auteurs tels que Demsetz (1967), Cheung (1970), Alchian et Demsetz (1973), Posner (1977), Bromley (1978), Dahlman (1979), Libecap (1989), ou Randall (1993), une partie de l'économie des ressources naturelles s'est en effet développée autour de la question des droits de propriété. Cette préoccupation est également à l'origine des débats plus récents sur la notion de « propriété commune ». La propriété, interprétée comme une forme de contrôle sur les objets économiques, est ainsi devenue un concept central dans les travaux concernant l'économie des ressources naturelles[9].

Dans son article de 1960, Coase s'attache à fournir une interprétation économique des problèmes de « nuisances » engendrées par l'activité d'un agent, et se traduisant par un impact non-compensé sur l'utilité d'un autre agent, par l'intermédiaire du milieu biophysique. Il cite comme exemples le cas d'étincelles produites par les trains d'une compagnie ferroviaire, incendiant les récoltes d'un agriculteur situées à proximité de la voie ferrée, ou celui du bruit et des vibrations causés par les machines d'un confiseur gênant les consultations pratiquées par un médecin dans son cabinet voisin. Sur la base de ces exemples, Coase démontre que si la structure de droits de propriété s'appliquant à l'interaction entre les deux agents est complètement définie et exclusive, cette interaction sera internalisée dans leurs

[8] Les travaux de Coase s'inscrivent eux-mêmes dans un mouvement d'extension et de généralisation du modèle néoclassique à l'analyse des comportements hors-marché qui se développe aux Etats-Unis à partir de cette époque, et dont l'inspiration apparaît liée, au moins au départ, aux travaux d'économistes de l'école de Chicago. La diversité importante des approches développées par la suite autour de la question du rôle des institutions dans le fonctionnement de l'économie, à la fois dans les positions méthodologiques et les types de problèmes étudiés, rend cependant difficile leur rattachement à un courant de pensée unique, bien délimité. Les travaux anglo-saxons sont fréquemment regroupés sous la bannière d'une « nouvelle économie institutionnelle » (Langlois (Ed.) 1986 ; Guerrien 1990), par opposition à l'institutionnalisme américain du début du siècle, auquel sont associés des auteurs tels que Veblen ou Commons. Les travaux de ces derniers, s'appuyant en effet sur un cadre conceptuel totalement différent de celui de l'économie néoclassique et faisant appel aux outils d'analyse historiques, politiques, sociologiques et juridiques, et très peu au raisonnement formel, ont eu une influence limitée sur le courant de pensée dominant en économie. Dans une revue de la littérature contemporaine sur les institutions économiques, Brousseau (1993) propose quant à lui d'intégrer sous l'appellation de « théorie des contrats » un ensemble plus vaste de recherches incluant également l'économie des conventions française. Pour une présentation de la « nouvelle économie du droit » à laquelle les travaux de Coase peuvent être rattachés, voir par exemple Fluet (1990).

[9] Pour Eggertsson (1996), le contrôle apparaît en fin de compte comme une manifestation de pouvoir, et l'intérêt récent des économistes pour les questions de contrôle peut être interprété comme une tentative d'intégration des questions de pouvoir dans l'analyse économique standard. L'objectif est à la fois d'expliquer comment des formes de contrôle apparaissent, se maintiennent et disparaissent, et quelles sont les implications de formes de contrôle particulières pour l'organisation de l'activité économique et ses résultats en termes d'efficacité, de distribution des richesses, etc.. Cette question est au coeur du problème des droits de propriété sur les biens naturels.

calculs individuels, et la négociation volontaire mènera à la réduction des « nuisances » à un niveau efficace (mais non nécessairement nul) de production d'un impact environnemental.

L'importance de son raisonnement tient en particulier à la mise en lumière de *la nature réciproque* des interdépendances entre agents dans ces exemples, et des problèmes qualifiés « d'effets externes » par l'économie du bien être en général. L'effet négatif (non compensé) de l'activité de la compagnie ferroviaire sur l'utilité du cultivateur a pour pendant un effet positif sur l'utilité de la compagnie tant que celle-ci n'est pas contrainte d'agir pour éviter les étincelles produites par ses trains. Le problème est donc de savoir quelle est la nature du contrôle sur cet effet attribuée à chacun des deux agents par la structure de droits existante (et si elle doit être modifiée pour permettre de résoudre le problème posé par l'interaction). Coase souligne qu'il n'y a pas de raison *a priori* de considérer que l'agent dont l'activité produit la nuisance doive prendre en charge seul les coûts hors marché engendrés par la prise en compte de l'effet - son « internalisation » ; il lui paraît tout aussi légitime de considérer l'agent subissant la nuisance comme redevable des coûts associés à sa limitation[10]. Selon lui, il suffit cependant que la structure des droits des agents relatifs à l'effet soit clairement définie pour qu'il puisse être pris en compte de manière efficace dans le cadre d'une négociation volontaire. La répartition initiale des droits, bien qu'elle affecte la distribution des revenus entre les agents, n'affectera pas le niveau (efficace) d'interaction non-compensée résultant de l'échange[11].

L'application de ce raisonnement au cas des pêcheries peut ainsi mener à la lecture suivante du problème de contrôle de l'exploitation : si les opérateurs en place disposent de droits de propriété reconnus sur une population pleinement exploitée, tout nouvel opérateur souhaitant entrer dans la pêcherie devra intégrer dans son évaluation des coûts et bénéfices d'entrée la compensation à payer aux opérateurs en place correspondant à l'effet pour eux de ses prélèvements sur la biomasse exploitée. Chaque détenteur de droits de pêche fera quant à lui le calcul des bénéfices à attendre du maintien de son niveau d'activité, en intégrant la compensation que les nouveaux entrants sont prêts à payer, avant de décider de céder une partie, ou la totalité, de ses droits d'exploitation[12]. Symétriquement, il est possible que le droit

[10] L'article de Coase est en fait construit comme une critique de l'approche pigouvienne du problème des effets externes, dans laquelle il estime que la question des nuisances n'est pas traitée dans sa totalité. Pigou (1920), qui a le premier proposé une analyse des problèmes liés à l'impact d'une activité économique sur le milieu biophysique, aborde cette question comme un décalage entre *coût privé* et *coût social* de l'activité considérée. Dans l'exemple ci-dessus (que Coase reprend du travail de Pigou), le problème est interprété par Pigou comme la conséquence d'une action dommageable de la compagnie ferroviaire sur l'utilité du cultivateur, et la discussion est centrée sur la contrainte à imposer à la compagnie pour limiter le dommage. Coase estime que cette approche, qui permet de justifier une intervention publique visant à imposer le coût du dommage à l'agent qui en est responsable, implique une répartition initiale des droits de propriété en faveur du cultivateur qui, au moins implicitement, est jugée supérieure. Or, selon Coase, rien ne permet *a priori* d'affirmer cette supériorité. Plutôt que le coût du dommage pour le cultivateur, c'est la comparaison des avantages et des coûts associés à la réduction du dommage pour chaque agent qui devrait, selon lui, servir de critère guidant l'action publique (une telle comparaison devant également inclure les coûts propres à la modification du régime de droits de propriété s'il en existe).

[11] Si un effet sur le milieu demeure après la négociation entre les agents, c'est à un niveau optimal, étant donnés leurs préférences et les coûts et bénéfices relatifs associés à cet effet. Plusieurs conditions sont nécessaires pour que le « théorème de Coase » s'applique. Il ne doit pas y avoir d'effets revenus, c'est à dire de situations dans lesquelles, par exemple, le consentement à payer pour bénéficier du maintien de l'effet serait différent du consentement à recevoir pour y renoncer dans les mêmes proportions en raison de la place importante occupée par les bénéfices liés à cet effet dans le revenu total d'un agent. De plus, les droits de propriété individuels doivent pouvoir être établis et maintenus sans coût, et les marchés de biens et de droits doivent également fonctionner sans coût. Si, en revanche, il existe des effets revenus, et/ou des coûts associés à la négociation, la structure de droits de propriété initiale influencera le niveau de dommage optimal.

[12] L'argument central défendu par les économistes des droits de propriété est que, quelle que soit la distribution initiale des droits d'exploitation, ceux-ci reviendront dans les mains de ceux qui leur accordent le plus de valeur

à l'extraction d'individus d'une population marine appartienne à une collectivité plus large que le groupe de pêcheurs en place ; dans ce cas, il sera nécessaire que ces derniers intègrent dans leurs calculs économiques la compensation nécessaire au maintien de leur privilège d'exploitation sans nouveaux concurrents. Dans les deux cas cependant, l'approche de Coase conduit à montrer qu'il est possible d'atteindre un niveau d'exploitation de la pêcherie efficace, étant donné l'état des techniques et des préférences individuelles, et que, sous certaines conditions, ce niveau devrait être le même quelle que soit la distribution initiale des droits de pêche considérée.

Cette manière de concevoir le problème des « nuisances » entraîne deux conséquences importantes dans la manière de représenter les relations économiques.

Premièrement, dans ce raisonnement ce n'est pas seulement l'objet physique en soi (le champ, la voie ferrée) qui fait l'objet d'appropriation et d'échange, mais aussi l'ensemble des droits et devoirs associés à cet objet. Pour Coase, le concept de facteur de production est en général mal compris par les économistes de l'époque. Il est en effet habituellement associé à une entité physique que l'on acquiert et que l'on utilise dans l'activité de production. Mais selon cet auteur, les droits attachés à cette entité constituent une dimension essentielle de l'échange. Il illustre son propos par l'exemple de la propriété terrienne :

> *"We may speak of a person owning land and using it as a factor of production but what the land-owner in fact possesses is the right to carry out a circumscribed list of actions. The rights of a land-owner are not unlimited. [...] For example, some people may have the right to cross the land. Furthermore, it may or may not be possible to erect certain types of buildings or to grow certain crops or to use particular drainage systems on the land. [...] If factors of production are thought of as rights, it becomes easier to understand that the right to do something which has a harmful effect (such as the creation of smoke, noise, smells, etc.) is also a factor of production. Just as we may use a piece of land in such a way as to prevent someone from crossing it, or parking his car, or building his house upon it, so we may use it in such a way as to deny him a view or quiet or unpolluted air."*[13]

Les droits de propriété déterminent donc la nature des utilisations possibles du bien et les flux de bénéfices associés revenant à un agent, du fait de la propriété qu'il exerce sur ce bien ; ils conditionnent également les coûts que cet agent peut légitimement imposer aux autres par l'utilisation qu'il fait du bien, dans la collectivité considérée. En d'autres termes, ils définissent les limites du contrôle exercé par le propriétaire sur les objets physiques dont il a la propriété, au regard du reste de la collectivité. En déterminant à qui reviennent les coûts et les bénéfices des décisions d'utilisation d'un bien, les droits de propriété contribuent finalement à structurer les incitations guidant les agents dans leurs décisions individuelles (Libecap 1989).

Cette interprétation de la notion de propriété conduit à une définition élargie de la notion de ressource économique, dans laquelle la nature des droits exercés sur un objet joue un rôle central, au côté des caractéristiques intrinsèques de cet objet. Ces droits conditionnent en effet

par le jeu de la négociation et de l'échange, permettant ainsi un accroissement d'efficacité de l'économie. La question centrale demeure bien entendu de savoir comment s'établit l'accord initial sur une distribution acceptable dans des cas où, par définition, aucune règle n'existe *a priori*.

[13] D'un point de vue juridique, cette représentation du droit de propriété, détaché dans une certaine mesure de l'entité physique à laquelle elle s'applique, et permettant de concevoir l'existence de plusieurs titulaires exerçant des droits différents sur cette même entité, se rattache à la vision anglo-saxonne de la propriété. Coase souligne que le point fondamental qu'il veut ainsi faire apparaître - le fait que tout objet physique n'est mobilisable dans la production et l'échange que dans un contexte institutionnel définissant les conditions dans lesquelles cet objet peut être utilisé - est pertinent quel que soit le système légal considéré.

les possibilités de mobiliser l'objet dans la production et l'échange. La valeur de l'objet, si elle naît de ses caractéristiques propres et de leur utilité pour un ou plusieurs agents de l'économie, est ainsi filtrée et décomposée par les droits qu'exercent sur lui des titulaires éventuellement multiples. La nature de ces droits constitue alors un élément clé pour comprendre le déroulement des transactions marchandes, ce que Demsetz (1967) souligne dans les termes suivants :

> *"When a transaction is concluded in the marketplace, two bundles of property rights are exchanged. A bundle of rights often attaches to a physical commodity or service, but it is the value of the rights that determines the value of what is exchanged".*

Deuxièmement, la notion de propriété acquiert dans ce contexte un fort contenu collectif. Plutôt qu'une relation entre un agent et un objet, elle est en effet considérée comme une relation sociale définissant les droits et les devoirs qu'entretient un agent vis-à-vis de l'ensemble des agents de l'économie par rapport à cet objet. En particulier, la propriété n'assure une garantie à un flux de bénéfices que si le devoir de respect de cette garantie est observé par tous les autres individus de l'économie (Hanna et al. 1995 ; Bromley et al. 1989). Pour les théoriciens des droits de propriété, ceci a deux conséquences importantes :

- *la propriété apparaît en fait comme un ensemble de règles collectivement acceptées,* permettant de stabiliser le contexte dans lequel les interactions économiques se déroulent en aidant chaque agent à définir ce à quoi il peut raisonnablement s'attendre dans ses relations aux autres agents de l'économie (Demsetz 1967 ; Libecap 1989). Le droit de propriété peut être interprété comme un ensemble de garanties que le propriétaire s'attend à voir respectées par les autres agents de la collectivité, concernant le contrôle qu'il exerce sur l'utilisation d'un bien lui appartenant et les flux de bénéfices (et de coûts) correspondants[14] ;

- *cette définition de la propriété sous-entend l'existence d'un tiers - une entité politique* - dont l'autorité s'impose au jeu des relations individuelles, et qui garantisse aux yeux de l'ensemble des agents le respect des droits et devoirs associés à la propriété. Les régimes de droits de propriété apparaissent ainsi fondamentalement comme des systèmes d'autorité (Bromley 1989). La nature d'une telle autorité est une question délicate pour les économistes, à laquelle les auteurs apportent des réponses variées[15]. Dans de nombreux cas, et en particulier pour celui de règles juridiques formelles, cette autorité est habituellement représentée par l'Etat. Ainsi, selon Bromley (1992) :

> *"Property is a benefit (or income) stream, and a property right is a claim to a benefit stream that some higher body - usually the state - will agree to protect through the*

[14] Bromley et Cernea (1989) soulignent qu'à l'inverse, les situations d'accès libre correspondent à des cas dans lesquels il n'existe pas de relation de propriété sanctionnée par la collectivité : l'accès à un bien est possible, mais il n'existe pas de revendication sur un flux de revenu protégé par la collectivité. Dans ce sens, il n'y a pas propriété, il y a seulement accès. Dans des conditions d'accès libre, il n'existe aucun système accepté de règlement des revendications conflictuelles sur une ressource, et les bénéfices d'utilisation de cette ressource apparaissent indéfinis *ex ante*, puisque ces bénéfices dépendent également de l'utilisation faite par tous les autres agents de l'économie.

[15] La difficulté essentielle tient ici au fait que le cadre d'analyse néoclassique, s'appuyant sur les choix rationnels d'individus maximisateurs pour l'explication des phénomènes collectifs, laisse par définition peu de place à la conception d'une telle entité « supérieure » aux individus, la seule reconnue par le modèle d'équilibre concurrentiel étant celle (fictive) du commissaire priseur permettant au système de prix d'équilibre d'exister. North (1990) souligne ainsi à propos de l'Etat : "*Third party enforcement means the development of the state as a coercive force able to monitor property rights and enforce contracts effectively, but no one at this stage in our knowledge knows how to create such an entity. Indeed, with a strictly wealth-maximizing behavioral assumption it is hard even to create such a model abstractly. Put simply, if the state has a coercive force, then those who run the state will use that force in their own interest at the expense of the rest of the society."* (p.59*)*

> *assignment of duty to others who may covet, or somehow interfere with, the benefit stream."* (p.2)

De manière plus générale, Bromley considère cependant que le pouvoir de coercition d'une entité politique n'existe que parce qu'il bénéficie d'une certaine *légitimité* pour les agents auxquels il s'applique. La propriété n'existe comme relation sociale que parce qu'elle est reconnue par l'ensemble des agents, et c'est cette reconnaissance qui est au cœur de l'autorité collective. Cette définition large permet d'envisager un tel système d'autorité aussi bien comme une relation émergeant de manière autonome des interactions entre les agents, que comme une contrainte qui leur est imposée « de l'extérieur », la distinction entre ces deux conceptions ayant longtemps divisé le champ des sciences sociales.

Relations d'autorité et institutions

La reconnaissance de l'importance de formes sociales éloignées de la logique concurrentielle mais influençant fortement le fonctionnement de l'économie n'est pas propre aux travaux sur les droits de propriété. L'économie du bien être et ses adaptations à la prise en compte de la catégorie des biens collectifs reconnaissent la nécessité d'une autorité politique intervenant dans l'affectation des ressources de l'économie pour deux raisons principales : arbitrer, en fonction de critères de bien être collectif, entre différentes allocations efficaces réalisables, et corriger les défaillances du marché dans l'allocation des ressources. L'autorité - habituellement l'Etat - est donc jugée nécessaire, à la fois pour résoudre les problèmes d'équité et pour garantir un fonctionnement efficace de l'économie (Arrow 1976).

Dans les travaux d'inspiration néoclassique, cette autorité est cependant considérée comme une contrainte imposée *de l'extérieur*, à partir de laquelle le raisonnement économique peut s'appliquer de manière « objective » : elle échappe au domaine de compétence de l'économiste. L'autorité collective, dans la mesure où elle vient contrarier l'individualisme méthodologique du modèle d'équilibre concurrentiel, apparaît en fait souvent dans ces travaux comme un « mal nécessaire ». Dans l'explication qu'il donne des formes sociales, Arrow (1976, p.31) souligne ainsi qu'elles peuvent apparaître comme « un fardeau formidable et écrasant » ; leur légitimité provient selon lui du fait que derrière les règles sociales se trouvent toujours des individus, ce que chacun sait lorsqu'il accepte de se soumettre à une forme d'autorité. Si elles peuvent apparaître comme une entrave pour l'individu, les règles collectives constituent donc également des compromis nécessaires au fonctionnement efficace et équitable des relations marchandes[16]. La façon dont ces compromis s'élaborent et s'appliquent n'est cependant pas considérée en soi comme partie du domaine de l'analyse économique.

Le caractère novateur de la démarche adoptée par certains économistes contemporains tient aux efforts entrepris pour intégrer la question de la nature et des modalités de fonctionnement de l'autorité collective à l'analyse, plutôt que de considérer cette autorité comme une donnée. La démarche s'insère dans un mouvement plus large d'extension qui touche un grand nombre de domaines de recherche en économie[17]. La question des droits de propriété, évoquée ci-dessus, apparaît ainsi comme un élément d'une interrogation plus générale sur les « cadres

[16] Voir Bromley (1989) pour une analyse de l'origine de la conception de l'action collective comme forme de coercition des agents individuels dans la pensée économique moderne.

[17] Voir par exemple Langlois (Ed.) (1986), Revue économique (1989), Economie appliquée (1990) Brousseau (1993), Orléan (dir.) (2004), Dupuy et Livet (dir.) (1997) et Reynaud (dir.) (1997). Malgré la diversité des concepts, méthodes et contextes d'application, la volonté « d'endogénéiser » la détermination des règles collectives, plutôt que de les considérer comme des contraintes exogènes, apparaît comme un objectif commun à ces différents travaux (Guerrien 1990 ; Brousseau 1993).

communs » nécessaires à la coordination des activités individuelles. Dans les travaux sur cette question, le droit peut en effet être interprété comme une référence commune, permettant de stabiliser les attentes des individus concernant leur position dans l'échange et les attributs des objets échangés, et rendant ainsi l'échange possible. Une telle lecture du droit semble alors proche de celle que donne North (1990, 1991) des institutions en général : celles-ci constituent selon lui les « règles du jeu » économique qui s'imposent comme contraintes à la conduite des activités quotidiennes des individus, et permettent le développement de l'échange.

Les différents termes rencontrés dans la littérature sur les institutions à propos des relations d'autorité et de contrôle reflètent la diversité des formes prises par ces relations en pratique : selon les cas, les auteurs parlent de « règles », de « normes », de « lois », de « standards », etc. Ces différents termes décrivent cependant tous l'existence de formes institutionnelles déterminant à la fois la manière dont un individu peut se conduire dans ses relations aux autres agents, la conduite qu'il peut attendre des autres et les objets pouvant être mobilisés comme ressources dans l'échange. Deux raisons principales sont habituellement avancées pour justifier ce besoin de « régularité » dans les relations entre agents :

- D'une part, les institutions peuvent permettre à l'échange d'opérer dans des cas où les agents, bien qu'ayant des intérêts parfaitement convergents, ne peuvent s'accorder sur les moyens à adopter pour les réaliser parmi une multiplicité de conduites possibles. Le terme *convention* a généralement été réservé aux institutions de ce type, dont le philosophe Lewis (1969) a étudié la nature et les conditions d'émergence en s'appuyant sur la formalisation des jeux dits de « coordination pure » de Schelling (1960). La coordination apparaît ici purement comme un problème de régularité de comportement apportant de l'ordre et de la prévisibilité dans les relations entre individus, dans des cas où les agents sont confrontés à une incertitude concernant le comportement des autres[18] (voir par exemple Bromley 1989 ou Boyer et Orléan 1990).
- D'autre part, les institutions peuvent permettre de stabiliser le contexte dans lequel les agents individuels opèrent lorsque leurs intérêts divergent, en définissant les droits et les devoirs reconnus *de jure* ou *de facto* aux différents agents concernés [Bromley (1989) emploie le terme anglais *entitlement* pour décrire ce type d'institution]. Par exemple, lorsqu'une allocation efficace de ressources est réalisée dans une économie donnée, tout projet de réallocation entre les agents correspond à une situation de conflit ouvert nécessitant l'intervention d'une autorité politique (Arrow 1976). De même, lorsqu'un nouveau type de nuisance doit être pris en compte dans un contexte institutionnel accepté comme le *statu quo*, l'analyse qui précède a montré qu'il pouvait y avoir un conflit lié à la détermination de l'agent redevable de compensations. Les institutions, en définissant les droits et les obligations des agents concernant la nuisance, et en apportant la garantie de leur respect dans le collectif, peuvent alors permettre de résoudre ce type de conflit[19].

[18] L'exemple classique utilisé pour illustrer la nature de ce problème est celui de deux agents souhaitant se retrouver dans une même ville mais n'ayant pas convenu à l'avance d'un point de rendez-vous. Dans ce cas, le lieu choisi a peu d'importance en soi ; il faut simplement que les deux agents choisissent le même. Mais pour cela, il est nécessaire que chacun anticipe le choix de l'autre agent, ainsi que l'anticipation par l'autre agent du choix qu'il va faire, etc. La formulation du problème de coordination pure a conduit Lewis à proposer la notion de « connaissance partagée » (*common knowledge*), c'est à dire une parfaite transparence des conditions du jeu, comme condition théorique nécessaire à la résolution de ce type de problème de coordination (Boyer et al. 1990).

[19] La définition de ce type d'institution implique un accord collectif explicite ou implicite concernant les critères de justice prévalant dans la collectivité, qui peut être difficile à obtenir en pratique. Ainsi, dans une discussion de la notion d'effet externe, Laffont (1988) cite deux cas dans lesquels il estime légitime de prendre comme « situation de référence » l'allocation avec effets externes, plutôt que l'allocation sans externalités. Le critère de

Si les règles de droit appliquées par l'Etat ont fait l'objet d'une attention particulière dans la littérature précitée, elles ne constituent en réalité qu'une partie de l'ensemble plus large de formes sociales dont ces travaux cherchent à rendre compte. Les mêmes questions relatives à la nature de l'autorité collective sont par exemple posées dans l'étude des relations internationales, abordées par certains auteurs à partir de la notion de gouvernance. Cette notion fait alors également référence au développement de cadres communs déterminant les marges de manœuvre des agents (Young 1994 et 1996). Pour Young, les « systèmes de gouvernance » constituent ainsi des dispositifs collectifs permettant d'éviter à la fois les dommages collectifs dus à des conflits d'intérêts, et les pertes dues à l'impossibilité de réaliser des gains mutuels du fait de problèmes de coordination pure, au niveau international. L'observation de tels dispositifs en pratique conduit cet auteur à s'intéresser aux conditions dans lesquelles ces accords formels sur un ensemble de règles collectives peuvent émerger *en l'absence d'Etat*.

D'autres formes d'autorité que le droit et les accords formels peuvent également être prises en compte. North (1990) considère ainsi que, bien que difficile à caractériser du point de vue économique, tout un ensemble de « contraintes informelles » influence également fortement la conduite quotidienne des activités individuelles : « coutumes », « codes de conduite », « règles morales » et « savoirs collectifs » jouent ainsi selon lui un rôle central dans la détermination des possibilités d'action des individus en société. Dans le domaine des ressources naturelles, l'importance de ces formes sociales est largement reconnue dans les travaux sur la « propriété commune ». De façon plus générale, pour Weber et al. (1990) :

> *« Une société est d'abord constituée par un 'accord' sur une vaste classification du monde, des choses, des hommes et des relations entre les hommes à propos des choses ; cette typologie généralisée est habituellement appelée 'système de valeurs'. Il découle de cette classification générale que telle chose de la nature soit 'utile' ou non, utilisée ou non, nuisible ou non, précieuse ou non [...]. »* (p.2)

Les préférences individuelles s'expriment selon les auteurs dans le cadre de ce « système de valeurs », au sein duquel les représentations collectives de la Nature occupent une place centrale pour ce qui concerne les facteurs naturels (Weber et Reveret 1993)[20].

Pour North, comme pour Weber et Reveret, il est essentiel de prendre en compte ces contraintes informelles dans l'analyse des choix individuels, et du processus par lequel l'échange se construit. North souligne ainsi que ces contraintes peuvent être interprétées comme des « filtres » structurant les anticipations des individus, et jouant ainsi un rôle clé dans les relations économiques dès lors que l'on relâche l'hypothèse selon laquelle les agents disposent d'une connaissance parfaite des termes de l'échange. Elles peuvent en particulier contribuer à expliquer le respect de certaines règles de conduite, et de certaines formes de contrôle sur des objets physiques, qui ne sont pas sanctionnées par des règles formelles.

---

justice sur lequel il s'appuie est ici implicitement celui d'antériorité de l'occupation et de l'exploitation d'un milieu : *« Le citadin qui vient habiter dans la campagne semble peu justifié à demander des indemnités à cause des réveils matinaux provoqués par le coq du paysan voisin. La justice semble requérir ici que ce soit le citadin qui obtienne une réduction de pollution, en achetant le coq par exemple. De même, l'entreprise multinationale qui vient s'installer sur une rivière des Pyrénées légèrement polluée par les habitants d'un village situé en amont ne semble pas pouvoir exiger un environnement sans effets externes. »* (p.25)

[20] Les représentations sociales correspondent, pour Weber et Reveret, à un premier niveau dans la définition hiérarchisée qu'ils proposent de la notion de « mode d'appropriation » des ressources naturelles. C'est à partir de cette notion que les auteurs envisagent la question du cadre commun nécessaire à la définition des problèmes d'environnement : au sein du « système de valeurs », les usages possibles, les modalités d'accès, la transférabilité des droits d'accès et les modalités de répartition constituent les autres composantes entrant dans la définition d'un mode d'appropriation.

La question de l'émergence des formes institutionnelles

Une question naissant de la reconnaissance du rôle joué par ces différentes formes institutionnelles dans l'échange marchand concerne la manière dont ces formes émergent et évoluent. L'analyse économique des conditions d'émergence, de maintien et de transformation des structures institutionnelles, qu'il s'agisse de l'Etat moderne, du droit international ou de codes de conduite non écrits, butte ici sur une difficulté théorique et méthodologique importante. La définition suivante des institutions, retenue par Scott (1988) pour son étude des pêcheries, permet d'en illustrer la nature :

> *"Institutions are socially recognized and supported procedures and rules. They are unchanging, relative to the more rapid fluctuations of economic activities that they assist and constrain, for example: in a modern society, government itself is one institution embodying in its constitution such institutional matters as the franchise, decision rules, division rules, division of powers, and so on. The system of property rights is another example."* (p.290)

Cette définition met en évidence deux facettes essentielles des institutions (Hanna et al. 1996). Celles-ci apparaissent en effet avant tout comme le résultat d'un accord, une sorte de contrat social ; elles sont « voulues » et « acceptées » par les agents et doivent donc être considérées comme le résultat d'actions individuelles intentionnelles. Mais dans le même temps, elles sont également représentées comme contraintes s'imposant aux activités des agents, apparaissant ainsi comme des objets collectifs qui disposent d'une existence propre.

Cette dualité traduit en fait une division théorique et méthodologique profonde ayant longtemps marqué le domaine des sciences de l'homme, comme le souligne Dupuy (1997, p.14), entre d'un côté l'analyse économique concevant des agents « tirés » par les perspectives d'avantages à venir et allouant librement les moyens rares dont ils disposent de façon à maximiser leur utilité ; et de l'autre l'étude d'hommes en société, « poussés » par des normes, valeurs, coutumes et habitudes acquises et intériorisées par un processus de socialisation déterminant leurs comportements. Le collectif est ainsi représenté soit comme une collection d'agents économiques à laquelle rien ne vient « d'au-dessus » dicter les comportements et représentations individuels, soit comme une réalité impersonnelle existant indépendamment des individus[21]. Suivant la première acception :

> *« Le collectif est transparent pour les individus : ils s'y reconnaissent, ils l'ont voulu, ils se sont mis d'accord à son sujet. Le seul lien qui unisse les hommes est l'échange libre, dont la forme normale est le contrat. De là le postulat de base de l'économie théorique néoclassique lorsqu'elle étend son programme à l'analyse des institutions : tout ce qui est institutionnel peut se réduire à du contractuel. »* (Dupuy 1997, p.14)

Même en acceptant ce postulat, la représentation des relations entre individus est différente de celle qui fondait le modèle d'équilibre concurrentiel : il devient en effet nécessaire de distinguer les relations entre agents au sein d'un contexte contractuel donné, des possibilités de relations d'un type différent portant sur la négociation des règles constitutives de contrats. Dans un cas, les individus apparaissent bien comme des agents tels que définis dans le modèle néoclassique ; dans l'autre ils deviennent *acteurs* puisqu'ils sont en mesure de modifier le contexte dans lequel ils interviennent. Les auteurs néo-institutionnalistes distinguent ainsi

[21] Voir également Elster (1989). Dupuy précise que cette opposition ne représente plus aujourd'hui véritablement l'état des recherches à ce sujet, dans la mesure où les différentes disciplines ont eu tendance à s'ouvrir sur la prise en compte de problèmes échappant à leur cadre d'analyse d'origine, remettant ainsi en question les bases mêmes de cette opposition des approches, et initiant une réflexion sur les fondements de chaque corpus théorique.

habituellement un niveau supérieur de négociation portant sur la définition des règles contractuelles[22]. Bromley (1989) distingue par exemple les transactions courantes sur les biens, des « transactions institutionnelles » correspondant aux efforts des individus et groupes d'individus pour modifier les règles du jeu économique (voir Figure 1). Cette même distinction existe chez Libecap (1989) et North (1990), qui identifient un type d'activité des individus, au sein des organisations économiques et politiques, dont l'objectif est la modification des règles collectives s'imposant à la poursuite de leurs activités quotidiennes. Plus proche des problèmes de contrôle des ressources naturelles, Ostrom (1990) distingue également un niveau « constitutionnel » et un niveau « opérationnel » de choix individuels.

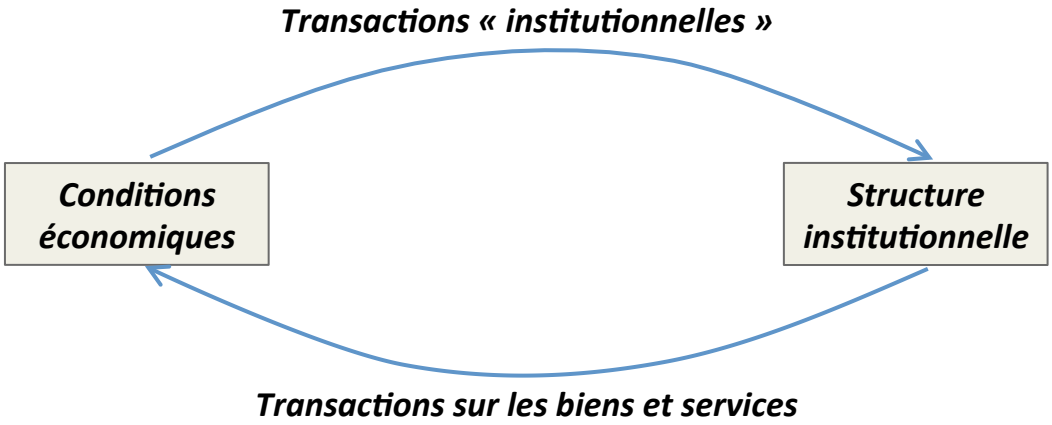

Figure 1 - Les deux niveaux de choix individuels des modèles néo-institutionnels (reproduit d'après Bromley 1991, p.110)

Les auteurs ci-dessus soulignent qu'un tel « dédoublement » analytique des niveaux de choix individuels permet de conserver, pour l'étude des formes institutionnelles, l'individualisme méthodologique fondant le modèle économique. Cela entraîne cependant une difficulté importante. Bromley reconnaît ainsi que ce dédoublement conduit finalement à une représentation circulaire des relations entre d'une part la structure institutionnelle déterminant le domaine de choix des individus, et d'autre part les conditions économiques influençant la recherche de modifications des institutions par les individus. Une telle construction, représentée dans le schéma de la Figure 1, court le risque de ne produire que des propositions tautologiques ne fournissant pas de moyens d'explication des évolutions observées.

La principale raison de cette difficulté semble être qu'en cherchant à maintenir le cadre d'analyse néoclassique, les auteurs conservent au moins implicitement le raisonnement à l'équilibre qui caractérise le modèle concurrentiel et la représentation atemporelle de l'économie qui l'accompagne - y compris lorsqu'ils cherchent à rendre compte de changements historiques. Le schéma théorique de la Figure 1 ne prend en effet de sens que si l'économie est considérée dans une perspective dynamique[23]. Les deux facettes des

[22] Schotter (1986) considère par exemple les institutions sociales comme élaborations collectives résultant d'un « super-jeu », centré sur les arbitrages entre des ensembles de stratégies, plutôt qu'entre les stratégies elles-mêmes. Cette représentation de l'évolution des règles est proche de celle développée par d'autres théoriciens des jeux tels que Axelrod (1981) dans l'analyse de stratégies « évolutionnairement stables » dans des jeux répétés.

[23] Ce que Bromley (1989) reconnaît sans toutefois paraître en exploiter pleinement les conséquences. Son analyse oscille en effet en permanence entre une représentation statique et une représentation dynamique, ce qui paraît lié à la difficulté d'utiliser les outils de représentation propres à l'économie du bien-être dans une perspective historique. Dans son ouvrage, North (1990) vise explicitement à développer une analyse historique du changement économique. Mais cela nécessite selon lui la construction d'un cadre théorique nouveau:

institutions - résultat d'actions intentionnelles, et formes sociales « supérieures » aux individus - doivent alors être abordées de concert dans l'analyse de l'origine et de l'évolution des dispositifs d'autorité s'imposant aux activités économiques, et des formes de contrôle s'appliquant aux ressources naturelles. Il s'agit là d'un enjeu méthodologique important introduit par l'étude des formes sociales en économie[24].

Les processus collectifs de construction des dispositifs de conservation

Un exemple

Si, depuis près d'un siècle, la recherche de solutions visant à limiter l'exploitation baleinière a visé la protection des principales espèces ciblées par l'industrie baleinière, les demandes de limitation de cette activité n'ont pas toujours été justifiées par ce même motif. En particulier, en Europe du Nord, un conflit se développe à la fin du XIX^{e} siècle, dont Tonnessen et Johnsen (1982) fournissent une description détaillée[25].

Ce conflit débute au nord de la Norvège, dans la province du Finnmark où, en 1873, les pêcheurs exploitant le fjord de Varanger déposent une demande auprès des autorités norvégiennes pour que l'activité baleinière en plein essor dans cette zone soit soumise à un contrôle public. Cette demande est motivée par la forte baisse des captures de morues dans le fjord enregistrées au cours des années précédentes, tandis qu'elles sont restées relativement stables dans le reste de la région. Les pêcheurs associent la chute de leurs captures à l'activité baleinière moderne qui se développe précisément à cette époque et dans cette zone. Ce développement entraîne en effet une activité intense de navires à vapeur et des problèmes de gêne de l'activité de pêche (destruction des filets, rejets d'eaux usées de l'usine de transformation, etc.) ; mais surtout, les pêcheurs considèrent que la chasse, en entraînant une réduction des populations de mammifères marins dans la zone, a un impact écologique important sur les stocks de poisson :

> *"Consternation at the prospect of the whale disappearing was based on the old belief, held by the fishermen, that the whale drove the capelin, the favourite food of the cod, in towards the land, and the capelin was, of course, the most important bait used in cod fishing. As there was a marked decrease in shoals of capelin moving in towards the coast during these years, in and outside the Varanger fjord, and consequently less cod, the fishermen were in no doubt that this was due to whaling."* (Tonnessen et al. 1982, p.63)

Bien que le débat public qui s'ensuit conduise à la constitution de comités scientifiques chargés d'évaluer les interactions entre mammifères marins et stocks de poissons, Tonnessen et al. soulignent le rôle limité joué par ces comités en comparaison avec les représentations populaires dominantes à l'époque, qu'ils qualifient de « vieilles superstitions »[26]. Les plaintes

---

"Integrating institutional analysis into static neoclassical theory entails modifying the existing body of theory. But devising a model of economic change requires the construction of an entire theoretical framework, because no such model exists." » (p.112)

[24] North (1990) souligne ainsi : *"Institutions are a creation of human beings. They evolve and are altered by human beings; hence our theory must begin with the individual. At the same time, the constraints that institutions impose on individual choices are pervasive. Integrating individual choices with the constraints institutions impose on choice sets is a major step toward unifying social science research."* (p.5)

[25] La présentation qui suit s'appuie sur les matériaux rassemblés et présentés par ces auteurs concernant ce conflit dans leur ouvrage de référence sur l'histoire de l'industrie baleinière moderne.

[26] Dans une description détaillée du contexte historique, les auteurs montrent que d'autres facteurs expliquent l'animosité des pêcheurs vis-à-vis des industriels baleiniers : la naissance de l'industrie baleinière moderne dans le nord de la Norvège est étroitement associée au nom de Svend Foyn, inventeur du canon-harpon, originaire du

sont renouvelées à plusieurs reprises dans les années suivantes avec d'autant plus de force que les saisons de pêche sont mauvaises, les pêcheurs allant jusqu'à demander l'interdiction complète de l'activité baleinière. Entre 1878 et 1880, un débat public se tient au niveau national sur les régulations à mettre en place, et une proposition de fermeture saisonnière de la chasse à moins d'un mille de la côte et dans le fjord de Varanger est adoptée pour 5 ans.

Malgré cette réglementation qui sera prolongée pour dix années supplémentaires, le conflit se poursuit, les pêcheurs continuant d'enregistrer de mauvaises captures, et les industriels baleiniers étant forcés de renoncer à des captures (en particulier de rorquals communs) que la zone protégée place hors de leur portée. L'affrontement prend progressivement une ampleur politique importante, renforcée par plusieurs saisons de pêche extrêmement mauvaises. En 1902, un « Comité de protection des baleines » est constitué, avec un soutien important de la population du nord, qui est chargé d'appuyer les revendications des pêcheurs auprès du gouvernement. Des manifestations aboutissant à la destruction d'installations baleinières et nécessitant l'intervention de l'armée provoquent l'adoption par le gouvernement d'un moratoire total de 10 ans sur la chasse baleinière dans les eaux territoriales norvégiennes au large des provinces du nord à compter du début de l'année 1904.

Le premier moratoire sur l'industrie baleinière est donc adopté pour des raisons bien différentes de celles qui sous-tendent celui en vigueur aujourd'hui au niveau international. Le conflit norvégien est suivi de près par les pêcheurs de pays proches, et il servira de précédent pour d'autres territoires de pêche du nord de l'Europe.

Le conflit entre pêcheurs et industriels baleiniers se reproduira en particulier en Islande, et surtout dans les îles Shetland. Dans ce dernier cas, l'argumentation des pêcheurs reposera cependant sur des considérations « écologiques » de nature différente :

> *"The prospect of whaling based on Shetland was at first welcomed by the inhabitants, including the herring fishermen. The herring fisheries were of far greater importance to the Shetlands than any of the other archipelagos. Herring nets were often destroyed by whales, and it was generally believed that shoals of herring, fleeing from the whales, which consumed large quantities of them, were prevented from entering coastal waters in order to spawn. In fact the fewer whales, the more herrings! But after the first season with whaling and herring fishing being carried out simultaneously, public opinion underwent a radical change, as this proved a bad herring year. [...] The fishermen then complained that blood and offal from the stations and the whale carcasses drifting off to sea attracted sharks, which approached the shore, frightening the herring away."* (Ibid. p.89)

Une réglementation est mise en place en Islande en 1886, interdisant la chasse dans les eaux territoriales et les zones de pêche au hareng entre mai et octobre, puis un moratoire complet est adopté en 1913 qui entrera en vigueur en 1915 et durera 20 ans. Dans les îles Shetland, les

sud-est du pays. Son expérience de la chasse aux phoques dans l'Arctique lui assure la connaissance des eaux polaires et les moyens financiers nécessaires à l'expérimentation coûteuse de nouvelles méthodes d'exploitation des grands cétacés, dans des régions particulièrement pauvres à cette époque. Le développement de l'exploitation par des Norvégiens originaires du sud du pays se montre rapidement profitable et s'accompagne d'une hostilité croissante de la population locale : en plus des revendications des pêcheurs, le problème des odeurs liées aux usines de transformation implantées dans le fjord, le faible recrutement local de main d'œuvre et la question du niveau de taxation de l'activité par les autorités locales constituent autant d'opportunités de conflit. Par ailleurs, la baisse importante de l'activité de pêche, principale source de revenus locale, contraste avec les revenus importants des industriels baleiniers et ajoute ainsi à la tension entre les deux activités. L'argument « écologique » est cependant au coeur du conflit. Il est intéressant de noter que, depuis les années 1970, l'étude des relations entre mammifères marins et stocks de poisson d'intérêt commercial a souvent conduit à considérer les cétacés comme des *compétiteurs* des pêcheurs (voir par exemple Beddington et al. 1985).

revendications des pêcheurs conduisent à l'adoption de réglementations imposant en particulier le traitement rapide des baleines capturées, l'interdiction des captures à moins de 3 milles des côtes en général et à moins de 40 milles durant la saison de pêche au hareng, et une interdiction totale de captures entre novembre et mars.

La façon dont les premiers moratoires sur la chasse baleinière ont été adoptés illustre finalement le processus par lequel un ensemble de « nuisances » acquiert le statut de problème de choix collectif, débouchant sur une modification du contexte institutionnel s'appliquant aux activités côtières. L'évolution des techniques et des conditions économiques et les conflits entre groupes aux intérêts divergents apparaissent comme des éléments importants pour la compréhension de ce type de processus. Cet exemple fait également apparaître le rôle central des représentations sociales de la nature dans la genèse de nouvelles règles et contraintes d'accès aux écosystèmes.

Le rôle des représentations sociales de la nature dans le processus menant à l'adoption de dispositifs de conservation

L'exemple des premiers moratoires baleiniers peut être rapproché de ceux présentés par Coase dans sa discussion du problème des « nuisances ». Mis en perspective dans le cadre de l'histoire plus récente de l'industrie baleinière et de sa régulation, il permet en particulier d'illustrer l'importance des représentations collectives dans la définition - changeante - des problèmes de conservation des ressources marines vivantes.

Dans l'exemple de Coase, le lien entre l'étincelle causée par un train et l'incendie des récoltes est reconnu par la compagnie ferroviaire, le cultivateur et l'économiste observant la scène. Le cas des cétacés montre la manière dont, en pratique, cette reconnaissance est en fait construite à partir de représentations que se font les acteurs des relations causales associées à des actions sur l'écosystème marin et à des évolutions observées de cet écosystème. La définition de l'interaction entre l'industrie baleinière et la pêche comme problème d'environnement implique en fait un accord sur l'origine et les modalités d'impact de l'industrie sur l'écosystème, sur l'évaluation de ces impacts en termes économiques (moindres captures de poisson), sur les possibilités de les limiter par une fermeture de la zone côtière à la chasse, et sur l'évaluation des bénéfices collectifs attendus d'une telle limitation. La connaissance de ces différents aspects du problème n'est pas donnée *a priori* : elle s'appuie sur des constructions collectives dans lesquelles observations empiriques, théories scientifiques, croyances populaires, et autres formes de représentation du monde jouent un rôle clé, et qui sont susceptibles de varier suivant les époques et les lieux[27]. En particulier, l'exemple met en lumière une facette importante de la question du contrôle exercé sur les facteurs naturels : l'élaboration de dispositifs de conservation implique en effet la reconnaissance *au niveau collectif* d'une influence, même partielle, sur l'évolution des écosystèmes, et ainsi de la possibilité d'agir afin de préserver leur valeur pour la société.

Si cette importance des représentations collectives, soulignée par de nombreux auteurs travaillant sur le concept de « propriété commune »[28], peut sembler familière aux chercheurs en anthropologie ou en sociologie, elle l'est moins aux économistes. Dans la terminologie de North (1990), ces représentations entreraient vraisemblablement dans la catégorie des « contraintes informelles »[29], définies comme la transmission sociale de « cadres

[27] Pour une synthèse des approches et conceptualisations de l'environnement comme construction sociale, voir Mormont (1993).
[28] Voir par exemple Hanna et Munasinghe (1995).
[29] Le terme paraît cependant particulièrement mal adapté aux questions d'environnement pour lesquelles, par exemple, le langage et la connaissance scientifiques peuvent atteindre un degré élevé de formalisme.

conceptuels » permettant aux individus de disposer d'un moyen commun d'interprétation des signaux qu'ils perçoivent de leur environnement. Le problème est en effet que les représentations sont susceptibles de varier suivant les agents ou groupes d'agents concernés, chacune pouvant fonder des objectifs et stratégies d'action différents. Weber (1992) souligne ainsi que :

> *« Des acteurs ou groupes différents ont des représentations différentes d'un même environnement. La rivière du pêcheur n'est pas celle de l'hydraulicien, laquelle diffère de celle du géographe ou de l'écologiste : le poids relatif des représentations à l'œuvre lors de la prise de décision pèsera comme condition initiale sur le devenir du système environnemental. »*

Ainsi, dans le cas des ressources marines vivantes, si les savoirs empiriques sont à l'origine des premières tentatives de contrôle public de l'exploitation, les représentations scientifiques ont joué un rôle particulièrement important à partir des années 1950 dans la définition de politiques de conservation. Depuis cette époque, en effet, la biologie a constitué un outil d'interprétation privilégié de l'évolution des écosystèmes marins au niveau collectif. La globalisation actuelle des enjeux de la conservation se fait par ailleurs beaucoup par l'intermédiaire de représentations issues de l'écologie scientifique. La nature des problèmes de conservation est donc aujourd'hui en grande partie constituée au travers du langage et des représentations scientifiques, comme en atteste la place centrale accordée aux modèles de dynamique des populations et aux concepts sur lesquels ils s'appuient dans les débats publics.

Ces représentations jouent finalement un rôle important dans la structuration des problèmes d'environnement et, dans ce sens, elles apparaissent comme partie intégrante des formes institutionnelles définissant le « cadre commun » dans lequel l'économie fonctionne. Par exemple, Pearse (1980) établit une séparation nette entre deux aspects des politiques de contrôle des pêcheries : la question de la limitation globale des captures et celle de l'efficacité économique. La première est selon lui à résoudre sur la base d'analyses biologiques du potentiel de reproduction des populations marines exploitées, déterminant ainsi le flux de matières premières régulièrement disponibles ; la seconde est un problème que le calcul économique peut alors prendre en charge afin de déterminer la manière optimale d'exploiter ce total de captures prescrit. Dans une telle conception, l'évaluation scientifique des stocks disponibles joue un rôle clé en fixant le domaine des possibilités de production d'une pêcherie : du point de vue de l'analyse économique, une réévaluation d'un Total Autorisé de Captures (TAC) à la hausse ou à la baisse entraîne par exemple une modification des possibilités de production dans l'économie.

L'hypothèse implicite dans ce dernier exemple est bien entendu que les représentations des biologistes dominent la scène collective, et sont acceptées et appliquées comme grille de définition légitime du problème de conservation des ressources marines vivantes. Le cas des mammifères marins présenté plus haut montre que cela n'a pas toujours été le cas. Plus récemment, le débat sur le maintien du moratoire international actuel sur toute exploitation commerciale des grands cétacés en fournit un autre exemple. Malgré l'amélioration des connaissances scientifiques et l'accord assez large entre biologistes sur la possibilité de reprendre une exploitation contrôlée de certaines espèces (en particulier le petit rorqual), une opposition vive à toute reprise de la chasse à des fins commerciales s'est développée au niveau international, s'appuyant sur des principes de justification nouveaux (Conrad et Bjorndal 1993). Les grands cétacés devraient ainsi être protégés de toute exploitation « pour eux-mêmes », comme symboles de relations équilibrées entre l'homme et la nature, l'intérêt commercial de leur exploitation à l'échelle mondiale étant aujourd'hui limité. Face aux tenants de cette approche, les pays traditionnellement engagés dans l'exploitation de ces

espèces font valoir l'importance de l'activité au niveau local, tant du point de vue économique que du point de vue du maintien de la culture des communautés côtières. Dans une large mesure, le débat politique actuel sur un maintien du moratoire est donc détaché des considérations propres au champ de la connaissance scientifique en écologie.

Effets externes, efficacité économique et changement institutionnel

La discussion qui précède du rôle des institutions dans l'économie, et de la place particulière occupée par les représentations collectives de la Nature dans la définition de problèmes d'environnement, permet de reconsidérer la manière d'aborder les problèmes de conservation des ressources marines vivantes.

L'association des problèmes d'environnement à la notion d'effet externe par les économistes a été soulignée à plusieurs reprises. Dans son acception la plus générale, un effet externe est défini comme :

> *« [...] tout effet indirect d'une activité de production ou d'une activité de consommation sur une fonction d'utilité, un ensemble de consommation ou un ensemble de production. Par effet indirect, il faut entendre d'une part que l'effet est créé par un autre agent économique que celui qui est affecté, et d'autre part que l'effet n'agit pas par l'intermédiaire du système de prix. »* (Laffont 1988, p.13)

Les développements qui précèdent ont cependant permis de montrer que, pour l'économie du bien-être comme pour la théorie des droits de propriété, tous les effets indirects - bénéfiques ou dommageables - entre agents économiques ne posaient pas nécessairement problème. Dans l'approche standard des problèmes d'environnement, certaines interactions entre agents satisfaisant cette définition générale d'un effet externe sont en effet intégrées de manière efficace au jeu des relations marchandes (Randall 1993). Un niveau non nul de « nuisance » dans un collectif peut être optimal, étant données les conditions économiques, technologiques et institutionnelles dans lesquelles les agents opèrent.

Dans cette perspective, Bromley (1989) propose de distinguer ce qu'il appelle les « frontières nominales » et les « frontières réelles » du domaine de l'action individuelle. Le domaine nominal d'action est celui qui est présumé par un agent concernant son autonomie de décision (il s'agit par exemple du contrôle qu'il exerce sur un bien vis-à-vis de la collectivité), et qui est défendu par la structure institutionnelle en place. Le domaine réel de l'agent englobe l'ensemble des ressources utilisées et créées par lui, pour lesquelles les contrats peuvent être complets, incomplets ou inexistants. En délimitant le domaine d'action nominal des agents individuels, la structure institutionnelle identifie donc à la fois les interactions entre eux pour lesquelles la négociation et l'échange sont possibles et, par défaut, les interactions entre agents qui échappent à toute règle collective et sont ainsi rejetées hors de la sphère économique[30]. Les « nuisances » précédemment décrites correspondent selon cette distinction à l'existence de décalages entre le domaine nominal et le domaine réel d'action des agents économiques.

L'analyse standard ne reconnaît cependant qu'une partie de ces décalages comme problèmes économiques. Les nuisances posant problème naissent de divergences *économiquement significatives* entre le domaine nominal et le domaine réel d'intervention des agents dans une

[30] Il est parfaitement possible de considérer le rejet de certaines relations entre agents hors de la sphère économique comme le résultat d'un choix collectif, plutôt qu'un simple effet connexe « accidentel ». Dans les deux cas, cependant, la délimitation de ce qui relève de l'économique induit également la détermination de ce qui relève de son « environnement », un phénomène caractéristique de la notion d'environnement telle qu'elle est abordée dans l'approche économique standard, comme le souligne Godard (1984, 1993).

collectivité. Dans ce cas, les actions d'un agent ont des conséquences, au delà de son domaine d'action nominal, dont l'importance économique est reconnue dans le collectif concerné ; mais ces conséquences échappent au système de règles en place et ne font donc pas l'objet de compensations. La question centrale est ici celle du critère sur lequel peut s'appuyer la reconnaissance collective d'effets non compensés comme problèmes économiquement significatifs, et par là comme problèmes d'action collective.

Dans les travaux développés à la suite de ceux de Coase, en règle générale, seules les interactions engendrant une *allocation inefficace* des ressources (dans un contexte institutionnel, technologique et de préférences individuelles donné) constituent de tels problèmes[31]. Dans ces situations, il existe des gains potentiels non réalisés : il serait possible d'améliorer la situation d'au moins un agent de l'économie sans dégrader celle d'aucun autre en modifiant le contexte institutionnel afin d'internaliser cet effet. Demsetz (1967) décrit ce processus d'internalisation dans les termes suivants :

> *"No harmful or beneficial effect is external to the world. Some person or persons always suffer or enjoy these effects. What converts a harmful or beneficial effect into an externality is that the cost of bringing the effect to bear on the decisions of one or more of the interacting persons is too high to make it worthwhile [...]. 'Internalizing' such effects refers to a process, usually a change in property rights, that enables these effects to bear (in greater degree) on all interacting parties."* (p.348)

La manière dont l'auteur utilise le terme externalité est ici conforme à la définition générale de Laffont ci-dessus ; pour Demsetz c'est cependant le bénéfice net attendu de la prise en compte de ces effets qui détermine leur intégration ou non dans un processus d'adaptation des règles collectives, et leur insertion dans le jeu des relations économiques. Il souligne en particulier l'importance des coûts associés à la redéfinition du contexte institutionnel dans ce processus : un effet non-compensé continuera d'exister tant que les coûts associés à son internalisation sont trop élevés par rapport aux bénéfices qui en découleraient. Ces *coûts de transaction* peuvent être liés à deux types de facteurs : les limites imposées par le contexte institutionnel sur les possibilités de redéfinition et d'échange de droits, et des contraintes technologiques (par exemple la difficulté de mettre en œuvre un procédé de délimitation et d'application d'un contrôle exclusif sur cet effet)[32]. Finalement, pour Demsetz, ce n'est que lorsqu'une possibilité de gains nets à l'internalisation apparaît que les effets non compensés deviennent véritablement des problèmes de choix collectif, et que la question de la redéfinition du contexte institutionnel (et par là du domaine d'action nominal des agents) acquiert une signification économique. L'auteur exprime ce point de vue dans les termes suivants :

> *"Changes in knowledge result in changes in production functions, market values, and aspirations. New techniques, new ways of doing the same things, and doing new things - all invoke harmful and beneficial effects to which society has not been accustomed. It is my thesis [...] that the emergence of new property rights takes place in response to the desires of the interacting persons for adjustment to new benefit-cost possibilities. The thesis can be restated in a slightly different fashion: property rights develop to*

[31] Les auteurs anglo-saxons utilisent parfois les termes d'effets externes « non pertinents » (*pareto-irrelevant externalities*) et « pertinents » (*pareto-relevant externalities*) pour distinguer les interactions indirectes entre agents qui ne sont pas sources d'inefficacité de celles qui le sont.

[32] Par exemple, le droit de la mer a longtemps posé comme inacceptable toute restriction de la liberté de pêche en haute mer. Selon Demsetz, de telles contraintes reviennent à imposer un coût infini à la négociation d'un régime d'accès limité. De nombreux auteurs soulignent également que les coûts liés à la délimitation et à l'application de droits de pêche exclusifs ne paraissent souvent pas justifier les bénéfices attendus de telles mesures.

> *internalize externalities when the gains of internalization become larger than the cost of internalization."* (Demsetz 1967, p.350)[33].

Dans ce modèle, avec la disparition des effets externes disparaissent les problèmes d'environnement : si des effets non-compensés subsistent, c'est qu'ils sont pris en compte de manière optimale dans les décisions des agents. Autrement dit, suivant cette approche, les problèmes d'environnement définis comme effets externes apparaissent comme des situations d'instabilité qui, par définition, ne peuvent persister. Dans les travaux sur les droits de propriété, ils relèvent d'un processus d'ajustement du contexte institutionnel à de nouvelles conditions environnantes, pour une collectivité donnée. Cette explication s'inscrit dans la représentation atemporelle de l'économie évoquée au paragraphe précédent. Les phénomènes de variation et de changement institutionnel y sont interprétés comme des ajustements à des perturbations d'origine exogène (changements de préférences, progrès technologiques, nouvelles aspirations des agents ...). Celles-ci engendrent soit de nouveaux effets non compensés, soit une modification des coûts et bénéfices associés aux effets non compensés existants, donnant naissance à de nouvelles opportunités de gains non réalisées. Une fois le changement institutionnel opéré, ces nouvelles opportunités sont intégrées de façon optimale dans les stratégies individuelles, et les « nuisances » qui demeurent ne posent plus de problème tant que les conditions économiques et technologiques, et les coûts de transaction associés à une redéfinition institutionnelle, restent inchangés.

Dans la plupart des travaux sur les droits de propriété, cette interprétation conduit à la vision instrumentale des institutions : l'action collective est ramenée à une démarche « réactive », dans laquelle le jeu sur les formes institutionnelles est considéré comme le principal moyen d'adaptation d'une collectivité à des possibilités nouvelles de gains mutuels. L'explication de l'origine et des formes prises en pratique par les dispositifs de contrôle sur les milieux naturels peut alors s'appuyer sur une analyse coûts-avantages dont la conclusion est généralement que le degré de spécificité des régimes de droits de propriété s'accroît au fur et à mesure que la valeur des gains nets associés à une redéfinition des droits augmente, le type même de régime adopté (propriété privée, commune ou publique) étant également fonction des coûts et des bénéfices attendus. Une lecture naïve de ces travaux conduit à considérer que l'abandon d'institutions anciennes signifie qu'elles étaient inefficaces, tandis que des formes institutionnelles émergeant et persistant dans une collectivité doivent assurer une allocation efficace des ressources, sans quoi elles changeraient certainement[34] ... .

[33] Demsetz utilise l'exemple du commerce de fourrures au Canada, dont le développement a entraîné une appropriation des territoires de chasse par les populations amérindiennes. L'activité de chasse s'étendant rapidement pour répondre à la demande croissante de fourrures, le coût d'opportunité du maintien des territoires de chasse en accès libre s'est en effet accru, les espèces concernées étant relativement sédentaires. Cela explique selon lui l'appropriation collective progressive des terres canadiennes aux fins de contrôle de la chasse en forêt. Par comparaison, il explique le maintien de l'accès libre aux territoires de chasse parmi les populations amérindiennes des plaines du sud-ouest américain par l'absence de gibier de valeur commerciale comparable, et le coût important qu'aurait nécessité une délimitation des terres visant à contrôler un gibier essentiellement composé d'animaux migrant sur de grandes distances.

[34] Dans une étude des différentes théories économiques anglo-saxonnes du changement institutionnel, Bromley (1989) souligne toutefois que le critère d'efficacité n'est pas le seul utilisé comme variable explicative. Les spécialistes de l'histoire économique tels que North (1990) considèrent en effet également la redistribution des revenus comme une variable importante. Dans ce cas, des changements de la structure institutionnelle peuvent être expliqués, non pas par une recherche d'efficacité accrue, mais par une amélioration des revenus d'un ou plusieurs agents au détriment d'autres agents de l'économie. Il est de plus possible de voir des situations inefficaces persister dans les cas où des individus ou groupes investissent leurs ressources dans des activités de pression politique visant à préserver une structure institutionnelle qui les avantage du point de vue de la répartition des revenus (investissements que les anglo-saxons nomment *rent seeking*). Voir également Binger et Hoffman (1989) sur ce sujet.

Cette conception conduit à une circularité du raisonnement déjà évoquée au paragraphe précédent (voir la Figure 1), qui semble ici limiter la portée explicative de l'analyse. Son application stricte débouche en effet sur la tautologie « si un changement a lieu, c'est que ce changement devait avoir lieu »[35]. Deux difficultés importantes en découlent. En effet, cette interprétation, associée au maintien d'un cadre d'analyse atemporel, ne permet pas d'identifier les modalités concrètes selon lesquelles le contrôle sur les ressources s'exerce. De plus, elle conduit à occulter l'existence de problèmes d'environnement autrement que comme « accidents » ponctuels et éphémères.

Par ailleurs, sur le plan normatif, l'efficacité économique utilisée comme seul critère d'évaluation du besoin de changement institutionnel peut conduire à un processus d'auto-renforcement du *statu quo*. Dans l'exemple des cétacés, on peut ainsi considérer que le contexte institutionnel attribue à l'origine à l'industrie baleinière un domaine nominal d'action excluant la relation présumée entre mammifères et populations de poisson. Dans ce cas, le système légal en place permettait aux industriels baleiniers d'ignorer, dans le calcul de l'efficacité de leurs activités, le coût présumé qu'elles imposent aux pêcheurs. Sur cette base, une restriction de l'activité baleinière visant à tenir compte des revendications des pêcheurs pourrait être considérée comme une source *d'inefficacité* du point de vue de l'industrie : la production baleinière ne pourrait en effet être maintenue qu'à un coût plus élevé (lié par exemple à l'exploitation de zones moins favorables et plus distantes des points de transformation). L'efficacité de cette activité, évaluée sur la base du *statu quo* institutionnel, tendrait donc à justifier le maintien de ce *statu quo*[36].

Si en revanche le régime légal accorde aux pêcheurs le droit d'être protégés contre un effet reconnu de l'industrie sur les stocks de poisson, l'interprétation change radicalement. Dans ce cas, le calcul d'efficacité économique de l'activité baleinière doit en effet intégrer les coûts associés à cet effet, et le raisonnement de Demsetz s'applique pleinement. L'industrie produit en fait à la fois un bien - les baleines capturées et transformées, et un service - l'effet de concentration du poisson à la côte. Le calcul d'efficacité repose ici sur un domaine des possibilités de production différent, qui n'est pas directement comparable à celui dans lequel seule la production baleinière était considérée. Un arbitrage doit maintenant être effectué entre la production de produits baleiniers et le maintien des potentiels de pêche.

Le critère d'efficacité ne fournit donc pas ici, à lui seul, une explication de l'apparition du problème de conservation des mammifères marins. Les conclusions auxquelles il conduit sont en effet liées au contexte institutionnel dans lequel s'insère la production baleinière. Dans le second cas de figure ci-dessus, si le changement dans la réglementation de la chasse baleinière fait qu'il devient plus coûteux pour cette industrie de produire les mêmes biens localement, ceci n'entraîne pas pour autant que l'activité est devenue moins efficace. Il y a plutôt eu un déplacement vers une nouvelle frontière des possibilités de production, et un nouveau niveau

[35] C'est l'objet de la critique détaillée que propose Bromley des théories du changement institutionnel précitées. Sa démonstration peut être résumée de la manière suivante : l'efficacité économique accrue permise par un changement institutionnel est liée à l'évaluation des coûts et bénéfices individuels associés à ce changement. Or la structure institutionnelle détermine ce qui constitue un coût et un bénéfice, et pour qui, dans l'économie considérée. Le calcul d'efficacité économique est donc lié à la définition de la structure institutionnelle, ce qui revient à dire que l'évolution des institutions explique l'évolution des institutions ... .

[36] Les pêcheurs pourraient bien sûr théoriquement engager une négociation avec les industriels sur un niveau d'exploitation baleinière qui tienne compte des impacts sur leur propre activité, ou tenter de faire valoir leurs revendications en se retournant vers l'Etat. Dans les deux cas, cependant, l'initiative et les coûts afférents à ce processus devraient être pris en charge par les pêcheurs eux-mêmes, leur contrainte de ressource déterminant ainsi seule, en définitive, les possibilités de redéfinition des droits dans ce contexte.

de production baleinière optimale, reflétant les représentations nouvelles de l'écosystème ayant acquis le statut de norme au niveau collectif[37].

Les problèmes posés par la prise en compte d'effets non compensés entre agents apparaissent ainsi étroitement liés à l'évolution de l'état des représentations et des compromis collectifs, à un moment donné dans une collectivité particulière. L'apparition et l'évolution des problèmes de conservation des ressources marines vivantes doivent donc être considérées comme le reflet de conflits et de compromis dans les processus par lesquels une définition commune des « ressources naturelles » est construite. Ce sont ces processus qui déterminent en fin de compte la façon d'intégrer la volonté de protection des écosystèmes marins au jeu des relations sociales, et ainsi les enjeux et objectifs de stratégies de conservation.

Conclusion

L'objet de cette contribution était d'analyser plus en détail la façon dont les problèmes d'environnement acquièrent le statut d'objets pour l'action collective dans les travaux d'économie consacrés à ce sujet. L'analyse permet de faire ressortir les points suivants :

- Premièrement, une lecture plus fine de la définition d'une « ressource naturelle » adoptée dans ces travaux conduit à mettre l'accent sur les relations de réciprocité qui sous-tendent la caractérisation de biens et de services comme objets d'échanges, et sur les formes institutionnelles qui, étant acceptées par les agents comme cadre commun à leurs interactions, permettent le déroulement des relations marchandes.
- Deuxièmement, la question de l'émergence de ces formes institutionnelles soulève un certain nombre de difficultés conceptuelles. Les exemples montrent qu'une application stricte de la théorie des droits de propriété ne rend que partiellement compte des modalités d'apparition et d'évolution des questions d'environnement comme problèmes d'action collective. La compréhension de ces problèmes tels qu'ils se posent en pratique implique de se représenter les formes institutionnelles à la fois comme un cadre s'imposant aux activités individuelles et comme le produit d'actions délibérées de la part d'acteurs autonomes. Dans le cas des ressources marines vivantes, l'analyse a permis de souligner l'importance des représentations sociales - et le rôle central des représentations scientifiques - dans l'élaboration de cadres collectifs sous-tendant l'adoption de politiques de conservation.
- L'analyse de ces politiques passe finalement par une approche historique des processus de décision en matière de conservation des ressources marines vivantes. Dans celle-ci, l'apparition et l'évolution de dispositifs de conservation sont considérées comme le produit de jeux complexes entre représentations, conditions économiques et techniques, dynamiques biophysiques et modes de régulation collective.

Bibliographie

Alchian A. et Demsetz H. (1973) "The property rights paradigm*" Journal of Economic History* 13, p.16-27.

Arrow K.J. (1976) *Les limites de l'organisation,* traduction française PUF.

Axelrod R. (1981) "The emergence of cooperation among egoists*" American Political Science Review* 75 (2), p.306-318.

[37] Une approche similaire est adoptée par Bromley (1989) pour représenter le problème de la sécurité dans les mines.

Beddington J.R., Beverton R.J.H, et Lavigne D.M. (1985) *Marine mammals and fisheries.* Allen and Unwin.

Binger B.R. et Hoffman E. (1989) "Institutional persistence and change: the question of efficiency*" Journal of Institutional and Theoretical Economics* 145, p.67-84.

Boyer R. et Orléan A. (1990) « Théorie des conventions et innovations sociales » *Cahiers d'épistémologie* (9018), Université du Québec à Montréal.

Bromley D.W. (1978) "Property rules, liability rules and environmental economics" *Journal of Economic Issues* 12 (1).

Bromley D.W. (1989) *Economic interest and institutions: the conceptual foundations of public policy.* Basil Blackwell.

Bromley D.W. (1992) "The commons, common property and environmental policy*" Environmental and Resource Economics* 2, p.1-17.

Bromley D.W. et Cernea M.M. (1989) "The management of common property natural resources : some conceptual and operational fallacies*" World Bank discussion paper* 57.

Brousseau E. (1993) « Les théories des contrats : une revue *» Revue d'économie politique* 103 (1), p.1-81.

Cheung N.S. (1970) "The structure of a contract and the theory of a non-exclusive resource" *Journal of Law and Economics* 13, p.49-70.

Christy F.T. (1996) "Paradigms lost: the death rattle of open access and the advent of property right regimes in fisheries*" Communication présentée à la huitième conférence bi-annuelle de l'Institut International d'Economie des Pêches*, Marrakech, 1-4 juillet, 27 p.

Coase R. (1960) "The problem of social cost" *Journal of Law and Economics* 3, p.1-44.

Conrad J.M. et Bjorndal T. (1993) "On the resumption of commercial whaling: the case of the Minke Whale in the Northeast Atlantic" *Arctic* 46 (2), p.164-171.

Dahlman C.J. (1979) "The problem of externality" *Journal of Law and Economics* 22, p.141-162.

Dasgupta P. (1982) *The control of resources.* Basil Blackwell.

Demsetz H. (1967) "Toward a theory of property rights" *American Economic Review* 62, p.347-59.

Dupuy J.P. (1997) « Introduction générale » in *Les limites de la rationalité. Tome 1 : rationalité, éthique et cognition*. J.P.Dupuy et P.Livet (Dir.), La Découverte, Collection Recherches, p.13-21.

Dupuy J.P. et Livet P. (Dir.) (1997) *Les limites de la rationalité. Tome 1 : rationalité, éthique et cognition.* La Découverte, Collection Recherches.

Economie appliquée (1990) *Approches des institutions économiques.* 43 (3).

Eggertsson T. (1996) "The economics of control and the costs of property rights" in Hanna S., Folke C. et Mäler K.G. (Eds) *Rights to nature. Ecological, economic, cultural and political principles of institutions for the environment.* Island Press, p.157-178.

Elster J. (1989) "Social norms and economic theory" *Journal of economic perspectives* 3 (4), p.99-117.

Fluet C. (1990) « L'analyse économique du droit », *Economie appliquée* (3), p.53-66.

Godard O. (1984 « Autonomie socio-économique et externalisation de l'environnement : la théorie néo-classique mise en perspective » *Economie appliquée* (2), p.315-345.

Godard O. (1993) « Les représentations concurrentes de l'étiologie des problèmes d'environnement » Communication à *l'Atelier de recherche de Socio-économie de l'environnement*, Fondation Universitaire Luxembourgeoise, Arlon, 3 février, 32 p.

Godard, O. (1994) « Le développement durable » *Natures, sciences, sociétés* 2 (4), p.309-322.

Guerrien B. (1990) « Quelques réflexions sur institutions, organisations, histoire » *Economie appliquée* tome XLIII, (3), p.89-110.

Hanna S. et Munasinghe M. (1995) *Property rights and the environment. Social and ecological issues.* Beijer International Institute of Ecological Economics and The World Bank.

Hanna S., Folke C. et Mäler K.G. (1996) *Rights to nature. Ecological, economic, cultural and political principles of institutions for the environment.* Island Press.

Kolm S.C. (1986) « L'allocation des ressources naturelles et le libéralisme ; le problème et ses solutions » *Revue économique* (2), p.207-240.

Laffont J.J. (1988) *Fondements de l'économie publique, Volume 1 : cours de théorie microéconomique.* Economica (2e édition).

Langlois R.N. (Ed.) (1986) *Economics as a process. Essays in the New Institutional Economics.* Cambridge University Press.

Lewis D. (1969) *Convention: a philosophical study.* Harvard University Press.

Libecap G.D. (1989) *Contracting for property rights.* Cambridge University Press.

Mormont M. (1993) *Sciences sociales et environnement, approches et conceptualisations.* Rapport au service de la recherche du Ministère de l'Environnement, convention 91161, 89 p.

North D.C. (1990) *Institutions, institutional change and economic performance.* Cambridge University Press.

North D.C. (1991) "Institutions*" Journal of economic perspectives* 5 (1), p.97-112.

Orléan A. (Dir.) (2004) *Analyse économique des conventions,* PUF (2e édition).

Ostrom E. (1990) *Governing the Commons ; the evolution of institutions for collective action.* Cambridge University Press.

Passet R. (1996) *L'économique et le vivant.* Economica.

Pearse (P.H.) (1980) "Property rights and the regulation of commercial fisheries" *Journal of Business Administration* 11, p.185-209.

Pigou A.C. (1920) *The economics of welfare.* McMillan.

Posner R.A. (1977) *Economic analysis of law* Little Brown (2e édition).

Randall A. (1993) "The problem of market failure" in *Economics of the Environment, Selected Readings* R. Dorfman et N.S. Dorfman (Eds.), Norton (3e edition).

Randall A. et Farmer M.C. (1993) "Benefits, costs, and the Safe Minimum Standard of conservation" Paper presented at the *Seminar on Valuation of Environmental Quality* Oslo, June 22, 30p.

Revue économique (1989) *L'économie des conventions,* 40 (2).

Reynaud B. (Dir.) (1997) *Les limites de la rationalité, Tome 2 - Les figures du collectif.* La Découverte, Collection Recherches.

Romagny B. (1996) *Développement durable, bioéconomie et ressources renouvelables-Réflexion sur les modes d'appropriation et de gestion de ces ressources. Une remise en cause de la formalisation de la "tragédie" de l'accès libre par le dilemme du prisonnier.* Thèse de doctorat en sciences économiques, Université de Nice-Sophia Antipolis, 377 p.

Salles J.M. (1993) *Décision économique et gestion collective des risques globaux d'environnement.* Thèse pour le doctorat de l'EHESS, Paris, 571 p.

Schelling T.C. (1960) *The strategy of conflict.* Harvard University Press, Cambridge, Mass.

Schotter A. (1986) "The evolution of rules*"* in *Economics as a process. Essays in the New Institutional Economics*. R.N. Langlois (Ed.), Cambridge University Press, p.117-134.

Schulz C.E. (1995) "Sanctions and the optimal management of renewable resources" *Discussion papers in economics*, University of Tromso, Norway (E1/95), 20 p.

Scott A. (1988) "Development of property in the fishery" *Marine Resource Economics* 5, p.289-311.

Tonnessen J.N. et Johnsen A.O. (1982) *The history of modern whaling.* Australian University Press.

Weber J. (1992) « Environnement, développement et propriété : une approche épistémologique » in *Gestion de l'environnement, éthique et société*, J.A. Prades, R. Tessier et J.-G. Vaillancourt (Dir.). Editions Fides, Québec.

Weber J., Betsch J.M. et Cury P. (1990) « À l'interface hommes-nature : les ressources renouvelables » *Communication au colloque Recherche et Environnement*, CNRS-PIREN, Strasbourg, 24-25 sept. 1990.

Weber J. et Reveret J.P. (1993) « La gestion des relations sociétés-nature : modes d'appropriation et droits de propriété *» Le Monde diplomatique*, collection Savoirs (2), p.14-19.

Young O.R. (1994) "The problem of scale in human/environment relationships" *Journal of Theoretical Politics* 6 (4), p.429-447.

Young O.R. (1996) "Rights, rules and resources in international society" in Hanna S., Folke C. et Mäler K.G. (Eds) *Rights to nature. Ecological, economic, cultural and political principles of institutions for the environment.* Island Press, p. 245-263.

Property Rights and the Commons: Insights from Fisheries and Freshwater Resources

R. Quentin Grafton
Professeur d'économie, Crawford School of Public Policy
The Australian National University
quentin.grafton@anu.edu.au

Résumé

Cette contribution propose une revue sélective de la littérature sur les droits de propriété et les expériences menées dans les domaines de la pêche et des prélèvements d'eau douce. Elle comporte deux volets. En premier lieu, elle présente une méthode de comparaison des régimes de droits de propriété (propriété privée, droits communautaires et libre accès) appliqués aux ressources « fugaces ». En second lieu, elle décrit dix critères utilisables lors de l'introduction ou de la réforme de systèmes de droits transférables dans les domaines de la pêche et des prélèvements d'eau douce.

Abstract

The paper selectively reviews the property rights literature and experiences with marine capture fisheries and freshwater extraction. The contribution is twofold. First, it provides a way to compare property rights regimes (private property, community rights and open access) in terms of fugacious resources. Second, it gives a framework with 10 criteria that can be used when establishing or revising 'cap and trade' programs in capture fisheries or for freshwater extractions.

Mots-clés

Droits transférables, caractéristiques des droits de propriété, droits individuels, droits collectifs, ressources fugaces.

Keywords

Cap and trade, characteristics of property, private rights, community rights, fugacious resources.

> *In a sense, rights over fluid resources are the most difficult type of natural resource property to understand and improve, because, unlike resources such as minerals and timber, they cannot easily, or cheaply, be bounded spatially, into private estates.*
>
> Anthony Scott (2008, p. 55)

1. Introduction

A common understanding of property rights and the effects on resource allocation requires a common language. Many economists have naïvely treated a property right as ownership or possession while paying inadequate attention to the multiple dimensions of possessory rights, and how they are frequently subject to exceptions (Shavell 2004). Jurists have, correctly, viewed a property right as a bundle of restrictions, burdens and privileges attached to a

particular resource, but frequently ignored the 'demand and supply' factors that shape how rights are defined in law, and in practice. An equally important divide has been the institutional and historical knowledge of how rights are defined in one context, such as fisheries, disconnected from an understanding of how such rights developed in another domain, such as freshwater. These twin divides, by discipline and by resources, obscure common insights and understanding that is helpful to decision makers to understand how property rights can be changed to promote the common good.

This chapter seeks to bridge the gaps between theory and practice in the context of property rights in marine capture fisheries and in freshwater extractions for agriculture. Despite the obvious linkages, there are surprisingly few works that connect rights in marine fisheries to freshwater resources. Notable exceptions include Scott (2008) and Grafton and Squires (2015) who highlight the fugacious or 'fluid' nature of both set of resources, thereby, indicating the transitory nature of these resources either through their mobility or their ephemeral nature. It is this inherently 'short-term' characteristic that has made the definition, establishment of user rights for these resources so problematic over the centuries.

In this chapter, I highlight what has increasingly become the 'first best' policy prescription of many economists. Namely, a 'cap and trade' approach - an overall cap is placed on extractions or disposal with extraction/disposal rights that are tradable – to promote greater efficiency when allocating (and re-allocating) property rights for natural resources and pollutants. While successful cap and trade rights systems highlight the potentially large benefits to resource users in both fisheries and water, they remain controversial. Further, they are not a universal prescription to the myriad of possible ways of governing the commons. In Section 2, I define the key characteristics of property rights and use this as a template for evaluating, in Section 3, possible ways of governing the commons. In Section 4, I briefly compare and review the commonalities and pay-offs of cap and trade rights in marine capture fisheries and freshwater extractions. In Section 5, I offer concluding remarks.

2. Towards an understanding of property rights

Libecap (1989) defines property rights as the "…social institutions that define or delimit the range of privileges granted to individuals to specific assets, such as parcels of land or water." This definition highlights the importance of *institutions* that North (1990) has called the 'rules of the game' and that are the constraints that govern how people interact among themselves and the resources that help to determine their wellbeing. It also connects property rights to *privileges* which can broadly interpreted as characteristics that, depending on their dimensions, provide a means to compare and contrast property rights over time and place.

Scott and Johnson (1985) were the first to provide a comprehensive review of the characteristics of property rights, and which was subsequently added to by Devlin and Grafton (1998), and then further developed by Scott (2008). They all noted there are many possible characteristics, but identified six key ways of describing property rights: *exclusivity*, *duration*, *flexibility*, *quality of title*, *transferability* and *divisibility*. Devlin and Grafton were the first to develop a diagrammatic approach with 'spokes' to illustrate the relative dimension of each characteristic when comparing across property right structures. This is shown in Figure 1 where a 'spoke' at its full dimension represents a case where the holder of the right has no demand to improve its specification.

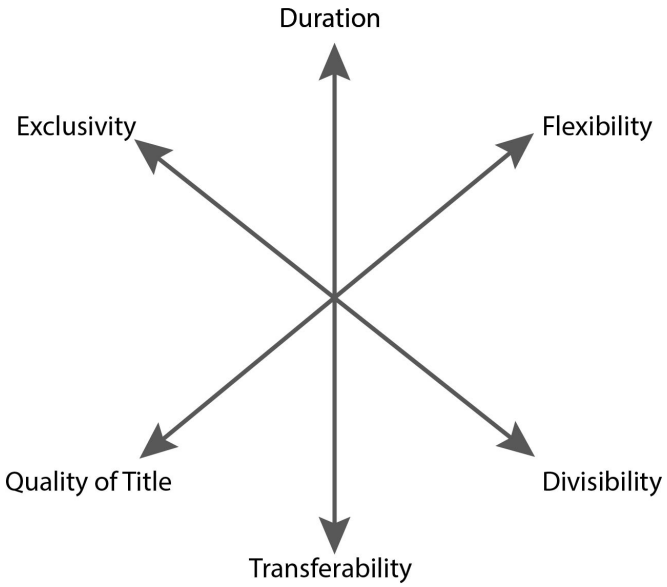

Figure 1: Characteristics of Property Rights (adapted from Devlin and Grafton 1998)

The key characteristic of a property rights is exclusivity, or the partial or full ability to exclude others from acquiring the stock or flow of benefits from a resource. Without it, the other characteristics, with the exception of divisibility, have little or no substance. Exclusivity, and who exercises it, can be used to describe a property-rights regimes (Hanna et al. 1996; Devlin and Grafton 1998) that include: private property (individual); community or common property (collective); state property (citizens); and open access (nobody).

The relevance of property-rights regimes to fugacious resources, such as marine fisheries and freshwater extractions, is that they have frequently been open-access regimes because of the cost, or even impossibility, of excluding others from access or use. The 'demand' for private or individual user property rights has, typically, increased over time for most fugacious resources and this can be ascribed to an increased value from use, which has raised the benefit-to-cost-ratio from enforcing exclusivity. The 'supply' of rights depends on the institutional structures that allow the characteristics of rights, and who hold them, to modify these characteristics or privileges. This has, typically, occurred through the state via changes to law and regulations or through the court system and, where relevant, with international co-operation over shared resources, such as the United Nations Convention on the Law of the Sea (Churchill and Lowe 1999).

An illustration of the 'demand' for the private property user rights, community user rights and open access is provided in Figure 2. The left vertical axis (increasing from the bottom up) represents the sustainable flow of benefits to the current users, the right vertical axis is the costs of exclusion (increasing from the top to bottom), the bottom horizontal axis represents either the number of current resource users or the heterogeneity among existing resources users (increasing from right to left) and the top horizontal axis (increasing from left to right) indicates the resilience of the resource, or its ability to 'bounce back' following a negative shock. In this rubric, private property rights are most favoured in the north-west corner of Figure 2 while open access imposes the least cost on resource users and owners in the south-east corner. Community rights are relatively favoured, compared to the other two regimes, in the in-between locations.

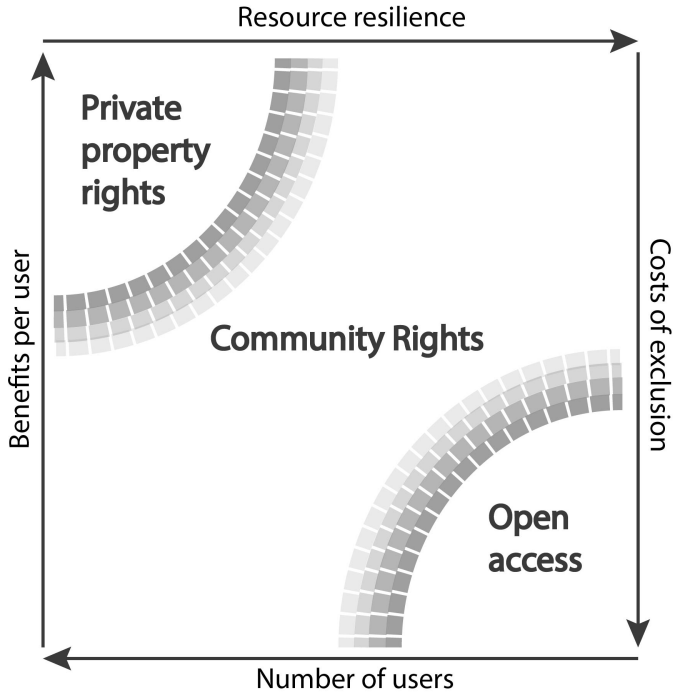

Figure 2: Private Property Rights, Community Rights and Open Access

A 'characteristics' approach to property rights is helpful because it can place what are essentially institutional or 'interaction' characteristics into a framework for evaluating human ecosystem interactions. For instance, Cleveland et al. (1996) define three broad set of characteristics: (1) *Ecosystem characteristics* such as the stocks, flows, controls (such as ecological relationships and physical laws) and attributes (such as resilience and productivity); (2) *Interaction characteristics* that include the attributes of property rights over resources and governance regimes; and (3) *Human system characteristics* such as human-made capital and social capital, and how they are governed, and the flows distributed.

Equipped with an understanding of property in the relation to fugacious resources, I now explore the possible choices for governing fugacious resources which are characterised by a high degree of rivalry in use and for which it is difficult or costly to exclude others.

3. Governing the commons

For any resource over which property rights exist there are four key questions that govern these rights:

1. What are the rights defined over (such as the stock or the flow)?
2. Where are the rights exercised (in a defined location or anywhere)?
3. When are the rights used (any time or specific periods)?
4. Who is permitted to either exercise or own the right (initial allocation, rules about transferability, rules of use)?

Typically, rights evolve over time and are not simply devised *tabula rasa*. Neither is there a preordained path along which property rights develop over time as this depends on the interaction of both demand and supply of property rights (Scott 2008). In cases where rights are individual and proprietary, such as water rights in most of the US west, changes to how property rights are governed requires either unanimity or change in the interpretation of the

law. By contrast, water rights in Australia are statutory rights, owned by the state but allocated to users, and can, therefore, be changed much more easily and without the need to petition a court or consensus.

While there are many possible combinations of ways to govern common-pool resources, there are three dominant approaches: (1) Direct and desist (DD); (2) Co-operate and collaborate (CC); and (3) Rights and responsibilities (RR). The DD approach is a method by which a central authority (local, regional or national) or agency imposes rules over access and use. It can be effective provided there is readily available information on the state of the resource and the actions of each individual users, but its key deficiency is that does not change the incentives faced by users. Thus, so long as the rules can be contravened, in spirit if not by the letter, then rules can be subverted. While a central authority may, in response, change the rules and the funds allocated to monitoring and enforcement, the resulting counteraction by resource users can resemble a 'predator-prey contest' that, ultimately, increases costs of governance and those of the resource users. Thus, with some exceptions, DD is not a cost effective method of governing fugacious resources.

The CC approach has been very well documented in many case studies that were inspired by the pioneering work of Elinor Ostrom. These studies show that, under certain conditions or design principles (Ostrom 1990), CC can generate sustainable and beneficial outcomes for community members. These conditions include: (1) effective exclusion of persons not in the community; (2) rules of use adapted to the circumstances and dynamics of the resource; (3) common decision-making over governance rules; (4) effective monitoring of observance of the governance rules; (5) incremental penalties for non-observance of governance rules; (6) pathways for easy resolution of conflicts between community members; (7) tacit recognition of community governance rules by state or central agencies; and (8) nested governance in the case of multiple resource users beyond the particular community. The multiple case-studies in this literature show that CC works across resource domains (such as fisheries, water, forests) and in very different institutional contexts (such as US, Nepal and Spain).

The RR governance framework is based on the idea that if rights are defined appropriately, and adequately monitored and enforced, they provide the desired incentives for users of fugacious resources to behave in ways that individual interests coincide with the public good. Of all disciplines, economics has provided the theoretical justification for RR. This economic justification has its modern origins in Coase (1960), but has its antecedents at least as far back as Aristotle. The key idea is that provided that resource users are able to trade or transact among themselves then it is possible to 'internalise' the costs that their actions impose on others.

In the context of fugacious resources the 'internalisation' of costs has been made manifest by what are called 'cap and trade' RR. In this approach, an overall cap or limit on the harvest or level of extraction is imposed and enforced by the owner(s) that is divided among those resource users who are allowed to access and extract the resource. These resource users are able, typically with some constraints imposed on trade by the resource owner(s), permitted to buy and sell rights over the flows (such as an annual harvesting right in fishing) from the resource. In theory, if the cap, if set properly and adequately monitored and enforced, this approach ensures the long-term sustainability of the resource while transferability allows the flow of benefits from the resource to go to the highest value in use.

The challenge of cap and trade approaches is to translate elegant theory into effective practice. Some of the potential pitfalls include: (1) initial allocations that are inequitable or which exclude prior resource users without compensation; (2) limits on trade that effectively prevent rights going to highest value in use; (3) concentrations of rights that result in the

abuse of market power in the form of uncompetitive prices paid for inputs and resource outputs; (4) externalities in resource access and use (such as damaging methods of harvest or extraction) that undermine the public good; (5) spillovers to other sectors whereby 'cap and trade' in one resource increases over-extraction in other resources; and (6) restrictions that limit or prohibit non-users such that *in situ* values are not represented in the market for rights. None of these possibilities are without remedy, but anyone can undermine the benefit of cap and trade relative DD and CC.

4. Common insights from fisheries and freshwater resources

As common-pool resources, marine capture fisheries and freshwater extraction from common sources (river or aquifer), share a number of common characteristics. Most obviously, they are fugacious such that many fish species and water in river and stream channels are highly mobile. There are also *subtractive* resources which is why use is rivalrous and can result in over-extraction. There can also be subject to *disturbances and shocks*, such as flood or drought events for freshwater resources, and anthropogenic and natural stock fluctuations in the case of fisheries.

In the context of human system characteristics, both marine capture fisheries and freshwater extractions are *atomistic* in the sense that, typically, there are a large number of independent resource users. Both types of resources can also generate important *public goods* benefits beyond their value in use. For instance, people can, and do, value iconic species and megafauna such as turtles and whales that may be affected by resource use while stream flow provide a range of valuable ecosystem services (Grafton et al. 2015). Related to the public good aspect and subtractive nature of fisheries and freshwater is the social licence to use the resource. In some cases, particular methods of water use, such as hydraulic fracturing, are prohibited while in fisheries in particular locations, such as in marine protected areas, no extraction may be permitted.

A framework for appreciating the insights of cap and trade user property rights in both freshwater extractions and marine capture fisheries is provided in Table 1. It provides a useful 'checklist' of the features or characteristics that need to be considered before introducing, and when reviewing, cap and trade systems for fugacious resources. Consideration of each of these characteristics provides a mean to avoid some of the practical pitfalls of cap and trade systems.

Table 1:
Criteria for Establishing or Revising 'Cap and Trade' Approaches for Fugacious Resources

Criteria	**Comment**
Cap	Extraction or harvest per unit of time
Use or non-use	Use versus *in situ* use
Temporal	Permanent versus temporary
Initial Assignment	Compensation and preferences
Bundled	Land from water and spatially denominated
Rules	Universal versus particular
Tradable	Efficiency versus social priorities
Flexible	Ability to change rights and rules
Information & Transparency	Data on transactions and state of stock
Planning & Decision-making	Social licence and resource user innovation

Cap refers to the volume or quantity extracted per unit of time, as determined by the resource owner. Ideally, the setting of the cap should be transparent and based on verifiable evidence. It should also involve stakeholders to the extent that all persons who are affected by the cap are aware of how and why it may change over time.

Use or non-use refers to whether the property right can be held and retained even if the right holder chooses not to activate it in terms of harvesting or extracting the resource. Discriminating against non-use can mean that the values people may have for keeping resources *in situ* are not accounted for beyond the determination of the cap. Given that the cap level is, typically, set to ensure sustainability rather than to maximise the overall value of the resource (use and non-use) such discrimination against non-users is likely to be welfare reducing. Examples of non-use include restrictions imposed by the state of New South Wales in Australia that limits the proportion of water entitlements that can be held for environmental purposes (Grafton and Horne 2014). In the US, until recently, 'use it or lose it' provisions associated with appropriative water rights meant that persons who wanted to keep water in situ were in danger of losing their property right.

Assignment of rights can be *temporary or permanent* whereby a permanent right gives the holder a perpetual right to a flow of benefits from a resource. A temporary right represents a time delimited access or use right for flow over a defined period of time. In the case of water rights in the Murray-Darling Basin, both sets of rights exist (Grafton and Horne 2014): water entitlements represent a long-term share of the consumptive share of water available in a catchment while water allocations are the physical volumes of water assigned to the water entitlement in a given year. As might be expected, water allocations are more frequently traded than water entitlements because many farmers wish to retain, for water security purposes, ownership of water entitlements. This dual system is similar to what happens with individual harvesting shares in marine capture fisheries whereby fishers have a share of the annual total allowable catch (TAC) which is then translated into a given weight of fish after the TAC is announced. The fish landed within a given fishing season can then be sold provided that it is reconciled to the catch shares held by quota holders.

Initial Assignment refers to the establishment of the rights and how much should be provided to each resource user and, how it is calculated. It represents a 'fairness' condition, but can also have efficiency implications because disenfranchised and disgruntled resource users may be able to undermine the access and use rules of the resource owner(s). Typically, initial allocations are based on historical use and may also be combined with other factors, such as vessel size in the case of catch shares. In addition, compensation may also be paid whereby previously disenfranchised individuals or groups such as Maori in New Zealand (Connor 2001), or previously disadvantaged persons in South Africa, may be given allocations even if they lack a documented recent history of use.

Bundling refers to whether the resource rights are embodied in other rights that restricts divisibility. For instance, water rights could be bundled into land rights. Such bundling increases the cost of acquiring and complicates the ability to buy and sell water. Since the mid-1990s, successive Australian governments have sought to unbundle land rights from water rights and, within water rights, separate rights for water delivery from water allocations and the licensing for what and where the water might be used (National Water Commission 2013). In fisheries, unbundling is more associated with delineation of harvesting rights denominated by space and time.

Rules refer to what restrictions of use or non-use are imposed on particular resource users or groups of resource users. Common rules avoid discrimination in favour of one group, but resource owners(s) may deliberately wish to favour certain resource users. Such

discrimination can come in the form of different fees or charges for rights holders depending on the fishing gear they use in individual quota fisheries. In terms of water rights, certain rights holders may be accorded a higher priority to water. For example, in the Murray-Darling basin high reliability water entitlement holders have first priority over water allocations compared to holders of general reliability water entitlements. In the US west, the demarcation is more refined and based on individual users such that those rights holders with the oldest rights must have their water supplied before lower priority holders (Grafton et al. 2012).

Tradable covers the constraints on trade that may be imposed to achieve particular objectives. For instance, a resource owned by a state may limit ownership to only citizenz and, thus, prohibit sale of rights to foreigners or non-residents. In water, constraints on trade are common, especially between catchments and across different types of users. These restrictions on trade will, typically, reduce the efficiency benefits of cap and trade regimes, but are nevertheless undertaken so as to avoid perceived or actual negative spillover costs, such as reduced employment, that might arise if water were permanently traded out of a district.

Flexible refers to how easy, or difficult, it is to change the systems of rights as circumstances change. For example, in terms of water rights it has been argued that statutory rights (under the purview of regulators and policy makers) are easier to change than appropriative rights (under the purview of the courts) (Grafton et al . 2011).

Information and transparency refers to the openness of the cap and trade systems such that right holders and others are able to readily access information on transactions and prices. There are examples in both fisheries and freshwater extractions where government have subsidised the provision of timely transactions data to support better decision making by farmers and fishers. Typically, regulatory agencies fund information and risks on stock levels, be it in fisheries or freshwater.

Planning and decision-making refers to the processes undertaken when establishing and revising cap and trade schemes. The perceived fairness of initial allocations, and the chosen participatory processes, are critical factors to obtain 'buy in' from the whole of community as well as resource users. Without adequate stakeholder engagement property rights may lack legitimacy and the regulatory process could operate without a 'social licence'. A case in point is the widespread community angst over the use of unconventional gas extraction, and especially in the context of water where, even with regulatory approval, unconventional gas extraction has been prevented by community protests. The inclusion of stakeholders in planning and decision processes may also assist in making better decisions with knowledge creation, transfer and diffusion (Grafton et al. 2015).

5. Conclusions

A number of approaches are available to decide what, where, when and who should have access to fugacious resources such as marine fisheries and freshwater extractions. In the case of state resources that, typically, include fisheries and freshwater, three possible governance approaches include: 'direct and desist', 'co-operate and collaborate' and 'rights and responsibilities'. Which is preferred depends on the characteristics of the resource including its resilience, the number and heterogeneity of users, the costs of exclusion, and the benefits to individual users of resource use.

Increasingly, state owners of resources are turning to 'cap and trade' approaches within a structure of rights and responsibilities to govern both fresh water and marine capture

fisheries. While there are potential pitfalls with cap and trade, they do offer potential benefits if properly implemented and managed. A framework with 10 criteria that can support the implementation and revisions of cap and trade systems includes consideration of: the verifiable evidence around the setting of the size of the cap; the assignment to use and non-use; use of permanent and/or temporary rights; the initial allocation of rights; which rights are bundled; whether rules are applied to commonly or differentially; the constraints placed on the tradability of rights; the flexibility of how rights and rules of the cap and trade can change to altered circumstances; information and transparency, especially in relation to transactions data; and the extent to which planning and decision processes engage with the wider community to ensure a social licence for resource users to operate.

No single framework can substitute for careful analysis and judgements by decision makers. Nevertheless, the 10 criteria in the framework do provide a useful checklist for all of those interested in establishing, and also reforming, cap and trade approaches for the common good.

References

Cleveland, C.J., R. Costanza, T. Eggertsson, L. Fortmann, B. Low, M. McKean, E. Ostrom, J. Wilson and O. Young. 1996. A framework for modelling the linkages between ecosystems and human systems. Beijer Discussion Papers 76. Beijer International Institute of Ecological Economics, Stockholm Sweden. Accessed 22 December 2015 at: https://www.researchgate.net/publication/42764389_Framework_for_Modeling_the_Linkages_between_Ecosystems_and_Human_Systems

Churchill, R.R. and A.V. Lowe. 1999. *The law of the sea.* Juris Publishing: Manchester University Press.

Coase, R.N. 1960. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics* 3: 1-44.

Connor, R. 2001. Initial allocation of individual transferable quota in New Zealand fisheries. *In* (Ed. R. Shotton) *Case Studies on the Allocation of Transferable Quota Rights in Fisheries* FAO Fisheries Technical Paper 411.

Devlin, R A and R.Q. Grafton. 1998. Economic Rights and Environmental Wrongs. Edward Elgar: Cheltenham.

Grafton, R.Q. and J. Horne. 2014. Water markets in the Murray-Darling Basin. *Agricultural Water Management* 145: 61–71.

Grafton, R.Q., D. Squires and K. Segerson. 2015. Promoting Green Growth in Fisheries *in* (Ed. J. Bennet) *Protecting the Environment Privately.* World Scientific: Singapore.

Grafton, R.Q., G. Libecap, E.C. Edwards, R. O'Brien and C. Landry. 2012. Comparative Assessment of Water Markets: Insights from the Murray-Darling Basin, Australia and the Western USA *Water Policy* 14: 175-193.

Grafton, R.Q., G. Libecap, S. McGlennon, C. Landry and B. O'Brien. 2011. An Integrated Assessment of Water Markets: A Cross-Country Comparison. *Review of Environmental Economics and Policy* 5(2): 219-239.

Grafton, R.Q. and D. Squires. 2015. The economic sustainability paradigm and freshwater and marine fisheries governance *in* (Eds. A. Dinar and K. Schwabe) *Handbook of Water Economics* Edward Elgar: Cheltenham.

Hanna, S., C. Folke and K-G Maler. 1996. Property Rights and the Natural Environment *in* (eds. S.S. Hanna, C. Folke and K-G Maler) *Rights to Nature*, Island Press: Washington D.C.

Libecap, G. 1989. *Contracting for Property Rights*. Cambridge University Press: Cambridge.

National water Commission. 2013. Australian water markets: trends and drivers 2007–08 to 2011–12. National Water Commission: Canberra.

Ostrom. E.E. 1990. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge University Press: Cambridge.

Scott, A.D. 2008. *The Evolution of Resource Property Rights*. Oxford University Press: Oxford.

Scott, A.D. and J. Johnson. 1985. Property Rights: Developing the Characteristics of Interest in Natural Resources *in* A.D. Scott (Ed.) *Progress in Natural Resource Economics* Clarendon Press: Oxford.

Shavell, S. 2004. *Foundations of Economic Analysis of Law.* The Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge.

Statut juridique de l'eau, vers un dépassement de la dichotomie chose commune / bien ?

Franck Duhautoy

Docteur en droit public
Chercheur associé, Centre de civilisation française, Université de Varsovie
franck.duhautoy@netcourrier.com

Résumé

Historiquement, deux modèles d'accès à l'eau cohabitent. On peut soit la considérer comme une ressource naturelle - chose commune libre d'usage -, soit la qualifier de bien approprié générant un marché. Ces deux modèles, parfois concomitants, puisent leurs racines dans un lointain passé. Différents systèmes juridiques ou ordres positifs présents les reprennent. Parallèlement, au fur et à mesure de l'avancée de l'histoire, la ressource hydrique a été de plus en plus intégrée au domaine public dans une logique de bien du peuple ou de patrimoine commun de la nation sur fond d'une large liberté d'accès. Retenir une notion de patrimoine place au centre l'idée de transmission en faveur des générations futures dans une logique de développement durable. Inspirée par les droits de la mer et de l'espace, la doctrine parle même de plus en plus de promouvoir une notion d'eau - patrimoine commun de l'humanité, ce qui n'est pas sans poser quelques problèmes juridiques.

Abstract

Historically, two models of access to water coexist. Water may either be considered as a natural resource – a common good free of use -, or as a private good generating a market. These two models, sometimes concomitant, are rooted in a remote past. Today, they are present in different legal systems or positive laws. Meanwhile, throughout history, water resources have been increasingly integrated into State properties, according to a logic of people's good or common heritage of the nation, with a high degree of open access. Adopting a notion of heritage focuses the attention on the idea of transmission in favour of future generations, in a sustainable development approach. Inspired by the laws of the sea and outer space, the legal doctrine tends to consider water as a common heritage of humanity, which raises some legal problems.

Mots-clés

Chose commune, appropriation, domaine public, patrimoine commun.

Keywords

Common good, appropriation, public domain, common heritage.

Introduction

Le lien entre l'eau et le droit peut être appréhendé sous plusieurs angles : en termes de ressource naturelle, de services aux personnes ou même d'investissements. Cette étude se limitera au premier cas de figure en tentant d'apporter une réponse à une interrogation fort embarrassante de l'avis même de l'historien du droit (Gazzaniga 1992, pp. 299-312) : à qui

appartient l'eau ? Ambitionner d'y répondre fait immanquablement penser au célèbre vers de Dante Alighieri (1265-1321) se rapportant à son entrée en enfer sous la conduite du poète latin Virgile (70-19 av. J.-C.) : « *Toi qui entre ici, abandonne toute espérance* » (Dante Alighieri). La nature juridique de l'eau se révèle en effet particulièrement fluide ; d'aucuns diront même évanescente. En effet, lors de son cheminement à travers les Etats contemporains baignés de différents climats et systèmes juridiques ainsi que tout au long des aléas de l'histoire, le statut des eaux ne cesse de dodeliner entre appropriation et usage commun, individualisme et patrimonialisation. Confiner dans des règles juridiques précises un élément naturel aussi l'eau est pourtant fondamentale car, selon la réponse, se crée (ou non) un marché. Ne pas en relever la présence ne renvoie pas non plus à un élément hydrique privé de toute valeur économique. Certes, une eau placée hors droits patrimoniaux se voit située hors commerce (*extra commercium*) et génère donc de larges libertés d'usage. Il n'en demeure pas moins qu'une telle situation peut engendrer un prix issu des services liés aux infrastructures nécessaires à son extraction et à sa potabilisation. Ces dernières activités peuvent relever du public ou d'entreprises privées. L'étude de différents droits positifs ou systèmes juridiques présents révèle que chacune des différentes catégories juridiques évoquées précédemment demeure d'actualité pouvant même cohabiter au sein d'un même ordre juridique. L'histoire du droit révèle d'ailleurs que, concernant l'élément hydrique, la division bien approprié[1] / *res communis* (chose commune) libre d'usage est particulièrement ancienne. **Existe-t-il un moyen juridique de dépasser cette dichotomie afin de concilier efficacité économique et accès à une substance foncièrement nécessaire à toute vie humaine ?** Après avoir constaté l'existence ancestrale de deux modèles (eau-chose / eau-bien) au sein de différents droits positifs et systèmes juridiques (1), il sera possible de relever une tentative d'assurer leur dépassement au moyen de la domanialisation publique de la ressource ou par un concept matriciel de patrimoine commun de l'humanité (2).

Deux modèles anciens, libre usage et appropriation

Toutes les choses ne constituent pas des biens. En effet, comme le précise le civiliste Jean Carbonnier (1908-2003), doit exister une possibilité d'appropriation pour mener de l'une à l'autre (Carbonnier, 2000, p. 83). Par leur nature, certaines choses sont considérées comme inappropriables car leur usage est commun à tous[2]. Cette reconnaissance assez fréquente ne fait que reprendre une vieille notion issue de l'antique Rome mais également présente dans différents systèmes juridiques coutumiers ou religieux (1. 1.). Cependant, le modèle plaçant l'eau - ressource naturelle hors droits patrimoniaux n'a jamais joui d'une quelconque exclusivité. L'histoire a également transmis quantités d'exemples d'appropriations de l'élément hydrique reprenant l'ensemble des attributs du droit de propriété : l'*usus,* le *fructus et l'abusus* (1. 2.).

Une eau *extra commercium* assurant une liberté d'usage

Pour les juristes romains, l'eau courante, la mer et l'air étaient classés *res communes* (choses communes) à tous les Hommes et ne pouvaient donc être la propriété exclusive de

[1] Certains juristes qualifient d'« *étrange* » cette appropriation privée sur un élément aussi indispensable que l'eau douce (Varnerot 2002).

[2] Voir l'article 714 du Code civil français : « *Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir* ». Voir aussi l'article 913 du Code civil du Québec : « *Certaines choses ne sont pas susceptibles d'appropriation; leur usage, commun à tous, est régi par des lois d'intérêt général et, à certains égards, par le présent code* » (alinéa a).

quiconque[3]. Ceci s'avère d'importance car l'analyse juridique contemporaine des biens s'inspire amplement de la classification développée par le droit romain. Dans la Rome antique, la ressource hydrique était conçue comme une chose inappropriable accessible à tous puisque constituant un élément essentiel à la survie. Une liberté d'usage en faveur de chaque être humain se voyait donc reconnue. En plus du juriste Marcien évoqué précédemment (note 6), la notion de *res communis* se lit aussi sous la plume d'Ulpien[4]. La conception d'une eau-chose commune se retrouve aussi au sein de systèmes de droits religieux. Il en va ainsi du droit talmudique : « *Les fleuves et les cours d'eau qui alimentent les sources, ceux-là appartiennent à tout un chacun* »[5]. Le Coran appelle aussi à une communauté de la ressource quand, parlant des Hommes, il indique : « *annonce leur que l'eau est entre eux divisée, chaque ayant droit se présentant* »[6]. En conséquence, en droit musulman, fleuves et rivières constituent une substance commune libre d'accès. Chez les Boulous, une ethnie camerounaise, les grands cours d'eau, comme tout ce qui naît spontanément de la nature, appartiennent à tous. N'existe donc pas d'appropriation privée de l'élément hydrique aux yeux du droit coutumier de ce groupe humain (Bertaut 1935), pp. 228 et 229)[7].

De cette conception d'une eau chose commune naît une liberté d'usage s'apparentant à un droit réel. En témoigne le droit romain révélant l'absence de quelque autorisation administrative que ce soit pour puiser la ressource[8]. S'y observe aussi un possible accès aux sources hydriques même lorsqu'elles sont situées sur des propriétés privées : « *plusieurs mettent avec raison au nombre des servitudes rustiques le droit de puiser de l'eau, d'abreuver ses bestiaux ... dans le terrain d'autrui* »[9]. La France de l'Ancien Régime connaissait ainsi la servitude dite d*'aquae haustus*, soit le droit de pomper de l'eau dans la fontaine ou le puits de son voisin. Celui subissant ce type de servitude sur une source sise en son fonds n'était toutefois pas chargé de contribuer aux réparations Boutaric 1775, p. 306). L'usage de l'ensemble des fleuves et rivières de cette époque étant considéré comme de droit public, tous pouvaient en recueillir la ressource[10]. Il va de soi qu'une telle liberté d'utilisation s'accompagnait d'obligations : « *l'usage des rivières étant de droit public, il n'est permis à personne de rien faire qui puisse nuire à cet usage* » (Boutaric 1775, p. 558).

En droit religieux, dans le judaïsme, le Talmud évoque la présence de puits publics accessibles à tout voyageur[11]. En droit coutumier, l'idée d'un libre usage généralisé se décline également au sein de nombreux groupes humains. Il en est ainsi chez les Toubous-Gounda de

[3] Marcien, *Digeste*, 1, 8, 2, 1. Marcien (Aelius Marcianus) est un juriste romain de la fin du II^{ème} S.-début III^{ème} S. ap. J.-C. Le *Digeste* est un recueil méthodique des décisions des plus célèbres jurisconsultes romains. Sa réalisation fut décidée par l'empereur byzantin Justinien (527-565 ap. J.-C.) aux termes de la constitution *Deo auctore* du 15 décembre 530 ap. J.-C. A l'époque, cette anthologie d'opinions doctrinales avait une utilisation pratique car celles-ci constituaient le matériau même du droit de ce temps. Le Digeste ayant reçu valeur officielle pouvait donc être cité devant les juges de l'empire byzantin. De nos jours, un recueil d'opinions doctrinales profite d'une moins grande pertinence pour une utilisation pratique.

[4] Ulpien, *Digeste*, 47, 10, 13, 7 qui cite la mer, les rivages et l'air. Ulpien (170-224 ap. J.-C.) est un homme politique et un juriste romain de premier plan du début du III^{ème} S. ap. J.-C.

[5] Talmud Bavli Shabbat, 121b, ; Beitza 39a ; Eiruvin 46a et 48a ; Tosphta Baba Qama, 6, 15.

[6] Coran, Sourate La Lune, vers 28.

[7] Cité dans RAMAZZOTTI 1996, p. 57.

[8] *Institutes* 2, 1, 4 : « *L'usage des rives d'un fleuve, suivant le droit des gens, est public, comme l'usage du fleuve lui- même* ».

[9] *Institutes* 2, 3, 2.

[10] Voir : *Coutumes du baillage de Troyes avec les commentaires de M. Louis Le Grand,* 4ème édition, Paris, Montalant, 1737, p. 314. Il s'agit du titre X (Des bois, eaux et forêts), article 179, glose I, § 33.

[11] Talmud Bavli Beitza 39a y compris les commentaires de Rahsi.

Bilma au Niger où les puits sont communs et où tous (y compris les personnes d'autres tribus) peuvent accéder librement sans payer de redevance (Capitaine Couturier 1932, p.205)[12]. Chez les Ewe du Ghana, les ressources des rivières et des ruisseaux sont conçues comme des choses communes (*res communes*). En conséquence, tout individu peut y puiser librement (Kludze 1973, p. 137)[13]. Egalement sous couvert d'un droit coutumier, chez les Touareg du Hoggar (sud de l'Algérie), chaque tribu dispose d'une jouissance hydrique de son territoire mais sans exclusivité car existe un droit d'accès minimum pour les autres pasteurs itinérants y transitant (Lhote 1984, p. 125)[14].

L'eau-*res communis* non appropriable conduit donc à un usage marqué par un régime de liberté profitable à tous. Cependant, l'élément hydrique peut aussi se voir qualifié de *res nullius* car, initialement sans maître et accessible à tous, il peut se voir approprié par la suite[15]. Ce point est évoqué par l'un des pères de la notion d'Etat de droit, John Locke (1632-1704), : « *…si une personne en a rempli sa cruche, qui doute que l'eau qui y est contenue, n'appartienne à cette personne seule ? Sa peine a tiré cette eau, pour ainsi dire, des mains de la nature, entre lesquelles elle était commune et appartenait également à tous ses enfants, et l'a appropriée à la personne qui l'a puisée »* (Locke 1690)[16]. S'affirme ici un droit subjectif à une propriété sur l'eau en faveur de celui l'ayant puisée dans la nature puis placée dans un contenant. Ce dernier point constitue un acte juridique volontaire produisant des effets de droit (à savoir l'éclosion d'un bien approprié). A un *usus* hydrique accessible à tous, se rajoute donc un *fructus* en faveur de celui isolant la ressource. Cette jouissance s'exerce principalement au profit des propriétaires fonciers riverains des cours d'eau, leur usufruit s'apparentant à un droit de riveraineté. Libre à eux d'exploiter la ressource hydrique en tant que fruit (mais non de produit)[17]. En effet, la substance de la chose revient au nu-propriétaire (communauté des êtres humains, autorités publiques si le liquide est reconnu comme tel, nation…). Les propriétaires des fonds riverains disposent donc de l'usufruit mais sans l'*abusus* car la nue-propriété échappe aux titulaires du droit de riveraineté. Pour le cas français, son détenteur est précisé par une loi de 1992 : « *l'eau fait partie du patrimoine commun de la nation »*[18].

Cette conception d'une eau-*res nullius* limitée aux fruits s'observe aussi en droit romain. Dans l'un de leurs rescrits[19], les empereurs Antonin le Pieux (138-161 ap. J.-C.) et Lucius Verus (161-169 ap. J.-C.) prescrivent ainsi que toute source publique « *devait être partagée entre ceux qui ont des possessions voisines à proportion de leur domaine »*[20] mais « *qu'on ne*

[12] Cité dans RAMAZZOTTI 1996*,* p. 268.

[13] Cité dans RAMAZZOTTI 1996, p. 117.

[14] Cité dans RAMAZZOTTI 1996, p. 12.

[15] Voir l'article 913 du Code civil du Québec : « *L'air et l'eau qui ne sont pas destinés à l'utilité publique sont toutefois susceptibles d'appropriation s'ils sont recueillis et mis en récipient* » (alinéa b).

[16] LOCKE J., *Traité du gouvernement civil,* 1690 (traduction française de David Mazel en 1795 à partir de la 5ème édition de Londres de 1725), chapitre V, paragraphe 29. Voir en ligne sur le réseau Internet à l'adresse suivante : http://classiques.uqac.ca/classiques/locke_john/traite_du_gouvernement/traite_du_gouv_civil.pdf (page consultée le 7 août 2015).

[17] Le *fructus* sur l'eau ravive la distinction civiliste fruits / produits. Les premiers ne portent pas atteintes à la substance de la chose (récolte d'un champ, dividendes d'une action, différents types de loyers…). Par contre, il n'en est pas de même des produits l'altérant (par exemple, épuiser peu à peu un gisement minier). Pour les fruits, voir les articles 582 et suivants du Code civil français, pour les produits, ceux 590 et suivants.

[18] Article 1 de la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, JORF n° 3 du 4 janvier 1992, page 187.

[19] Texte impérial romain ayant force exécutive se présentant sous la forme d'une réponse de l'empereur à une question de droit sur laquelle il était consulté.

[20] *Digeste,* 8, 3, 17.

doit permettre à quelqu'un de conduire l'eau dans son fonds, qu'autant qu'il le pourrait faire sans nuire à un autre »[21]. Il s'agit donc de ne pas porter atteinte à la substance de la chose au nom de l'intérêt commun. Plus tard, dans la France de l'Ancien Régime, la coutume de Normandie précisait : « *Quoique les deux rives de l'eau appartiennent au Seigneur de Fief, et qu'elles soient assises dans l'étendue de son fief, néanmoins il ne lui est pas permis de détourner le cours de l'eau si son vassal ou le public en reçoit du dommage et de l'incommodité ; comme si le vassal ou les autres voisins n'avaient point d'autre eau pour leur usage et celui de leurs bestiaux* » (Merville (de) 1707, art. 206, p. 236). Là encore, l'usage par les titulaires du droit de riveraineté ne doit pas nuire à celui, minimal, des autres personnes. La ressource hydrique relève donc bel et bien d'une chose commune partagée. Le code civil napoléonien de 1804 est demeuré dans cette logique. Ce recueil normatif indique ainsi : « *Celui dont la propriété borde une eau courante,…, peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés* » (article 644). Ce droit de riveraineté est particulièrement étendu car ce même article précise qu'il est possible de remanier le lit où coule la ressource « *mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire* »[22] afin, là encore, de ne pas gêner les autres utilisateurs. Apparaît ici toute la complexité pour penser une substance en mouvement dans un droit, d'abord bâti, autour d'une logique statique de propriété de la terre. Le droit de riveraineté sur l'eau n'implique aucune exclusivité d'usage. Cela se révèle vrai aussi bien en termes quantitatif que qualitatif. En effet, après usage, le propriétaire du fonds doit restituer l'eau courante avec une qualité conforme à sa pureté initiale[23]. Ce thème du droit de riveraineté se retrouve également au sein du système religieux musulman. Les lacs, ruisseaux et sources présents sur des fonds privés sont perçus comme biens semi-publics. Leurs eaux ne sont donc pas pleinement appropriées. En fait, le propriétaire foncier dispose de privilèges mais non d'une exclusivité d'usage face aux autres utilisateurs potentiels (priorités de puisage, accès à une plus grande quantité et au *fructus* mais sans l'*abusus*) (Bino et al.2003, p.132).

En définitive, le droit de riveraineté s'avère un type de démembrement original du droit de propriété associant usufruit des uns sans renier l'*usus* des autres. Il est donc possible ici de parler d'un droit d'usage collectif renvoyant à la notion de *res communis*. Ceci s'appuie sur la présence de servitudes d'utilité publique. En leur sein, le droit romain antique a reconnu celle d'écoulement : « *le droit d'aqueduc est le droit de conduire l'eau à travers le fonds d'autrui* »[24]. La large persistance de cette servitude dite d'*aquae ductus* est attestée, entre autre, par un arrêt rendu en la Grande Chambre du Parlement de Paris en date du 7 septembre 1696. Celui-ci estimait que le propriétaire d'un près pouvait conduire l'eau nécessaire pour l'arroser en la faisant passer sur l'héritage de ses voisins et cela sans nul besoin de titre[25]. Se révèle ici un droit de suite toujours d'actualité[26].

Le « faire librement » en termes d'accès à l'eau décrit précédemment n'a, cependant, jamais disposé d'une pleine exclusivité. Très tôt dans l'histoire, ce modèle s'est heurté à des régimes d'appropriations.

[21] *Digeste*, 8, 3, 17.

[22] Les articles du Code civil de 1804 en rapport avec les servitudes ou services fonciers peuvent être consultés en ligne à l'adresse Internet suivante : http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l2t04.pdf (page consultée le 7 août 2015).

[23] Code civil français, article 644, alinéa 2. A défaut, possibilité d'abus de droit ou de troubles anormaux de voisinage.

[24] *Digeste* 8, 3, 1.

[25] Il s'agit du cas d'espèce : Sieur Amiot d'Albigny, Seigneur de Bully en Lionnais contre un certain Ponchon. (Brillon J. 1711, p. 3).

[26] 3ème civ., 12 janvier 2005, *D.*, 2005, p. 2061 note : J.-F. Quievy.

Une eau appropriée générant des marchés

Le droit de propriété constitue le droit réel principal. En théorie, il s'agit d'un pouvoir souverain opposable à tous, absolu (mais parfois limité en certaines circonstances), exclusif et perpétuel d'une personne sujet de droit sur un bien objet[27]. Surtravail de captages toujours plus lointains, infrastructures de plus en plus complexes voire rareté de la ressource dans l'espace ou le temps (climats tropicaux alternant saisons des pluies / saisons sèches) semblent avoir contrecarré le modèle du libre usage de l'eau au profit de celui de son appropriation. Le penseur libéral Frédéric Bastiat (1801-1850) n'y aurait rien vu à redire, lui pour qui la propriété « *est la vérité et la justice même, et que ce qu'elle porte dans son sein, c'est le principe du progrès et de la vie* » (Bastiat 1848, p. 1).

Un extrait des *Lois* de Platon (428-348 av. J.-C.) révèle l'existence de biens hydriques en Grèce antique : « *Si quelqu'un corrompt volontairement l'eau d'autrui, eau de source ou eau de pluie ramassée, en la droguant, en creusant le sol ou en la dérobant, celui qu'il aura lésé pourra le traduire devant les astynomes en couchant par écrit l'estimation du dommage, et celui qui sera convaincu de lui avoir fait tort par certaines drogues sera condamné, outre l'amende, à purifier la source ou le réservoir, suivant les indications des interprètes de la loi* »[28]. Existaient donc des eaux privées placées sous la sauvegarde des autorités. Sous la République romaine (509-27 av. J.-C.), des ressources hydriques étaient appropriées car considérées comme accessoires d'une propriété foncière privée (sources, puits, mares)[29]. A côté des cours d'eau permanents considérés comme publics[30], ceux plus faibles aux débits variables (*rivi*), les lacs, les étangs ainsi que le liquide conduit artificiellement (*aquae ductus)* vers des *castella* (réservoirs) ou des *laci* (bassins artificiels) pouvaient être privés[31]. Sous le Principat (27 av. J.-C.-286 ap. J.-C.), le propriétaire des eaux de son fonds (souterraines ou de surface) pouvait les exploiter jusqu'à épuisement sans se préoccuper de ses voisins (*ius utendi et abutendi*)[32]. Il s'agit donc d'une pleine propriété disposant de l'attribut de l'*abusus*.

Dans la France de l'Ancien Régime, pour l'homme politique et juriste Cardin Lebret (1558-1655), les rivières non navigables appartenaient en propriété aux seigneurs des terres riveraines (Le Bret 1632)[33]. Par contre, ne revenaient pas au seigneur haut justicier les bras morts ou les eaux contiguës entretenues par simples débordements (Boutaric (de) 1775, p. 562). Les ressources mortes appartenaient aux simples particuliers qui, en conséquence,

[27] Article 544 du Code civil français : « *la propriété est 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 la loi ou par les règlements* » ou article 1, Protocole I de la Convention européenne des droits de l'Homme reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens.

[28] Platon, *Les Lois,* VIII, chapitre XI. Il est à relever que cet ouvrage fut rédigé dans une perspective jusnaturaliste. Les astynomes de la cité d'Athènes étaient des magistrats chargés de l'ordre public.

[29] Ulpien, *Digeste*, 39, 2, 24, 12 (utilisation de l'eau d'un puits quitte à tarir celui du voisin) ; 43, 20, 1, 6 (puits dont les eaux ne peuvent être conduites) ; 10, 3, 4, 1 : « *On demande si on pourrait former une action pour partager un puits entre deux personnes ? Mêla pense que cette action peut avoir lieu, si le sol sur lequel le puits est assis est commun* ».

[30] Marcien, *Digeste*, 1, 8, 4, 1 : « *Presque tous les fleuves et leurs ports sont publics* » ; Ulpien, *Digeste,* 43, 12, 1, 3 ; Paul, *Digeste,* 43, 12, 3, pr. (Paul fut un célèbre avocat et juriste romain ayant vécu de 160 à 230 ap. J.-C.).

[31] Ulpien, *Digeste*, 43. 12. 1. 3 (cours d'eau privés car aux flux non continus), *Digeste,* 14. 1. 3-5 (lacs, étangs, canaux creusés de main d'homme pouvant être privés).

[32] *Digeste*, 8, 1, 15 : Pomponius conclut à la non-nullité d'une convention « *si vous vous engagiez à ne point tirer d'eau dans votre terre pour ne pas diminuer l'eau de la mienne* ». Par ricochet, cela indique une possibilité d'utiliser toute l'eau de son fonds en l'absence de convention.

[33] Voir le Livre 2, chapitre 15 dans Maguero 1899, p. 249.

pouvaient les transmettre en héritage. Il en allait de même pour les sources naissant sur une propriété. En atteste le jurisconsulte François Bourjon qui, suivant la coutume de Paris, écrivit : « *celui sur le terrain duquel il se trouve une source d'eau, en peut disposer à son gré ; c'est son bien, c'est sa chose* » (Bourjon 1770, p. 10)[34]. Ces propos ne laissent planer aucun doute quant à l'appropriation de la ressource hydrique par le propriétaire du bien-fonds correspondant. Le confirment d'autres travaux : « *A l'égard des fontaines particulières qui prennent leur source dans un héritage, elles appartiennent sans contredit au propriétaire de l'héritage ; il peut en divertir l'eau, la faire couler ailleurs que par sa pente naturelle, l'employer toute entière à ses besoins, sans que les voisins puissent s'en plaindre* » (Boutaric (de) 1775, p. 563). Parfois, il n'est même pas possible de recourir à une prescription acquisitive au profit d'un particulier comme le précise un arrêt du parlement de Besançon du 5 avril 1710 (Boutaric (de) 1775, p. 564).

Avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen d'août 1789, le droit de propriété devint de plus en plus sacré et inviolable allant jusqu'à s'étendre sur la nature transformée en objet de droit. Sujet, l'Homme devenait le maître de la chose naturelle appropriée assimilée à un bien. Le Code civil de 1804 confirma cette logique de privatisation du milieu ambiant. Son article 641 précise ainsi : « *Celui qui a une source dans son fonds, peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription* »[35]. Cette privatisation concerne aussi les eaux souterraines relevant du mécanisme de l'accession[36]. La jurisprudence sur l'article 642 de l'actuel code civil français révèle qu'une source émergeant d'un terrain appartient au propriétaire du fonds. Libre à lui d'en user pleinement[37]. La résurgence d'eau constitue même un immeuble pouvant se transférer indépendamment du fonds[38]. Cette appropriation privée monnayable d'un élément hydrique est attestée par le fait que les autorités doivent indemniser un propriétaire dont la ressource a été interceptée lors de travaux publics[39]. Qui dit indemnisation par compensation dit reconnaissance effective d'un bien privé, situation combattue par certains juristes[40]. Les eaux pluviales se voient également appropriées. La loi du 8 avril 1898 énonce ainsi un droit de propriété absolu sur celles-ci (droit d'user et de disposer, *uti et abuti*) en faveur du propriétaire du fonds où elles tombent[41].

Hors de France, certains Etats ont développé une doctrine dite de l'appropriation prioritaire[42] s'étant propagée, par exemple, dans le *Far West* à l'époque où cette région s'ouvrait aux

[34] Avocat au Parlement de Paris et jurisconsulte, François Bourjon tenta de bâtir un droit commun inspiré par la coutume de Paris. Les rédacteurs du Code civil napoléonien s'inspireront par la suite de ses travaux.

[35] Les articles du Code civil de 1804 portant sur les servitudes peuvent être consultés à l'adresse Internet suivante : http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l2t04.pdf (page consultée le 9 août 2015).

[36] Voir l'article 552 du Code civil français : « *La propriété du sol emporte la propriété du dessous* ».

[37] Code civil français, article 642, § 1. *« Celui qui a une source dans son fonds peut toujours user des eaux à sa volonté dans les limites et pour les besoins de son héritage ».*

[38] Pour le caractère transmissible, voir : CA Nancy, 12 octobre 1955. Pour l'indépendance vis-à-vis du fonds, voir : CA Grenoble, 17 mars 1992 : Juris-Data n° 1992-042253.

[39] Voir : CE, 11 mai 1883, *Chamboredon et Brahie c/ Cie de PLM.*

[40] L'universitaire et avocat Gilles Marin parle ainsi de la « *sainte frousse* » saisissant le législateur à l'idée de « publiciser » l'ensemble des ressources hydriques aux dépens du droit de propriété (MARTIN 2005, p. 45)

[41] Loi française du 8 avril 1898, régime des eaux, titre I[er], article 1[er], modification de l'article 641 du Code civil de 1804 : « *Tout propriétaire a le droit d'user et de disposer des eaux pluviales qui tombent sur son fonds ».*

[42] Dans un cas d'espèce, *Coffin v. Left Hand Ditch Compagny, 6 Colo, 443 (1882),* tranché dans l'Etat du Colorado, les caractéristiques de la doctrine de l'appropriation prioritaire ont été précisées : priorité sur le droit d'eau liée à la chronologie d'appropriation et non à la situation géographique.

premiers colons européens[43]. Comme pour les mines d'or, les ressources en eau ont vu se développer la doctrine : « *priorité de temps emporte priorité de droit* ». Le premier utilisateur d'une source hydrique obtenait un droit le protégeant des revendications des colons suivants. Cette prérogative demeure opposable et prioritaire face aux demandes de consommation des nouveaux venus. En découle un quasi-droit de propriété permettant aux premiers utilisateurs (ou à leurs descendants) d'utiliser pleinement la ressource partout où celle-ci peut être transportée[44]. Cette logique répondait initialement à une volonté des autorités d'attirer des colons afin qu'ils mettent en valeur des territoires alors pratiquement vides. Lors d'une sécheresse, les titulaires des droits les plus récents doivent laisser aux plus anciens l'intégralité de leurs droits même s'il ne reste ensuite plus rien pour les suivants[45].

Les systèmes coutumiers révèlent aussi de multiples exemples d'appropriations de l'eau. Ainsi, au Sahara, elle appartient à qui la fait jaillir, indépendamment de la propriété sur le sol (Perennes 1993, p. 446). Chez les Touareg du Hoggar, le nomade constructeur d'un drain hydrique acquière un droit de premier occupant sur l'eau et la terre. Libre à lui, ensuite, d'en louer l'utilisation (Gast 1988, p. 251)[46]. L'appropriation hydrique privée chez les tribus berbères des Zayanes au Maroc s'étend aux eaux souterraines. Les puits appartiennent exclusivement au propriétaire d'un terrain qui peut en interdire l'usage (Aspinion 1946, p. 198)[47]. En Libye, territoire extrêmement aride, les puits sont souvent privés et constituent des accessoires des biens-fonds. Ils sont transmissibles par testaments (Caponera 1952, pp. 198-200)[48]. Règne aussi une appropriation des eaux de surface chez des populations aux climats pourtant plus arrosés. Ainsi, chez les Massa du Cameroun, cours d'eau et mares font l'objet d'une privatisation correspondant généralement aux divisions foncières (Garine (de) 1964, p. 55)[49].

Les appropriations de l'eau mènent à des ventes voire à des marchés. Ainsi, dans le monde romain, les servitudes d'accès se monnayaient. Elles constituaient généralement des droits réels, accessoires du fonds servant (*iura aquarum*)[50]. L'eau-ressource naturelle se vendait aussi. Sous l'empereur Hadrien (117-138 ap. J.-C.), Palmyre, ville marchande du désert syrien, imposait à ses visiteurs une taxe pour l'usage des deux sources coulant sur son territoire. Clairement, il s'agissait d'acheter une eau matière et non un service de confort menant le liquide chez soi afin d'éviter de le puiser à une fontaine publique. La rareté de l'eau au sein de cette cité-oasis peut expliquer ce constat. Cette taxe semble avoir rapporté 800 deniers par an[51]. Des achats d'eau-ressource naturelle s'observent aussi au Moyen Age. Le

[43] A partir du 100ème méridien ouest et à l'exception d'une mince bande littorale située au nord-ouest du pays, le climat étasunien se caractérise par une forte aridité une grande partie de l'année.

[44] Au nom de cette doctrine de l'appropriation prioritaire, quelques dizaines d'agriculteurs de la grande région agricole californienne de l'*Imperial Valley* contrôlent une grande partie des eaux du Colorado dérivées par leurs ancêtres au début du XXème siècle.

[45] En effet, à la différence de la doctrine des droits riverains (*riparian rights*) venue de la *Common Law,* il n'est pas question ici de suivre une logique de partage équitable entre tous les propriétaires attenants à la ressource hydrique. Avec le système de l'appropriation prioritaire, l'accès à l'eau repose sur une profondeur historique assurant une garantie d'usage. En période de sécheresse, le détenteur le plus récent de droits d'eau risque donc de ne plus rien avoir à sa disposition, d'où la tentation d'acheter les permis les plus anciens.

[46] Cité dans RAMAZZOTTI 1996, p. 8.

[47] Cité dans RAMAZZOTTI 1996 p. 224.

[48] Cité dans RAMAZZOTTI 1996, p. 154.

[49] Cité dans RAMAZZOTTI 1996, p. 59.

[50] Ulpien, *Digeste,* 8, 3, 1, 1 ; 43, 20, 1, 16.

[51] *IGRR* III, 1056. Remarque : *IGRR* (*Inscriptiones Graecae ad Res Romanas Pertinentes*). A l'époque, 800 deniers représentaient un poids de 2 720 grammes d'argent, soit à peine trois kilogrammes. Le prix à acquitter

révèle l'acquisition de la résurgence hydrique des Alps sur le village de Caromb (Comtat Venaissin) réalisée en 1313 par le pape Clément V (1305-1314)[52]. Il s'agissait d'apporter de l'eau à Carpentras en manquant alors cruellement[53]. La cession effective est survenue le 30 novembre 1313. Deux actes séparés attestent de la vente de la source au prix de six cents florins, partagés également entre Agathe de Baux et son fils, seigneur de Caromb, Barral[54]. Ces contrats précisent que le pape, les cardinaux et les habitants de Carpentras pourront utiliser l'intégralité de l'eau en tant que propriétaires[55]. Il s'agit donc d'un plein droit de propriété et non d'une priorité d'usage sur une *res nullius* usufruit. Au début du XVII^{ème} S., le juriste Louis Le Grand évoque, lui, l'achat de servitudes hydriques en se fondant sur la coutume du baillage de Troyes : « *Si une fontaine vient à paraître en notre héritage, nous pouvons disposer de l'eau comme bon nous semblera, soit en la faisant couler pour abreuver nos héritages, permettant à nos voisins d'en puiser, même d'avoir des canaux pour la conduire en leurs héritages, ou autrement en user ; comme aussi constituer servitude pour cette permission, soit gratis ou moyennant argent* »[56].

Présentement, certains Etats étasuniens tels l'Arizona, la Californie ou le Nevada organisent des banques d'eau contractualisant des transferts sur, parfois, une vaste échelle. Lors d'une aridité persistante, certains propriétaires de droits d'eau peuvent penser qu'il n'est pas de leur intérêt, cette année-là, d'exploiter la ressource. Mieux vaut la vendre. En 1991, après cinq années de sécheresse, une nouvelle loi californienne permit aux propriétaires de droits d'eau d'entrer en relation avec une banque hydrique créée en urgence. Cette règle juridique leur permet depuis de conserver leurs prérogatives tout en en monnayant des transferts (Tarlock 2005, p. 52). L'eau s'apparente donc ici à un bien de marché[57].

Malgré leur profondeur historique, les catégories juridiques de chose et de bien qualifiant l'eau se révèlent peu commodes. En effet, cette substance naturelle n'est pas tout à fait une chose commune car, bien que donnant souvent lieu à une condition de non-exclusion, elle n'en est pas moins soumise à celle de rivalité car l'utilisation de l'eau à un moment précis en prive une autre personne. L'existence d'avantages voire de priorités concédés aux riverains (droits de riveraineté) constitue un indice du constat précédent. Quant à faire de l'eau un bien exclusif de marché, cela s'avère difficile car en interdire l'accès aux non-propriétaires est techniquement et surtout humainement fort peu envisageable. Il s'agit alors de tenter de marier appropriation et usage commun au moyen d'une patrimonialisation de la ressource hydrique.

pour s'abreuver devait donc être modeste au regard de l'importante fréquentation que connaissait alors cette cité caravanière.

[52] Sur les rebondissements de cet achat, voir THEIS 2007, pp. 23-38.

[53] A l'époque, les papes avaient déserté Rome pour s'installer dans le Comtat Venaissin (entre 1309 et 1378). Carpentras fut initialement le siège de la curie avant d'être rapidement supplantée par Avignon.

[54] Voir respectivement : AC Carpentras, DD 18, f° 7v-11v. et DD 18, f° 12-15v.

[55] Voir : AC Carpentras, DD 17, n° 264 et DD 18 f° 8v-9.

[56] *Coutumes du baillage de Troyes avec les commentaires de M. Louis Le Grand*, 4ème édition, Paris, Montalant, 1737, p. 314. Il s'agit du titre X (Des bois, eaux et forêts), article 179, glose I, § 33.

[57] Cependant, l'eau pèse lourd, situation rendant son transport délicat. L'importance du coût de réalisation et d'entretien des infrastructures en rapport perturbe donc la bonne marche d'un authentique marché.

L'union des contraires, une patrimonialisation de l'eau

Ni bien public pur, ni bien de marché, l'eau renvoie plutôt à la catégorie des biens publics impurs[58]. En droit, l'étape de la qualification s'avère primordiale afin de relever le régime juridique à suivre. Pour l'environnementaliste, J. Lamarque, bâtir une notion de patrimoine commun permettrait « *l'évolution vers un droit de propriété conçu comme l'exercice d'une fonction sociale* » (Lamarque 1993, p. 85). En ce sens, il deviendrait possible de marier usage commun et appropriation sans remettre en cause cette dernière, moyen d'éviter le risque de devoir accorder des compensations financières aux propriétaires. Cette patrimonialisation de l'eau peut se faire sous couvert des autorités publiques nationales (2. 1.) ou sous celui, plus abstrait mais peut être plus porteur d'avenir, de l'humanité (2. 2.).

Une domanialisation publique

L'histoire a légué nombre d'exemples de domanialisation publique de l'eau. Certaines ressources hydriques relèvent ainsi d'un statut de bien public inaliénable propriété de l'Etat[59] affecté à une utilité commune (service public, usage direct de la population).

Sous la Rome républicaine (509-27 av. J.-C.), le statut juridique de l'eau se rapportait au fonds. Les sources et autres puits en étaient perçus comme des accessoires (*portis agri)*. Sur les terres publiques (*ager publicus*), les eaux l'étaient donc aussi[60]. Les terroirs publics englobaient surtout les zones de montagnes, celles situées entre les colonies de vétérans de légions (*subseciva*) ou entre les fonds (centuries) à l'intérieur de ces mêmes cités. Les sites précédents étaient souvent traversés par des lits de cours d'eau importants (*flumina*) ou plus modestes (*rivi*). A partir de là, les fleuves, rivières, sources et lacs de montagnes ainsi que les eaux pluviales s'accumulant dans les dépressions pouvaient recevoir un statut domanial public[61]. Sous le Principat (27 av. J.-C.-286 ap. J.-C.), le statut juridique des eaux a continué à reposer sur celui des fonds. L*'aqua publica* coïncidait donc avec les ressources hydriques tirées des terres publiques. A celles-ci s'ajoutaient les eaux des grands fleuves navigables aux débits variant peu[62]. Par rapport à l'époque républicaine, le Principat innova en étendant la notion juridique de fleuve public (*flumen publicum*) à tous les cours d'eaux permanents[63]. Il s'agissait alors d'une extension importante du domaine hydrique public. Sous la Monarchie absolue du Bas-Empire (286-565 ap. J.-C.), celui-ci semble s'être encore étendu puisque les *Institutes*[64] définissent tous les fleuves comme publics (*flumina omnia*) sans retenir l'importance de leur débit[65]. Sous le Principat (27 av. J.-C.-286 ap. J.-C.), l'idée de *res publica* (chose publique) propriété du peuple (*res populi*) s'est dégradée au fur et à mesure de l'affirmation de la souveraineté des empereurs. La *res publica* a peu à peu évolué vers un

[58] L'économiste Paul Samuelson (1915-2009), prix Nobel d'économie en 1970, divise les biens et services selon des critères d'exclusion et de rivalité. Il en retire quatre catégories : bien économique pur de marché (exclusion / rivalité), bien de club (exclusion / non-rivalité), bien public impur (non-exclusion / rivalité) et bien public pur (non-exclusion / non-rivalité).

[59] Pour la France, voir : Code général de la propriété des personnes publiques, articles L. 2111-7 à L. 2111-11.

[60] Voir : Frontinus, *De condicione agrorum :* 20, 10.

[61] Pour les fleuves et cours d'eau publics, voir : Hyginus, *De condicione agrorum,* 112, 114, 120, 125 ; Siconius Flaccus, *De condicione agrorum,* 150-151, 157. Pour l'existence de lacs, canaux et étangs publics, voir : Ulpien, *Digeste*, 43, 14, 1, pr. et 6.

[62] Marcien, *Digeste*, 1, 8, 4, 1 : « *Presque tous les fleuves et leurs ports sont publics* ».

[63] Ulpien, *Digeste,* 43, 12, 1, 3 et Paulus, *Digeste,* 43, 12, 3, pr.

[64] Les *Institutes* constituent le manuel d'enseignement du Code de Justinien (529 ap. J.-C.), recueil des Constitutions impériales depuis Hadrien (117-138 ap. J.-C.). Comme l'actuel Code civil français, ils séparent les personnes et les biens.

[65] *Institutes* 2, 1, 2.

simple droit d'usage en faveur de la population. L'ensemble des habitants de l'empire (citoyens romains ou non) a pu continuer à disposer de la liberté d'user des cours d'eau publics pour ses besoins domestiques (boisson, lavage) ou pour abreuver ses animaux, ceci sans nécessité de quelque autorisation administrative que ce soit[66]. Ce n'est qu'en cas de problèmes (type surpompage) que l'administration (en l'occurrence le prêteur[67]) se réservait le droit de limiter les prises d'eau voire de les interdire[68]. La Monarchie absolue (286-565 ap. J.-C.) du Bas-Empire a poursuivi la transformation du sens de *res publica* de « propriété du peuple » (*res in patrimonio populi*) en « droit d'utilisation du peuple » (*res in publico usu*). Sur ce dernier point, l'architecte Vitruve (vers 90-20 av. J.-C.), dès la fin de la République (509-27 av. J.-C.), précisait que l'eau amenée par les aqueducs visait à assurer les besoins publics urbains (lavoirs, fontaines)[69]. Le Principat puis la Monarchie absolue ont poursuivi cette logique.

Inspirée par la constitution *Quae sunt Regalia ?*[70] du Saint empire romain germanique, la France médiévale retenait qu'à côté de ses propriétés foncières propres, le roi possédait des prérogatives sur les biens publics. Comme gardien du royaume, il lui revenait d'en empêcher toute appropriation privée afin d'en garantir l'usage pour tous (Leyte 1996, p. 75). De par leur utilité publique, les cours d'eau étaient perçus comme des biens communs dépendant du domaine éminent dont le souverain constituait le gardien. L'ordonnance de 1669 sur les eaux et forêts va provoquer une rupture fondamentale. En effet, elle fait des principaux cours d'eau, non plus un domaine éminent relevant du droit de police du roi, mais une propriété publique de l'Etat (Minard 2007, p.192). Cette loi royale de caractère général définit clairement la domanialité publique sur les fleuves. Son titre XXVII se révèle des plus explicites, son article 41 y spécifiant : « *Déclarons la propriété de tous les fleuves portant bateau…, sans artifices et ouvrages de mains, dans notre royaume et terres de notre obéissance, faire partie du domaine de notre couronne, nonobstant tous titres et possessions contraires »* (Jousse 1772, p. 357)[71]. Afin d'éviter toute équivoque, cette ordonnance sera précisée par un édit d'avril 1683 débutant ainsi : « *Comme les grands fleuves et les rivières navigables, appartiennent en pleine propriété aux rois et aux souverains, par le seul titre de leur souveraineté,…* » (Decrusy et al. 1829, p.425). L'utilisation du terme de rivière représentait alors un élargissement important du domaine royal sur l'eau[72]. L'affirmation que les fleuves et rivières navigables appartenaient au roi est d'ailleurs attestée dans plusieurs coutumes du milieu du XVII^{ème} siècle comme celle de Normandie (Berault 1648, p. 70). Cette conception de cours d'eau navigables propriétés royales s'est pleinement imposée puisqu'au milieu du XVIII^{ème} siècle, le jurisconsulte François Bourjon certifiait : «*... les rivières navigables appartiennent au roi ; c'est ordre public* » (Bourjon 1770, p. 252). Un arrêt du

[66] Ulpien, *Digeste,* 39, 2, 24 : « *L'usage des fleuves publics est commun* » ; *Institutes* 2, 1, 4 : « *L'usage des rives d'un fleuve, suivant le droit des gens, est public, comme l'usage du fleuve lui- même* ».

[67] Le préteur était un magistrat ordinaire de la Rome antique. Il occupait une fonction créée en 366 av. J.-C. visant à alléger la charge des consuls surtout dans le domaine de la justice. Un préteur était élu pour un an par les comices centuriates.

[68] *Digeste,* 43, 12, 1, 12 (Ulpien) ; *Digeste,* 39, 3, 10, 2 (Ulpien) ; *Digeste,* 43, 12, 2 (Pomponius). Sextus Pomponius est un juriste romain du milieu du II^{ème} S. ap. J.-C.

[69] Voir : Vitruve, *d'arch*., 8. 7. 2. Les dix livres *De l'architecture* de Vitruve sont visibles à l'adresse Internet : http://remacle.org/bloodwolf/erudits/Vitruve/index.htm (page consultée le 9 août 2015).

[70] La constitution *Quae sunt Regalia ?* est issue de la Diète de Roncaglia (1158).

[71] La date à partir de laquelle la validité des titres et possessions n'est plus reconnue correspond à l'édit de Moulin de 1566 qui avait affirmé l'inaliénabilité du domaine royal.

[72] Suivant le principe que les rivières renvoient aux cours d'eau rejoignant les fleuves et que ces derniers sont ceux se jetant dans la mer.

Conseil d'Etat du 26 novembre 1666 dévoile à quel point les autorités, en l'occurrence Louis XIV (1643-1715), étaient soucieuses d'approvisionner les fontaines parisiennes afin d'assurer un usage de l'eau en faveur de tous : « *Sa majesté étant en son conseil, a révoqué et révoque toutes les concessions* (*NB* : détournements en faveur de particuliers aisés)*... Ordonne sadite Majesté, que toutes les eaux desdites fontaines seront distribuées au public…* »[73]. Evoquer ce sujet au Conseil d'Etat qui, déjà, était la juridiction contentieuse suprême pour l'administration, prouve que l'eau distribuée relevait bien du domaine public[74].

La révolution de 1789 a repris cette vision du domaine hydrique public. Une loi de la Constituante datée du 22 novembre - 1er décembre 1790 rappelle ainsi la domanialité des fleuves et rivières navigables (article 2, 2) auxquels les cours d'eau flottables furent même assimilés peu après[75]. Le Code civil napoléonien ne reniera pas cette logique, l'Etat se substituant simplement au roi[76]. Ce principe n'a jamais été remis en cause par la jurisprudence[77] même si la loi ne l'a énoncé que tardivement avec celle du 8 avril 1898 sur le régime des eaux dont l'article 34 (titre IV, chapitre Ier) prévoit que les eaux vives des fleuves et rivières navigables ou flottables relèvent du domaine public[78]. Depuis, s'affirme une publicisation sans cesse accrue de la ressource. Ainsi, le nouveau Code général des propriétés des personnes publiques a développé la notion que tout cours d'eau, canal, lac ou étang pouvait être intégré dans le domaine public pour « *motif d'intérêt général relatif à la navigation, à l'alimentation en eau des voies navigables, aux besoins en eau de l'agriculture et de l'industrie, à l'alimentation des populations ou à la protection contre les inondations »*[79]. Après enquête, en cas d'expropriation pour cause reconnue d'utilité publique, une indemnisation est prévue. Ce changement législatif rend possible un rattachement au domaine public de l'ensemble des ressources hydriques de surface voire même au-delà. La loi du 3 janvier 1992 sur l'eau se garde, cependant, d'aller aussi loin puisqu'elle garantit la préservation des « *droits antérieurement établis* »[80]. Ce texte normatif ne conduit donc pas à une nationalisation de l'eau, les propriétés hydriques privées se voyant sauvegardées au nom de leurs titres anciens. Toutefois cette loi, en référence à l'intérêt général, ouvre la voie à de possibles expropriations pour cause d'utilité publique. De plus, le régime de la police de l'eau s'est vu unifié au sein du Code de l'environnement[81]. Cependant, les ponctions hydriques pour un usage domestique demeurent libres et ne se voient donc assujetties à aucune

[73] Pour cet arrêt du Conseil d'Etat du roi en date du 26 novembre 1666, voir : extrait des registres de la ville, vol. LXIII, fol. 100 (GIRARD P. S. 1812, p. 221).

[74] Sous l'Ancien Régime, bien qu'ayant délégué le pouvoir de juger en dernier ressort aux parlements, les souverains avaient souhaité conserver la décision finale pour les actes où leur administration était attaquée. La justice était alors qualifiée de « retenue » (par le souverain). Sous Louis XIV (1643-1715), il revenait au Conseil d'Etat privé de traiter des affaires contentieuses où l'administration royale se voyait attaquée.

[75] Voir l'article 4, titre I du décret du 28 septembre - 6 octobre 1791.

[76] L'article 538 du Code civil de 1804 précise en effet : « … *les fleuves et rivières navigables ou flottables… sont considérés comme des dépendances du domaine public* ». Cependant, l'actuel Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) n'a pas repris cet article.

[77] Par exemple CE, 11 janvier 1851, veuve Roux-Laborie.

[78] Le paragraphe premier de cet article précise même que les bras non navigables et même non flottables qui naissent au-dessous du point où fleuves et rivières commencent à être navigables ou flottables font aussi partie du domaine public.

[79] Code général des propriétés des personnes publiques, article L. 2111-12. Voir aussi sur ce point : FATÔME È. 2009, p. 2327.

[80] Code de l'environnement français, article L. 210-1. Cependant, la loi du 3 janvier 1992 reconnaît au pouvoir public des prérogatives quant à la gestion et à la police de l'ensemble des eaux quel que soit leur régime juridique.

[81] Voir : Code de l'environnement français, articles L 214-1 et L 214-3.

autorisation. La limite quantitative des prélèvements est fixée par un décret du Conseil d'Etat[82]. Au-delà, selon le volume prélevé, il faut soit procéder à une déclaration pour les usages modifiant peu le débit, soit remplir une demande d'autorisation pour les ponctions plus importantes[83]. Ce renforcement des droits étatiques sur les sources hydriques s'observe dans quantités d'autres Etats[84].

Une patrimonialisation, de la nation à l'humanité ?

En France, depuis la loi du 3 janvier 1992, l'eau est définie comme « *patrimoine commun de la nation* »[85]. Est ainsi privilégiée une vision de protection et de transmission aux générations futures renforçant la légitimité des interventions étatiques. De même, préservation et mise en valeur de l'eau sont qualifiées « *d'intérêt général »*[86]. Quant à sa gestion, elle se doit d'être « *équilibrée* » et « *durable* »[87]. Un décret en Conseil d'Etat inclus dans le Code de l'environnement a précisé le premier terme en établissant un ordre des primautés retenant qu'une gestion dite équilibrée permet « *en priorité de satisfaire les exigences de la santé, de la salubrité publique, de la sécurité civile et de l'alimentation en eau potable de la population* ». Une priorité revient donc aux besoins premiers des personnes (eau de boisson, salubrité, sécurité)[88]. Ce n'est qu'ensuite que sont retenues les exigences du milieu naturel (faune et flore), de l'agriculture, de l'industrie, de la production d'énergie et autres activités humaines[89]. La logique de patrimonialisation au profit de la nation s'observe également dans d'autres ordres juridiques internes. En se fondant sur l'article 913 de son Code civil provincial, le Québec affirme ainsi dans une récente loi : *« Étant d'intérêt vital, l'eau de surface et l'eau souterraine, dans leur état naturel, sont des ressources qui font partie du patrimoine commun de la nation québécoise* ». Est ensuite précisé que son usage est commun

[82] Article 10, paragraphe II de la loi française sur l'eau du 3 janvier 1992 codifié à l'article L 214-2 du Code de l'environnement.

[83] Article 10, paragraphe III de la loi française sur l'eau du 3 janvier 1992 codifié à l'article L 214-3 du Code de l'environnement pour les demandes d'autorisations.

[84] La loi espagnole 29 / 85 sur l'eau du 2 août 1985 fait ainsi entrer les eaux de surface et souterraines dans le domaine public à travers le contrôle du domaine public hydraulique par l'Etat. Cette loi a même été remaniée en 1999 afin d'y incorporer les ressources issues de désalinisation. En Afrique du Sud, la loi sur l'eau de 1998 énonce que la préservation des eaux superficielles et souterraines revient à l'Etat et que les droits d'accès et d'usage dépendent de licences accordées par des agences locales. En Australie, le *Water Act* de 2007 et le *Water Amendment Act* de 2008 ont repris aux Etats provinciaux leurs prérogatives sur la répartition des eaux afin de les allouer à une agence fédérale désormais chargée des autorisations des droits d'utilisation de la ressource hydrique.

[85] Voir l'article L. 210-1 du Code français de l'environnement. Derrière ce concept de « *patrimoine commun de la nation* », l'eau est désormais retenue pour elle-même et plus seulement comme uniquement liée aux activités humaines. Il s'agit d'une avancée de la valeur environnementale de la ressource hydrique dans une logique de développement durable. Cette idée d'une eau « *patrimoine commun de la nation* » demeure toutefois privée de force contraignante par les juridictions administratives françaises. Il s'agit donc d'un principe n'ayant qu'une portée déclaratoire. Sur ce point : TAITHE 2008, p. 137.

[86] Code français de l'environnement, article L. 210-1.

[87] Code français de l'environnement*,* article L. 211-1, paragraphe I.

[88] Code français de l'environnement*,* article L. 211-1, paragraphe II.

[89] Code français de l'environnement*,* article L. 211-1, paragraphe II, A. Cette notion de gestion équilibrée n'a pas été reprise par le droit communautaire. Sur ce point voir : Conseil d'Etat, *Rapport public 2010,* p. 336. L'Union européenne semble donc en retrait par rapport à la France pour accorder une priorité hydrique aux personnes par rapport aux besoins des activités économiques.

et ne peut faire l'objet d'appropriation[90]. Le préambule indique que l'Etat doit assurer préservation et gestion de l'eau dans l'intérêt des générations présentes et futures[91].

Affirmer un principe de patrimonialisation de l'eau n'implique pas forcément transformer intégralement celle-ci en propriété publique. Cette évolution se situe plutôt dans une logique de développement durable visant à marier usages présents et besoins des futurs utilisateurs. Evoquer une ressource « *patrimoine commun de la nation* » limite l'actuelle appropriation privée sur certaines eaux au profit de formes collectives d'usages (y compris pour les futures générations). La logique du droit privé des biens se voit bousculée par l'existence de deux titulaires (l'un juridique, l'autre patrimonial), situation remettant en cause l'*abusus* d'un propriétaire. Avec deux détenteurs, il n'est plus possible de disposer du droit de détruire son bien, *a fortiori* car il doit être transféré aux futures générations. Bâtir une notion de patrimoine commun renvoie à la distinction féodale entre les propriétés éminente et utile. Le principe d'exclusivité sur un bien proclamé lors de la célèbre nuit du 4 août 1789 se voit remis en cause[92]. Un régime juridique de patrimoine commun unissant appropriations privée et patrimoniale peut se penser sous couvert de l'Etat ou par le truchement d'un système de servitudes environnementales[93].

Cette vision d'une ressource patrimoniale commune à préserver plonge ses racines dans l'ancien droit romain. Ce dernier concevait le patrimoine comme l'ensemble des biens d'un groupe familial en tant qu'objet à transmettre et non en termes de valeur. Il n'était donc pas perçu sous un angle monétarisé. En lui résidait « *un élément commun tenant à la préoccupation de garder ou d'utiliser un acquis, de telle manière que soient conservées les possibilités d'usage ultérieur, et proscrites les dégradations irréversibles* » (Inserguet-Brisset 1994, p. 256). L'idée de transmission s'inscrit donc au centre de la notion de patrimoine. Dans la France médiévale et moderne la population disposait d'un large droit d'usage sur l'eau des fleuves et rivières navigables ou non. Le droit coutumier d'alors fonctionnait suivant une logique sociale holistique. L'individu était considéré comme relevant d'un tout indivisible : famille, communauté villageoise, corporation… Les intérêts communs prévalaient sur ceux de la personne au moyen de droits superposés. Sur un même bien cohabitaient ainsi des appropriations simultanées, chacun profitant d'un aspect particulier de celui-ci. La société s'organisait donc autour de droits d'usage plutôt que de droits réels. Ainsi, un même fonds voyait se succéder : tenancier cultivateur puis, après la moisson, veuves et infirmes usant du droit de glanage pour terminer en vaine-pâture pour l'ensemble des

[90] Article 1 du Projet de loi n° 27 (2009, chapitre 21). Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection. Présenté le 18 mars 2009. Principe adopté le 8 avril 2009. Adopté le 11 juin 2009. Sanctionné le 12 juin 2009. Ce texte normatif est visible sur Internet à l'adresse suivante : http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2009C21F.PDF (page consultée le 10 août 2015).

[91] Bien que n'étant pas un Etat souverain, le Québec se voit ici investi d'un *dominium.*

[92] La propriété éminente sur une terre consistait à en détenir les droits de propriété mais sans l'exploiter soi-même. Le domaine (ou propriété) utile constituait l'ensemble des droits de qui exploitait le fonds et en récoltait les fruits. La seigneurie foncière médiévale illustre ce type d'organisation. Le propriétaire éminent ne pouvait y récupérer la propriété utile afin de l'améliorer. Le titulaire du domaine utile pouvait le louer ou même le vendre. La sacralisation de la propriété par la révolution de 1789 a interrompu ces subtilités. L'actuelle évolution du droit de l'environnement fait toutefois réapparaître cette notion de double titulaire.

[93] Une servitude environnementale ou « servitude de conservation » (« *conservation easement* ») est une notion juridique opérationnelle du droit privé correspondant à un transfert volontaire de la part d'un propriétaire foncier d'une partie de ses droits de propriété pour raisons environnementales. Cette cession se fait en général en faveur d'une ONG. Ce service de servitude environnementale est surtout présent aux Etats-Unis. Il peut s'avérer protecteur pour les futures générations.

villageois. En effet, au Moyen Age, la maîtrise sur un bien s'appuyait sur la notion coutumière de saisine[94] désignant un pouvoir de profiter d'une chose mais non un droit absolu ou exclusif. La saisine ne faisait qu'organiser une jouissance d'utilité ne refusant nullement un usage par d'autres. Cette conception médiévale est en partie d'origine religieuse. En effet, dans la logique chrétienne de l'époque, Dieu est l'unique propriétaire. L'être humain ne profite des libertés ou des droits sur une chose comme l'eau qu'à travers les rapports tressés avec ses semblables. Saint Thomas d'Aquin (1225-1274) considérait ainsi que la divinité, en tant que suzerain suprême, disposait du *dominium* éminent alors que son vassal terrestre ne profitait que du domaine utile (sorte d'usufruit)[95]. Non maître de l'*abusus,* l'Homme doit donc préserver la substance de la chose. Le Franciscain Guillaume d'Ockham (1290-1349), dans son *Commentaire des sentences*, différencie minutieusement *jus disponendi* (pouvoir personnel sur les choses) et *jus utendi* (droit d'usage sur un patrimoine). Cette séparation bien privé / liberté d'usage sur une chose commune s'apparente bien au statut de l'eau patrimoniale.

La Charte française de l'environnement de 2004, texte de valeur constitutionnelle, franchit une dimension en termes de patrimonialisation[96]. Son exorde affirme en effet : « *Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains »* (considérant 3). Il est difficile de concevoir un milieu naturel sans présence (même minimale) d'eau. Donc, indirectement, l'élément hydrique se voit ici défini comme un patrimoine commun dont le titulaire est, non plus la nation, mais l'humanité. Ce concept a connu une mise en œuvre normative pour assurer la gestion des mers et des océans ainsi que pour celle des planètes et corps célestes[97]. En résultent quatre éléments : non-appropriation par quiconque[98], gestion internationale, partage des gains entre Etats[99], utilisation pacifique des ressources naturelles en rapport[100]. Certains juristes souhaiteraient une reconnaissance effective de l'élément hydrique comme patrimoine commun de l'humanité, entre autres pour le préserver de tout risque de « pétrolarisation ». L'eau deviendrait ainsi un bien collectif relevant de l'ensemble de l'humanité (Barlow, Clarke 2007, p. 296). Proclamer un patrimoine commun de l'humanité vise, en effet, à soustraire ses ressources à l'emprise d'Etats ou d'intérêts privés. Cela ne peut toutefois s'imaginer que suite à une reconnaissance par un traité international donnant, en conséquence, un régime d'exploitation dans l'intérêt de toute l'humanité[101].

[94] Saisine : droit dû au seigneur pour la prise de possession d'un héritage relevant de lui.

[95] Thomas d'Aquin, *Somme théologique,* Secunda Secundæ, quæstio 66 (dernier §).

[96] Pour le caractère constitutionnel de la Charte de l'environnement, voir : CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Commentaire de la décision n° 2008-564 DC – 19 juin 2008, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008 où est indiqué (p. 10) : « *En faisant référence dans le Préambule de la Constitution aux « droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 » et en plaçant ainsi cette Charte sur le même plan que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et que le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la loi constitutionnelle du 1er mars 2005 a nécessairement entendu conférer une valeur constitutionnelle à la Charte* ». Le Cahier n° 25 du Conseil constitutionnel est consultable en ligne : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2008-564DC-ccc_564dc.pdf (page consultée le 10 août 2015).

[97] Voir tout particulièrement la Convention de Montego Bay (1982) pour les fonds marins et le Traité sur la Lune de 1979.

[98] Traité de 1979 sur la Lune, article 11, § 3.

[99] Le Traité de 1979 sur la Lune prescrit ainsi de « *ménager une répartition équitable entre tous les Etats parties des avantages qui résulteront de ces ressources »* (article 11, § 7, alinéa d).

[100] Voir l'article 141 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer (1982).

[101] Convention de Montego Bay, Préambule, alinéa 5.

Cependant, qualifier l'eau de patrimoine commun de l'humanité génère des difficultés juridiques. En effet, à la différence des autres éléments ayant reçu cette qualification, la ressource hydrique ne relève pas d'un espace précis[102]. Elle se voit sans cesse recyclée dans un cadre global. Or, présentement, la qualification de patrimoine commun de l'humanité renvoie les ressources concernées à des lieux géographiques précis[103]. Attribuer une telle dénomination à une substance retenue isolément sans la rattacher à un espace donné constituerait une première (Paquerot 2002, p. 23). De plus, jusqu'à présent, une notion de patrimoine commun de l'humanité n'a été reconnue qu'en rapport avec des territoires situés hors cadre juridique étatique (Paquerot 2002, p. 23). La retenir pour l'eau donnerait naissance à un problème extrêmement délicat. En effet, qualifier cette substance de patrimoine commun de l'humanité enlèverait aux Etats leur souveraineté territoriale sur cette ressource en application de la règle de la non-appropriation, ce qui semble peu concevable (Cuq 2013, p 79). Il faudrait aussi préciser la définition du titulaire patrimonial, à savoir l'humanité. Bien que s'étant pourvue d'un patrimoine, cette dernière ne dispose en effet pas de la moindre personnalité juridique. Elle n'est donc pas retenue comme sujet de droit international (Daillier et al. 2009, p. 443). L'application de ses prérogatives ne pourrait alors se concevoir que sous couvert des Etats ou d'une organisation internationale[104]. Il reviendrait ensuite à ces entités de s'accorder pour réglementer l'usage de l'eau à l'image de ce que font les autorités des ordres juridiques internes. D'ailleurs certains juristes retiennent que : « *la notion de patrimoine commun de l'humanité se révèle correspondre très exactement à la notion de chose commune. Ces deux expressions sont en réalité synonymes* » (Chardeaux 2006 p. 192). Il est vrai qu'elles partagent un principe commun de non-appropriation.

Conclusion

En définitive, il est primordial de ne pas confondre privatisation des services de fourniture et appropriation privée de la ressource hydrique. En effet, à la différence de la première en net progrès, cette dernière est plutôt en retrait et se voit enserrée d'un nombre grandissant d'obligations publiques. Sur ce point, l'évolution française apparaît en phase avec celle de la plupart des autres Etats. Ceux-ci s'attribuent de plus en plus un droit de contrôle sur les prises d'eau aux dépens des propriétaires, la logique étant d'assurer en premier les besoins fondamentaux des populations au nom d'un droit d'usage revitalisé. Avec le régime de police développé par les autorités publiques de nombreux Etats, les droits d'utilisation collectifs ont donc tendance à mordre sur le droit de propriété. Parallèlement, deux concepts de patrimoines communs se font face : celui de l'humanité face à celui de la nation. A la différence du premier, le second semble davantage susceptible de donner lieu à une réelle effectivité. Ceci est vrai dans les lieux relevant d'une souveraineté étatique. Par contre, dans l'état actuel du droit (*de lege lata*), le concept d'une eau-patrimoine commun de l'humanité semble davantage susceptible de s'imposer dans les espaces interstellaires…

[102] En plus de la lune et des corps célestes, les espaces concernés par cette qualification sont les grands fonds marins nommés la Zone circonscrite par les extrémités extérieures des plateaux continentaux, soit un espace moins étendu que celui de la haute mer.

[103] Voir : article 11, § 1 de l'Accord régissant les activités des Etats sur la lune et les autres corps célestes et l'article 36 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer.

[104] En prenant exemple sur la Convention de Montego Bay (articles 156 et 157), une organisation pourrait être mandatée pour préserver les intérêts hydriques de toute l'humanité.

Bibliographie

Alighieri D., *La Divine Comédie,* chant III.

Aspinion R. (1946) *Contribution à l'Etude du Droit Coutumier Berbère Marocain,* 2ème éd., Casablanca, Moynier.

Barlow M., Clarke T. (2007) *L'or bleu : l'eau, le grand enjeu du 21ème S.,* Paris, Fayard.

Bastiat F. (1848) Propriété et spoliation. Première lettre, *Journal des Débats*, 24 juillet 1848.

Berault J. (1648) *La coutume réformée du pays et du duché de Normandie, anciens ressorts et enclaves d'iceluy,* 5ème édition, Rouen, Imprimerie de David du Petit Val.

Bertaut M. (1935) *Le droit coutumier des Boulous. Monographie d'une tribu du Sud-Cameroun*, Paris, Domat-Montchrétien (Lovitou).

Bino M. J., Biswas A. K., Faruqui N. I. (dir.) (2003) *La gestion de l'eau selon l'Islam,* Paris, Editions Karthala, Les Presses de l'Université des Nations unies, Centre de recherches pour le développement international.

Boutaric (de) F. (1775) *Traité des Droits Seigneuriaux et des matières Féodales*, Les libraires associés.

Bourjon F. (1770) *Le droit commun de la France, et la coutume de Paris réduits en principes (tome second),* Paris, Grangé, Cellot.

Brillon J. (1711) *Dictionnaire des arrests ou jurisprudence universelle des parlements de France (tome 2),* Paris, Charles Osmont.

Capitaine Couturier (1932) Coutumes Toubou et Kanouri (Cercle de Bilma)*,* In *Coutumiers Juridiques de l'AOF, tome 3,* Paris, Larose.

Caponera D. A. (1952) *Report (N°. 21) to the government of Libya on agriculture,* FAO, Nov. 1952, N°. 7530, pp. 198-200.

Carbonnier J. (2000) *Droit civil, tome 3, les biens,* PUF, collection Thémis.

Chardeaux M.-A. (2006) *Les choses communes,* LGDJ.

Conseil constitutionnel (2008) Commentaire de la décision n° 2008-564 DC – 19 juin 2008, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25.

Conseil d'Etat (2010) *Rapport public 2010, L'eau et son droit,* Paris, La Documentation française, Collection Études et documents du Conseil d'État.

Daillier P., Forteau M., Pellet A. (2009) *Droit international public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ).

Decrusy, Isambert, Taillandier (et al.) (1829) *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis 420 jusqu'à la révolution de 1789*, *tome XIX*, Paris, Belin-Leprieur, Libraire éditeur.

Fatôme È. (2009) Bref regard sur le domaine public naturel après le Code général de la propriété des personnes publiques, AJDA, 2009, p. 2327.

Garine (de) I. 1964, *Les Massa du Cameroun. Vie économique et sociale,* Paris, PUF-IAI.

Gast M. (1988) Naissance et vie d'une communauté saharienne : Mertoutek (Algérie), In Travaux du LAPMO, Aix-en-Provence, Université de Provence.

Gazzaniga J.-L. (1992), Notes sur la propriété des sources. Le poids de l'histoire, In *LIBER AMICORUM*, *Mélanges offerts à P. Jaubert*, Talence, Presses Universitaires de Bordeaux, p. 299-312.

Girard P. S. (1812), *Mémoire pour servir d'introduction au devis général des ouvrages à exécuter pour la distribution des eaux du canal de l'Ourcq dans l'intérieur de Paris,* Paris, Imprimerie impériale.

Jousse D. (1772) *Commentaire sur l'ordonnance des eaux et forêts, du mois d'août, 1669,* Debure père, Quai des Augustins, à l'image St Paul.

Inserguer-Brisset V. (1994) *Propriété publique et environnement,* LGDJ.

Kludze A. (1973) *Ewe Law of Property,* London, SOAS.

Lamarque J. (1993) La loi du 3 janvier 1992 sur l'eau, *Cahiers juridiques de l'eau et du gaz*, n° 485, p. 85.

Leyte G. (1996) *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII*^{ème}*-XIV*^{ème} *siècles),* Strasbourg, Editions PUS.

Le Bret C. (1632) *Traité de la souveraineté du roi.*

Lhote H. (1984) *Les Touareg du Hoggar,* Paris, Armand Colin.

Locke J. (1690) *Traité du gouvernement civil,* traduction française de David Mazel en 1795 à partir de la 5ème édition de Londres de 1725.

Merville (de) P. (1707) *La coutume de Normandie réduite en maximes selon le sens littéral, et l'esprit de chaque article,* Paris, Henry Charpentier.

Maguero Ed.-A. (1899) *Dictionnaire des domaines,* Paris, Berger-Levrault et Compagnie.

Marcien, *Digeste.*

Martin G. (2005) Le discours du droit privé sur l'utilisation de la ressource, *Revue de l'environnement*, n° 7, juillet 2005, p. 45.

Minard F. (2007) Le fleuve et la couronne : contribution à l'histoire du domaine fluvial (1566-1669) In : Le Louarn P. (dir.), *L'eau,* Paris, L'Harmattan, 2007, p. 192.

Paquerot S. (2002) *Le statut des ressources vitales en droit international : essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité,* collection mondialisation et droit international, Bruxelles, Bruylant.

Paul, *Digeste.*

Perennes J. J. (1993) *L'eau et les hommes au Maghreb*, Paris, Editions Karthala.

Platon, *Les Lois.*

Ramazzotti M. (1996) *Anthologie du droit coutumier de l'eau en Afrique, FAO, étude législative 58,* Rome, FAO.

Taithe A. (2008) *L'eau. Un bien ? Un droit ? Tensions et opportunités,* Paris, Editions UNICOMM.

Tarlock A.-D. (2005) Water Transfers: A Means to Achieve Sustainable Water Use, In : Bernasconi-Osterwalder N., Boisson de Chazournes L., Brown Weiss E. (édité par), *Fresh Water and International Economic Law,* Oxford, Oxford University Press, pp. 52-53.

Theis V. (2007) Histoire d'eau. Les conflits sur l'approvisionnement en eau de Carpentras (XIVème – XVème siècles), *Médiévales,* 53, automne 2007, pp. 23-38.

Thomas d'Aquin, *Somme théologique.*

Ulpien, *Digeste.*

Varnerot V. (2002) L'étrange pérennité du droit de propriété sur les eaux souterraines. A propos de la décision du TGI d'Angers en date du 12 juillet 2001, *Revue juridique de l'environnement,* n° 2, 2002, pp. 135-170.

De la propriété privée à la gestion collective : évolution de la politique de gestion de l'eau souterraine en France

Jean-Daniel Rinaudo

Chercheur en économie de l'environnement, BRGM, Montpellier
Jd.rinaudo@brgm.fr

Résumé

En France, l'appropriation de l'eau souterraine est fondée sur une tradition issue du droit romain, reprise dans le code civil de 1804. Les eaux souterraines sont considérées comme *res nullius* et susceptibles d'appropriation par les propriétaires des terrains sous lesquels elles se trouvent. Cependant, le rapide développement de l'usage de cette ressource, ainsi que ses impacts sur l'environnement et les tiers, ont conduit l'Etat à restreindre l'exercice du droit des propriétaires. Répondant aux attentes de la société civile, le législateur a affirmé, avec la loi de 1992, que l'eau et les milieux aquatiques font partie du patrimoine de la Nation. Pour autant, il n'a pas totalement remis en cause le droit des propriétaires sur les eaux privées, notamment souterraines, et ne les a pas intégrées aux eaux domaniales. Prenant appui sur une description de l'évolution de la politique de gestion de l'eau et de sa mise en œuvre, nous mettons en évidence l'existence d'une tension permanente entre propriété privée et patrimoine commun, qui tend à s'estomper avec la mise en place de mécanismes de gestion collective des ressources en eau. La loi de 2006 promeut une approche décentralisée et collective du partage de la ressource en eau, reposant sur la constitution d'institutions intermédiaires, et sur la notion de propriété commune.

Abstract

In France, appropriation of groundwater is based on a tradition stemming from Roman law and incorporated in the 1804 civil code. Groundwater is regarded as *res nullius*, and may be appropriated by the owners of the land under which it is located. However, the rapid increase in the use of this resource and related impacts have led the Government to limit the extent of this right. In line with social demand, French lawmakers have claimed, in a 1992 bill, that freshwater resources and aquatic environments are part of the nation's heritage. However, they have not eliminated the rights of landowners on waters that are located on or below their estates, and have not added them to State property. Relying on a description of the changes in French water management policy and its implementation, we highlight the existence of a permanent tension between private property and common heritage, which tends to lessen due to the setting of collective management mechanisms of water resources. The 2006 bill promotes a decentralised and collective approach to the use of water resources, based on intermediate level institutions, and on the notion of common ownership.

Mots-clés

Eau souterraine, gestion de l'eau, libre accès, appropriation, gestion collective.

Keywords

Groundwater, water management, open access, appropriation, collective management.

Une ressource en accès libre : 1804-1992

Jusqu'au début des années 1970, l'agriculture française s'est développée sans avoir massivement recours à l'irrigation, à l'exception des régions méridionales où l'irrigation agricole dépendait essentiellement des ressources en eau superficielles, captées et distribuées aux agriculteurs au moyen de réseaux hydrauliques collectifs. Les sécheresses de 1976, 1985-86 (dans le Sud-Ouest) et 1988-91 incitent de nombreux agriculteurs qui ne sont pas desservis par de tels réseaux collectifs à développer leur propre système d'irrigation. Ce phénomène apparait dans des régions où l'irrigation n'existe pas traditionnellement, notamment dans l'Ouest et le centre de la France (Loubier et al. 2013). La plupart des agriculteurs ne disposant pas d'accès aux cours d'eau, ils se tournent vers les eaux souterraines qui sont devenues économiquement très accessibles du fait des progrès des techniques de forage et de pompage. On assiste alors à une multiplication des puits et forages individuels qui permettent de sécuriser de la production, d'améliorer des rendements, de diversifier la production et de mieux maitriser la qualité des productions. Ce développement est encouragé par des financements publics, par des incitations de la politique agricole commune (jusqu'en 1992), ainsi que par les opérateurs de certaines filières (notamment).

Ce développement de l'exploitation individuelle de l'eau souterraine s'est produit dans un cadre institutionnel très peu contraignant, cette ressource étant globalement gérée comme un bien en accès libre. Les propriétaires fonciers peuvent alors librement exploiter les ressources en eau souterraines situées sous leurs terrains. La procédure réglementaire se réduit à l'obligation de déclarer les forages au titre de la loi sur l'eau de 1964 (si débit exploité supérieur à 8 m^3/heure) et du code minier (si profondeur supérieure à 10 m)[1]. Les eaux souterraines sont susceptibles d'appropriation privée par les propriétaires fonciers qui ont globalement pu pleinement exercer leur droit pendant les années 1970 et 1980 (Guttinger 1992; Gazzaniga et Larrouy-Castéra 2010).

Au début des années 1990, la propriété sur les eaux souterraines est donc matérialisée par un ouvrage privé (puits ou forage) permettant l'exploitation de la nappe et une autorisation administrative de cet ouvrage qui valide un débit maximum d'exploitation. La seule contrainte susceptible de limiter le volume exploitable est liée aux propriétés naturelles de l'aquifère.

L'affirmation de l'intérêt général et l'érosion de la propriété privée : 1984 – 1992

L'émergence de l'objectif de protection des milieux aquatiques

L'important développement de l'usage des eaux souterraines qui a lieu durant cette première phase a conduit à une surexploitation des ressources dans certaines régions. Le niveau des nappes phréatiques baisse, entrainant à son tour des impacts sur les cours d'eau et leurs usagers (pêche récréative notamment) ainsi que sur écosystèmes dépendant des eaux souterraines (zones humides). Ces impacts environnementaux engendrent un nombre croissant de situations tendues, voire conflictuelles dans de nombreux bassins versants du grand sud-ouest, du centre et du sud-est de la France. La montée en puissance des revendications des associations de protection de l'environnement ainsi que des associations de consommateurs a conduit à une évolution progressive du cadre législatif et réglementaire.

[1] A l'exception de quelques départements où une autorisation préalable est exigée au-delà d'une certaine profondeur (50 à 80 m) en application du décret-loi du 8 aout 1935.

La loi de 1984[2] apporte une première réponse à cette demande sociale en affirmant que « *la préservation des milieux aquatiques et du patrimoine piscicole sont d'intérêt général* ». La mise en œuvre de ce principe se traduit par la création de la notion de débit réservé à l'environnement dans les cours d'eau et l'attribution à l'administration du pouvoir de restreindre les prélèvements dans les eaux superficielles, lorsque ce débit n'est pas maintenu. Ces restrictions prennent la forme de tours d'eau, les irrigants devant irriguer à tour de rôle (par secteur géographique) avec une durée hebdomadaire de plus en plus réduite. La loi ne s'appliquant qu'aux prélèvements en eau superficielle, elle ne permet pas de résoudre les conflits dans les bassins où les étiages sont en grande partie dus à des prélèvements réalisés dans des nappes connectées aux cours d'eau.

La restriction progressive du droit de propriété des eaux souterraines

La loi sur l'eau de 1992 représente un tournant majeur de la politique de gestion des ressources en eau. Sans fondamentalement remettre en cause le droit des propriétaires à exploiter les eaux souterraines, elle limite sérieusement l'exercice de ce droit à travers plusieurs dispositions.

La première consiste à soumettre tout usage de l'eau à un régime de déclaration et d'autorisation (pour les prélèvements respectivement inférieurs / supérieurs à 80 m^3/heure). Elle impose d'installer des compteurs d'eau sur chaque point de prélèvement ainsi que la tenue d'un registre trimestriel des prélèvements réalisés. L'exploitation des eaux souterraines privées devient donc soumise à autorisation de l'Etat.

La deuxième disposition consiste à affirmer l'unicité de la ressource en eau, c'est-à-dire le fait que les eaux souterraines font partie intégrante du cycle de l'eau. La différence de statut juridique entre les différentes ressources, héritée du droit romain et formalisée dans le code civil, s'estompe donc en partie au profit d'une vision plus naturaliste du fonctionnement des ressources et des milieux aquatiques. L'Etat peut dès lors légitimement imposer des restrictions d'usages sur ces ressources, ce qui n'était pas possible auparavant. Le droit de propriété sur l'eau souterraine s'en trouve considérablement affaibli. Notons que cette évolution de la législation en France fait écho aux réformes entreprises dans d'autres pays européens à la même période, notamment en Espagne avec la loi de 1985 et au Portugal avec la loi de 1994 (Barraque 2004).

La troisième disposition consiste à imposer une planification de la gestion à l'échelle des bassins versants, avec la création des Schéma d'Aménagement et de Gestion des Eaux (SAGE). Ces schémas visent à concilier la satisfaction des différents usages de l'eau et le maintien de la qualité des milieux aquatiques. Concernant la gestion quantitative des ressources en eau notamment souterraine, ils doivent permettre de résorber les déséquilibres structurels entre usages et ressources disponibles en modifiant ou retirant si besoin certaines autorisations de prélèvement. La loi précise que les autorisations peuvent être retirées ou modifiées sans indemnité de la part de l'Etat lorsque cela est nécessaire pour garantir l'alimentation en eau potable ou en cas de force majeure pour le milieu aquatique.

Une gestion quantitative planifiée est ainsi mise en place dans quelques bassins à forte composante souterraine. L'approche consiste à définir des niveaux piézométriques d'alerte qui, lorsqu'ils sont franchis, déclenchent des mesures de restriction d'utilisation de l'eau (pouvant aller jusqu'à l'interdiction complète). Il s'agit donc d'une extension aux eaux souterraines des

[2] (1984). LOI n° 84-512 du 29 juin 1984 relative à la pêche en eau douce et à la gestion des ressources piscicoles. Journal Officiel de la République Française, n°30 juin 1984, France, p.2039-2045.

dispositions prévues par la loi de 1984 pour la gestion des eaux superficielles. De tels indicateurs ont été mise en place dans de nombreuses régions, tant pour gérer des systèmes aquifères libres que captifs. On peut citer le cas de la nappe de Beauce (région centre), les nappes du Sud de la Vendée en relation avec le Marais Poitevin, le karst de la Rochefoucauld en Poitou Charentes, ou encore la nappe de l'Albien (Seguin et al. 2009).

Des difficultés de mise en œuvre

L'application aux eaux souterraines des dispositions prévues par de la loi de 1992 se heurte cependant à de nombreuses difficultés (Compte et al. 1995). L'Etat manque de moyens pour assurer une police de l'eau efficace, l'administration n'ayant pas les effectifs nécessaires pour vérifier la présence et l'état des compteurs, la présence du registre des prélèvements prévu par les textes, ou encore pour contrôler les capacités de pompage et les prélèvements réalisés (Martin 1996). Les compteurs sont mal acceptés dans le monde agricole et installés bien au-delà des délais prévus par la loi. De nombreux ouvrages de prélèvement ne sont pas déclarés. L'Etat s'appuie alors sur les Chambre d'Agricultures pour collecter l'information relative aux ouvrages et aux prélèvements, les Directions Départementales de l'Agriculture se contentant de réaliser le suivi du travail des Chambres. Cette situation perdure ponctuellement jusqu'au milieu des années 2000 (Brun 2003 ; Montginoul et Rinaudo 2010). L'administration dispose d'un levier supplémentaire après la réforme de la PAC de 1999, qui introduit le principe de l'éco-conditionnalité, mécanisme qui subordonne les paiements directs au respect par les agriculteurs de normes de base concernant l'environnement (et donc la gestion de l'eau).

Par ailleurs, bien qu'autorisant l'administration à modifier ou annuler les autorisations, la loi ne pose aucune orientation sur la manière de répartir entre les utilisateurs la ressource quand elle est insuffisante. Faut-il privilégier les usages les plus anciens ? Réduire tous les usages d'un même pourcentage ? Donner ou pas la priorité à l'eau potable ? Rechercher un optimum économique qui consisterait à réduire en priorité les usages qui créeent le moins de valeur par mètre cube ? Elle laisse également en suspens la question des nouveaux arrivants : faut-il réduire les autorisations accordées aux usagers historiques pour permettre l'entrée de nouveaux usagers ou refuser tout nouvel usage lorsque la ressource est pleinement exploitée ? Le législateur semble avoir délégué la réalisation de ce type d'arbitrage aux Commissions Locales de l'Eau au sein des SAGE. Et dans la pratique, l'administration n'a pas utilisé son pouvoir de révocation des autorisations, à de très rares exceptions près.

L'introduction de la gestion volumétrique : 1992-2006

L'émergence de la gestion volumétrique

La gestion basée sur les indicateurs piézométriques a rapidement montré ses limites. En effet, le mécanisme n'incite pas les agriculteurs à réduire leur prélèvement. Il peut même les encourager à surconsommer en début de saison afin de stocker le plus possible d'eau dans la réserve utile du sol, en prévision d'éventuelles restrictions à venir. Le mécanisme pousse aussi les agriculteurs qui le peuvent à augmenter leur capacité de pompage de manière à pouvoir couvrir la même surface en un temps plus court, ce qui permet de s'affranchir des restrictions. Ces deux comportements contribuent à accélérer le rythme de prélèvement, ce qui précipite la survenue de la crise au cours de la saison d'irrigation et en augmente la fréquence d'occurrence. Le risque de

pénurie d'eau (et les conséquences agronomiques et économiques associées) reste donc élevé et difficilement prédictible pour les agriculteurs.

C'est donc en réponse à ces limites de la gestion par indicateurs piézométriques qu'une gestion volumétrique des prélèvements a été expérimentée dans plusieurs régions à la fin des années 1990. L'approche consiste à plafonner le volume global pouvant être prélevé dans les ressources considérées comme surexploitées et à le répartir entre les usagers sous forme de volumes (ou quotas de prélèvement) individuels. Chaque agriculteur disposant ainsi d'un volume défini, il est incité en optimiser l'usage sur l'ensemble de la saison, ce qui favorise les comportements prudentiels et économes. Dans la plupart des cas, le plafond global de prélèvement a été initialement fixé sur la base de l'utilisation de la ressource au moment de la réforme. L'objectif est avant tout de prévenir toute nouvelle augmentation des prélèvements afin d'éviter d'aggraver la situation. Dans le cas de la Beauce, Bouarfa et al. (2011) notent que les quotas négociés en 1998 par la profession agricole étaient confortables pour la plupart des exploitations.

L'intérêt de cette approche volumétrique tient au fait qu'elle réduit l'incertitude pour l'agriculteur, tout en le responsabilisant dans la gestion de son volume ; par ailleurs, le système peut permettre à l'irrigant de reporter une partie du volume qu'il n'aurait pas consommé une année sur l'année suivante, ce qui l'incite à améliorer l'efficacité technique et économique de l'usage de l'eau. Ce report interannuel n'est possible que si la nappe est caractérisée par une inertie importante (ratio stock d'eau disponible sur recharge annuelle élevé), comme dans la Beauce par exemple.

Cette gestion volumétrique est mise en place vers la fin des années 2000 dans de nombreux bassins et départements : la nappe de Beauce, le bassin Yèvre-Auron (département du Cher), les aquifères alluviaux des plaines Garonne-Tarn-Aveyron et Ariège, les nappes Sud-Vendée, le département de la Vienne, le département de la Charente et dans des bassins situés dans les départements de l'Aisne, de l'Aube, de la Somme et de la Sarthe.

L'impact sur la propriété

La mise en œuvre de la gestion volumétrique a un effet paradoxal sur la propriété des eaux souterraines. A première vue, elle affaiblit le droit des propriétaires fonciers à utiliser librement l'eau souterraine située sous leurs fonds. Cependant, l'usager est désormais détenteur d'un volume autorisé, et non simplement d'un droit d'accès à la ressource. En limitant le volume total utilisable, la nouvelle gestion créé une situation de pénurie et génère l'apparition de rentes dont bénéficient les détenteurs de volumes individuels. Les agriculteurs prennent conscience de la valeur économique des volumes individuels. Cela renforce la demande d'appropriation individuelle et la volonté de patrimonialisation de la rente associée aux volumes d'eau alloués.

Cette patrimonialisation devient d'ailleurs rapidement une réalité. Bien que les autorisations accordées soient théoriquement précaires, l'administration n'utilise quasiment jamais son pouvoir de révocation. De plus, les services de l'Etat acceptent de transférer les quotas de l'ancien au nouveau propriétaire lors des cessions d'exploitations agricoles, au lieu de réaffecter l'eau aux nouveaux entrants inscrits sur une liste d'attente. Ce transfert a lieu non seulement dans le cas de successions familiales mais aussi lors de cessions à des tiers. La rente associée aux quotas est dès lors pleinement intégrée dans la valeur du foncier. Bien que l'agriculteur cédant son volume ne puisse pas officiellement recevoir de contrepartie financière de la part du nouveau bénéficiaire pour le transfert du volume autorisé, il en récupère de fait la valeur à travers un prix de vente

élevé de son exploitation agricole. En tolérant la pratique de présentation du successeur, l'administration a implicitement rendu transférable les volumes d'eau, ce qui a très fortement renforcé le sentiment d'appropriation de cette ressource par les agriculteurs. Elle a également contribué à l'accaparement de la rente associée à l'eau souterraine par les premiers utilisateurs de la ressource, qui ont obtenu gratuitement des autorisations mais qui peuvent ensuite les monnayer.

Certains débats qui ont eu lieu dans les années 1990 révèlent que l'idée de l'appropriation des ressources en eau était alors très présente dans les esprits. C'est par exemple à cette époque que plusieurs économistes français ont mis en débat l'idée de formaliser la possibilité d'échange marchand de ces volumes d'eau individuels. La proposition consistait à dissocier les droits d'utilisation de la ressource du foncier et à créer un marché sur lequel ils pourraient être librement échangés (Kosciusko-Morizet et al. 1998 ; Strosser et Montginoul 2001). Cette proposition survient à peu près en même temps que les Etats de l'Ouest Américain expérimentent les « banques d'eau » suite à la sécheresse de 1989-91 et que l'Australie l'adopte dans son projet de réforme politique de l'eau en 1994. La proposition continuera de susciter un débat dans la décennie qui suivra (Petit 2004 ; Rinaudo, Ed.. 2014), mais le législateur restera fidèle à la position exprimée par le conseil économique et social au début des années 1990, qui affirme que « *la transposition de tels systèmes n'est guère souhaitable en France car ils heurtent notre conception de l'eau qui dépasse celle d'un bien purement économique* » (Conseil Economique et Social 1991).

C'est également à cette période qu'est émise la proposition d'indemniser les usagers dont l'Etat réduirait les autorisations d'exploitation des ressources en eau. Le rachat pourrait ainsi se faire par appel d'offre (objectif d'efficience) et serait financé par les usagers restant, dont les prélèvements pourraient rester inchangés grâce au retrait de certains d'entre eux. Cette option, qui ne sera finalement pas retenue en France, a été mise en œuvre dans d'autres contextes dont dans l'Etat de Nouvelle-Galles du Sud en Australie (*buy-back programs*) ainsi que dans les bassins du Jucar et du Segura en Espagne (*Ofertas Publicas de Compra*).

Vers une gestion collective des eaux souterraines ?

La loi sur l'eau de 2006

La Loi sur l'Eau et les Milieux Aquatiques (LEMA) de 2006[3] va de nouveau contribuer à restreindre l'exercice du droit de propriété des eaux souterraines, à travers deux dispositions majeures.

La première est l'obligation de rétablir un équilibre entre prélèvements et ressources disponibles. Dans les bassins déficitaires, l'administration est chargée d'évaluer le volume maximal prélevable qui permet de respecter les objectifs environnementaux (avec une fréquence de 4 années sur 5)[4]. Les prélèvements autorisés ne peuvent plus excéder ce volume. Les études sur les volumes prélevables ont le plus souvent conclu à la nécessité de réduire les prélèvements de 10 à 20%, l'effort demandé pouvant dépasser 50% dans certains cas. Cette réduction s'effectue

[3] Loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques Journal Officiel de la République Française, n°303 du 31 décembre 2006, France, Texte n°3/175

[4] Le volume prélevable est défini par la circulaire du 03/08/2010 accessible à l'adresse suivante : http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2010/08/cir_31709.pdf

toujours sans compensation financière. Cette augmentation de la rareté de la ressource contribue à augmenter la valeur économique de la ressource en eau.

La seconde disposition consiste à créer des Organismes Uniques de Gestion Collective (OUGC) à qui l'Etat transfère la responsabilité du partage du volume prélevable (Lafitte et al. 2008; Figureau et al. 2012). Du point de vue réglementaire, l'Etat remplace toutes les autorisations individuelles par une autorisation globale qu'il attribue à l'OUGC, ainsi que le quota global de prélèvement associé (pour une durée de 15 ans). Du point de vue de la propriété, l'eau souterraine reste théoriquement une propriété privée, mais le partage du volume disponible, et de la rente qu'il véhicule, doit être effectué de manière collective. Certains agriculteurs vivent cette réforme comme une expropriation, n'hésitant pas à faire le parallèle avec la collectivisation de l'agriculture russe au début des années 20. Ce sentiment est d'autant plus marqué qu'ils ont presque systématiquement réalisé des investissements individuels pour accéder à la ressource.

L'OUGC est donc chargé de préparer un plan de répartition de ce volume global entre les usagers, selon une règle qu'il doit élaborer et faire valider par l'administration. La règle de répartition doit par exemple prévoir les modalités d'entrée de nouveaux arrivants, les règles de priorité en cas de sécheresse, etc. Elle est ensuite appliquée chaque année pour préparer un plan d'allocation qui est validé par l'Etat. La logique sous-jacente à ce transfert de responsabilité est que les usagers, réunis en OUGC, sont les mieux placés pour adapter la répartition de l'eau et tenir compte des réalités techniques et économiques locales.

Une mise en œuvre progressive

La mise en œuvre du volet « gestion quantitative de la LEMA » a suscité une opposition assez marquée de la part de la profession agricole, notamment dans le Sud-Ouest de la France (Hébert et al. 2012). Les volumes prélevables calculés ont été contestés en raison des incertitudes associées à leur estimation (Arnaud et Seguin 2016). Les valeurs finalement retenues ont été négociées sur la base d'arguments économiques et politiques, plus que scientifiques. Cette négociation a également permis à la profession d'obtenir des aides publiques pour financer la construction de retenues de substitution, ce qui représente une compensation implicite de la réduction des volumes prélevables.

Concernant la gestion collective, les dispositions de la LEMA ont été mises en œuvre en deux étapes. En attendant la création des OUGC, l'administration a mis en place une « procédure mandataire » qui permet à la Chambre d'agriculture de recueillir et présenter à l'administration l'ensemble des demandes d'autorisations de prélèvement d'eau. La Chambre d'agriculture joue alors le rôle d'intermédiaire, collectant les demandes annuelles des agriculteurs et les incitant à revoir ces demandes à la baisse de manière à ce que le volume prélevable soit respecté.

Une fois les OUGC établis et leur règlement intérieur validé par l'administration, il leur incombe de répartir chaque année le volume en appliquant la règle de répartition qu'ils auront définie. En 2015, l'élaboration de cette règle de répartition est en cours dans de nombreux OUGC.

Des pratiques hétérogènes

Une première analyse des pratiques met en évidence la diversité des approches retenues (Figureau et al. 2012). Des approches très différentes ont notamment été retenues concernant l'identification des ayants droit (c'est-à-dire les agriculteurs pouvant légitimement bénéficier

d'un accès à la ressource en eau) et les critères utilisés pour définir la part du volume à laquelle chaque ayant droit peut prétendre.

Le choix des ayants droit

Les situations très différentes qui coexistent en France peuvent être classées selon un continuum dont les trois cas types seraient les suivants (Figure). Dans le cas 1, les acteurs considèrent que la ressource en eau est un bien commun auquel chaque agriculteur doit pouvoir accéder s'il en a besoin. Elle ne peut donc pas faire l'objet d'appropriation individuelle, ni même de droits acquis implicites. Le nombre d'agriculteurs qui se partagent le volume autorisé est donc susceptible de varier chaque année. Il en résulte une certaine variabilité du volume alloué à chaque agriculteur, puisque chacun est appelé à restreindre sa part pour satisfaire les demandes de nouveaux arrivants. L'avantage de ce système est qu'il permet l'installation de jeunes agriculteurs et un ajustement des stratégies d'exploitations en fonction des fluctuations du marché. L'inconvénient est qu'il génère une incertitude sur la disponibilité de la ressource, qui n'est pas compatible avec la production de cultures pérennes ou la réalisation d'investissements liées aux cultures irriguées. Ce type de logique est en œuvre en 2014 dans le département de l'Aisne[5].

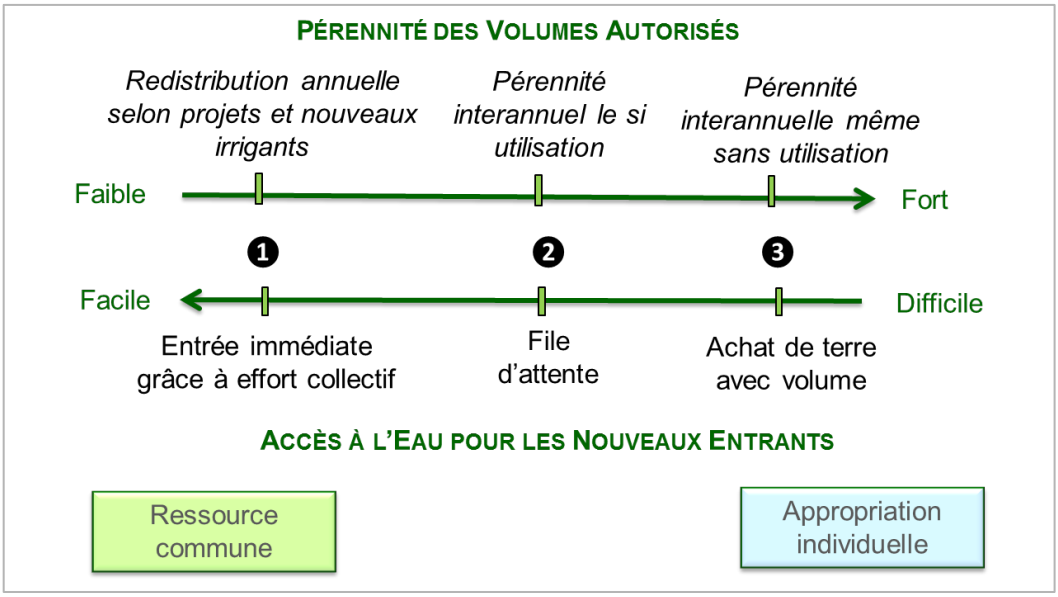

Figure 1 : Différentes approches concernant le choix des ayants droit à l'utilisation du volume prélevable

Le cas 3 représente une situation diamétralement opposée dans laquelle les volumes attribués à chaque individu sont tacitement renouvelés chaque année, que le volume ait été effectivement utilisé ou non. La logique sous-jacente est celle de droits acquis sur la base de l'antériorité d'usage. Le volume attribué à l'agriculteur devient de fait attaché au foncier, dont il augmente la valeur. Un nouvel arrivant souhaitant disposer d'un volume d'eau devra alors acheter une terre bénéficiant d'un volume individuel, le prix de celle-ci étant deux à trois fois supérieur à la même terre sans eau. On assiste dans ce type de situation à une privatisation implicite de l'eau, même si

[5] Voir l'exposé de M. Grugeon au séminaire Brgm-Onema du 12 mars 2014 sur la gestion collective des prélèvements individuels http://www.onema.fr/seminaire-gestion-collective-des-prelevements-individuels-agricoles

celle-ci reste officiellement patrimoine commun de la Nation. Ce mode de gestion confère une grande sécurité aux ayants droits bénéficiant d'un droit d'eau historique, ce qui leur permet d'optimiser les investissements (matériel, plantation). Son principal inconvénient est de freiner l'installation des jeunes agriculteurs (coût de l'accès à l'eau) et de ne pas nécessairement favoriser une utilisation efficace de l'eau. En effet, le volume attribué à une exploitation sur la base d'un historique peut être en total décalage avec la réalité technique et économique de cette exploitation dix ans plus tard, conduisant dans le cas extrême au gel de volumes d'eau non utilisés mais ne pouvant pas être réaffectés à d'autres agriculteurs. Cette situation correspond dans les grandes lignes au mode de gestion des eaux souterraines en vigueur en 2014 dans le département du Tarn-et-Garonne.

Le cas 2 est une situation intermédiaire. Les volumes attribués sont renouvelés tacitement dans la limite du prélèvement réalisé l'année précédente. Ainsi, un agriculteur qui n'utilise pas complétement le volume qu'il a demandé l'année *n* verra son attribution réduite d'autant l'année $n + 1$[6]. L'avantage de ce mode de gestion est de permettre la réallocation des volumes dormants à de nouveaux usagers (file d'attente) tout en garantissant aux usagers une certaine pérennité du volume qui leur est attribué. L'inconvénient est qu'il n'incite pas les agriculteurs à améliorer l'efficience de leurs pratiques d'irrigation, toute économie d'eau risquant de se traduire par une réduction de leur volume. Cette situation type se retrouve par exemple, en 2014, dans le bassin du Clain dans le département de la Vienne.

Les critères d'attribution

Les critères retenus pour définir le volume dont chaque ayant droit peut bénéficier sont également variables d'un bassin à l'autre en France. Schématiquement, on peut répartir les approches en vigueur sur un axe opposant deux pôles : une répartition fondée sur une analyse des besoins agronomiques et une répartition fondée sur l'activité historique de l'exploitation agricole (Figure).

La première approche (partie gauche de la Figure) consiste à répartir le volume en tenant compte des besoins réels des ayants droit. Chacun reçoit alors un volume correspondant aux besoins théoriques des cultures qu'il prévoit de planter. Le calcul agronomique des besoins en eau peut tenir compte des caractéristiques des sols, ce qui conduit par exemple à augmenter le volume par hectare pour les sols à faible réserve utile (cas 1). La clé de répartition du volume est alors vue comme un outil permettant de compenser les inégalités naturelles et de rétablir une certaine égalité des chances entre les ayants droit. En revanche, le calcul est basé sur l'hypothèse de pratiques d'irrigation efficientes, ce qui pénalise les agriculteurs peu performants et encourage les économies d'eau. Une version simplifiée de cette approche consiste à ne pas tenir compte des différences de sol, et à fonder le calcul de la répartition sur un besoin agronomique moyen par type de culture (cas 2). Une simplification supplémentaire consiste à ne pas tenir compte de la différence de besoin des cultures et à attribuer l'eau en fonction du nombre d'hectares irrigués prévus pour la saison à venir (cas 3).

[6] Cette logique est également présente dans l'Ouest des Etats-Unis, où un détenteur de droit d'eau doit l'utiliser (*beneficial use*) pour ne pas le perdre (*use it or lose it*) (Hanak et Stryjewski 2012).

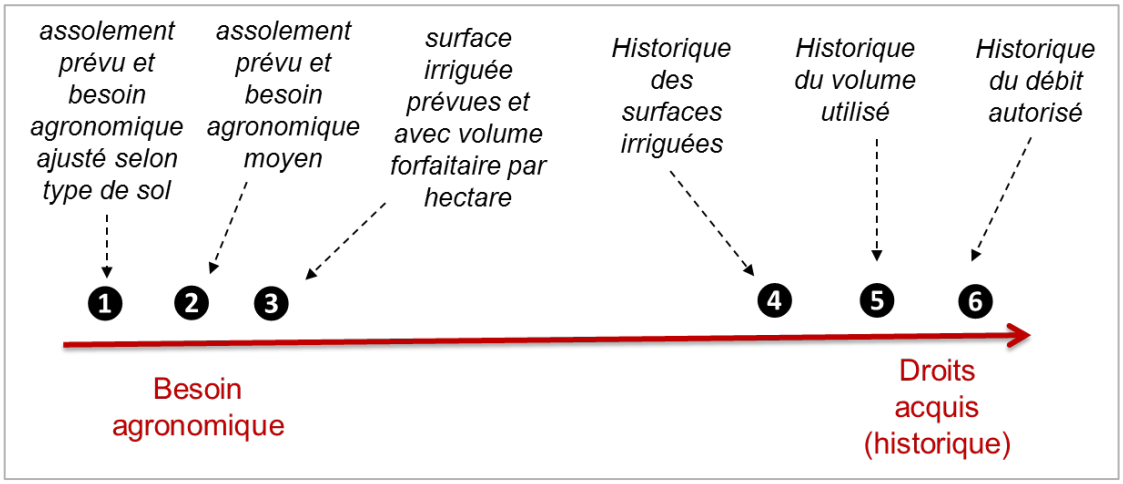

Figure 2 : Les critères d'attribution du volume aux ayants droit

La seconde approche (partie droite de la Figure) consiste à fonder la répartition du volume sur l'historique de l'irrigation dans chaque exploitation. Cette approche reconnait implicitement que l'ancienneté de l'usage créé un droit. La première modalité de mise en œuvre de cette approche consiste à attribuer les volumes en fonction de l'historique des surfaces irriguées, sans tenir compte des types de cultures (cas 4). Le volume peut aussi être attribué sur la base de l'historique des prélèvements d'eau (cas 5). Enfin, il peut être rendu proportionnel au volume ou au débit autorisé au moment de la création de l'ouvrage, ne tenant pas compte de l'usage effectif de l'eau au cours de la période récente (cas 6). Ces variantes se retrouvent dans les pratiques de gestion observées dans différents départements français.

Ce rapide panorama met en évidence la grande diversité des stratégies mises en œuvre par les acteurs français pour partager le volume prélevable dans les bassins déficitaires. Cette diversité s'explique par l'hétérogénéité des situations hydrologiques et agricoles, du niveau de tension sur la ressource, mais aussi de l'historique de la gestion de l'eau dans chaque bassin. Ainsi, lorsque des volumes individuels ont été attribués depuis plusieurs années, avec tacite reconduction d'une année sur l'autre pour les ayants droit et rejet de toute nouvelle autorisation, la notion de droits acquis s'installe dans les mentalités, conduisant à une appropriation individuelle (implicite) de l'eau. Dans ces bassins, les agriculteurs risquent de percevoir toute réduction de leur volume comme une expropriation. La situation est fort différente dans les bassins où la mise en place d'une gestion volumétrique est relativement récente, et où la tension pour l'accès à la ressource est modérée. Des scénarios très variés peuvent y être considérés et les OUGC disposent alors d'un grand espace de liberté pour construire une règle de répartition qui soit acceptée par le plus grand nombre.

Perception sociale

La diversité des stratégies de partage de l'eau décrites au paragraphe précédent reflète l'hétérogénéité des conceptions de ce qu'est un partage « juste et équitable ». Une enquête réalisée en 2013 auprès de 76 agriculteurs a montré que les agriculteurs peuvent avoir des visions très différentes, voire divergentes, des principes à mettre en œuvre pour assurer une répartition juste et équitable du volume prélevable (Moreau et al. 2015). Des principes aussi différents que la stricte égalité, l'égalité des chances, l'efficacité, l'antériorité, le besoin ou le mérite sont

mobilisés pour justifier le bien-fondé de l'une ou l'autre des stratégies. Les visions des agriculteurs divergent également concernant la périodicité à laquelle les volumes doivent être redéfinis (**Erreur ! Source du renvoi introuvable.**) ou la manière dont ils doivent être transmis (**Erreur ! Source du renvoi introuvable.**). Enfin, des discussions conduites sous forme d'ateliers avec le même échantillon d'agriculteurs ont montré des attitudes contrastées vis-à-vis de la possibilité de rendre transférables les quotas d'eau. Ainsi, une 46% des agriculteurs de l'échantillon ne sont pas opposés au principe. Et 27% de ceux qui sont opposés affirment qu'ils accepteraient néanmoins de participer si un tel marché de l'eau était mis en place (Rinaudo, Ed,. 2014).

Tableau 1. Préférences exprimées sur la périodicité du renouvellement des autorisations de prélèvement

Selon vous, quelle est la période la plus adaptée pour la durée de validité des allocations ?	☐ 30 ans ou plus	10%
	☐ 15 ans	46%
	☐ 10 ans	10%
	☐ Tous les ans	36%

Tableau 2. Préférences exprimées sur les modalités de transmission de l'autorisation de prélèvement

A votre avis, comment doit-on transmettre les autorisations de prélèvement d'eau ?	☐ Elle doit être attachée à la terre	40%
	☐ Elle doit être attachée à l'exploitant (indépendamment du foncier)	36%
	☐ Elle doit être attachée à l'activité (retour au collectif lors de la cession d'activité)	24%

Conclusion

L'analyse présentée dans cet article a mis en exergue le statut ambigu de la propriété des eaux souterraines. Théoriquement appropriables par les propriétaires du fonds, leur utilisation a été soumise à un système généralisé d'autorisations, dont les caractéristiques ont progressivement été précisées, d'abord en débit, puis en volume. Pour le juriste, la propriété des eaux souterraines est plus une question de principe que de réalité, puisque le droit des propriétaires a été constamment érodé par les lois sur l'eau successives. Pour l'économiste, la question de la propriété est devenue de plus en plus prégnante alors que les autorisations d'exploiter la ressource acquéraient une valeur économique croissante du fait de leur rareté, et que la rente économique dont elles sont porteuses pouvait être appropriée et transmise.

La formation de cette valeur économique a créé les conditions d'émergence d'un marché pour ces autorisations administratives. Pourtant, le législateur a systématiquement refusé de le formaliser. Le résultat est l'existence d'un marché de l'eau implicite lié à la terre, les autorisations de prélèvements d'eau étant transmises en même temps que le foncier dont le prix de marché intègre les caractéristiques de l'autorisation de prélèvement associée. On peut s'interroger sur les raisons ayant motivé l'opposition du législateur à la création d'autorisations de prélèvement transférables, alors que cette stratégie a été mise en œuvre pour gérer, en France, la transmission des concessions conchylicoles, qui sont également des autorisations d'exploiter une ressource

commune (Mongruel et al. 2008). L'explication tient peut-être au fait que, dans le cas de la conchyliculture, les concessions portent sur l'utilisation d'une partie du domaine public de l'Etat, tandis que les eaux souterraines restent juridiquement un bien privé. La comparaison avec la politique de gestion des stocks halieutiques pourrait apporter un éclairage complémentaire : pourquoi le législateur s'est-il également opposé à la création d'un marché de quotas de captures, alors que cet instrument était promu pour gérer les pêcheries dans pays européens (Larabi et al. 2013) ?

La volonté de ne pas utiliser le marché comme mécanisme de coordination des utilisateurs d'eau souterraine est clairement réaffirmée avec la loi sur l'eau de 2006 qui promeut la gestion collective des volumes prélevables, tout au moins au sein du secteur agricole. La gestion collective représente un mécanisme susceptible d'introduire de la flexibilité dans l'allocation de la ressource, tout en permettant d'atteindre l'objectif d'équité, la recherche de l'efficience étant reléguée au second plan. Un choix similaire a été réalisé pour la gestion des pêcheries en France. L'allocation des quotas de capture repose sur une gestion collective assurée par des Organisations de Producteurs, qui représentent des institutions intermédiaires similaires, dans leur principe, aux OUGC créés par la LEMA de 2006. La tendance est clairement donc aux politiques négociées et subsidiaires, basée sur une affirmation du rôle des communautés d'usagers. Il n'est cependant pas exclu que des mécanismes de marché, reposant sur un renforcement de la propriété, n'émergent à nouveaux au sein de ces communautés.

Bibliographie

Arnaud L. et Seguin J.-J. (2016) *Estimation des volumes prélevables dans les aquifères à nappe libre: retour d'expériences sur les méthodes utilisées, identification des problèmes rencontrés, recommandations*. Orléans, BRGM.

Barraque B. (2004) "Groundwater management in France : from private to common property ?" in Brentwood M. et Robar S. (Eds.) *Managing common pool groundwater resources, an international perspective*, Praeger, p.85-96.

Bouarfa S., L. Brunel L., Granier J., Mailhol J.C., Morardet S. et Ruelle P. (2011) « Evaluation en partenariat des stratégies d'irrigation en cas de restriction des prélèvements dans la nappe de Beauce (France) » *Cahiers Agricultures* 20(1) p.124-129.

Brun A. (2003) « Aménagement et gestion des eaux en France: l'échec de la politique de l'eau face aux intérêts du monde agricole » *VertigO-la revue électronique en sciences de l'environnement* 4(3).

Compte J., Retkowsky Y. et Sallenave M. (1995) *Les SDAGE, les SAGE et l'eau spouterraine*. Paris, Conseil Général des Mines.

Conseil Economique et Social (1991) *L'eau, gestion des ressources et protection de la qualité*. Rapport présenté par M. Philippe Mangin, séances des 12 et 13 mars 1991, Paris, Direction des Journaux Officiels, brochure n° 4166.

Figureau A.-G., Montginoul M. et Rinaudo J.-D. (2012) *Gestion quantitative de l'eau d'irrigation en France : Bilan de l'application de la loi sur l'eau et les milieux aquatiques de 2006*. Orléans, BRGM. BRGM/RP-61626-FR: 50.

Gazzaniga, J.-L. et X. Larrouy-Castéra (2010) « Le droit de l'eau en France entre permanences et mutations » *Les Cahiers de Droit* 51(3-4) p.899-922.

Guttinger P. (1992) « Le statut juridique des eaux souterraines. » *Economie Rurale* 208-209 p.66-69.

Hanak E. et Stryjewski E. (2012) *California's Water Market, by the Numbers: Update 2012*. San Francisco, CA: Public Policy Institute of California.

Hébert N., Grandmougin B., Loubier S., Graveline N., Marsac S., Amen J.-F. et Brunel L. (2012) « Réforme des autorisations de prélèvement dans le bassin Adour-Garonne : impacts sur l'économie agricole » *Agronomie, Environnement et Sociétés* 2(2) p.113-126.

Kosciusko-Morizet N., Lamotte H. et Richard V. (1998) « Que peut-on attendre de la mise en place de quotas individuels échangeables de prélèvement sur la ressource en eau en France? L'exemple de l'agriculture irriguée ». Colloque SFER- CEMAGREF-ORSTOM Montpellier.

Lafitte J.-J., Devos P. et Portet P. (2008) *Les organismes uniques d'irrigation*. Paris, Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement Durable et de l'Aménagement du Territoire, Ministère de l'agriculture et de la pêche.

Larabi Z., Guyader O., Macher C. et Daurès F. (2013) "Quota management in a context of non-transferability of fishing rights: The French case study." *Ocean & Coastal Management* 84 p.13-22.

Loubier S., Campardon M. et Morardet S. (2013) « L'irrigation diminue-t-elle en France ? Premiers enseignements du recensement agricole de 2010 » *Sciences, Eaux et Territoires* 11 p.12-19

Martin Y. (1996) *Rapport sur la gestion durable des eaux souterraines*. Paris, Conseil Général des Mines.

Mongruel, R., Agúndez J.A., et Girard S. (2008) « Droits à produire transférables: le marché des concessions conchylicoles et ses effets non désirés » *Economie Rurale* 306(4) p.23-38.

Montginoul M. et Rinaudo J.-D. (2010) « Quels instruments pour gérer les prélèvements en eau souterraine? Le cas du Roussillon » *Economie Rurale* 310 p.40-56.

Moreau C., Rinaudo J.-D. et Garin P. (2015) « La justice sociale dans la construction du jugement d'acceptabilité. Analyse des réactions d'agriculteurs face à différentes règles de partage de l'eau souterraine » *Economie Rurale* 346(2) p.31-48.

Petit O. (2004) « La nouvelle économie des ressources et les marchés de l'eau: une perspective idéologique? » *VertigO-la revue électronique en sciences de l'environnement* 5(2).

Rinaudo J.-D. (coordonnateur) (2014) *Water markets scenarios for southern Europe: new solutions for coping with increasing water Scarcity and drought risk?* Final project report. Available at https://sites.google.com/site/capandtraderesearch/final-report, IWRM Net.

Seguin J.-J., Gomez E. et Wuilleumier A. (2009). *Les indicateurs piézométriques: un outil dans la gestion des hydrosystèmes*. Orléans, Brgm. BRGM/RP-58139-FR.

Strosser P. et Montginoul M. (2001) « Vers des marchés de l'eau en France ? Quelques éléments de réflexion » *Annales des Mines, Responsabilité et Environnement* 23 p.13-31.

Troisième partie

Propriété et activités maritimes : l'exploitation du navire, la pêche, l'aquaculture

L'étendue de la propriété des navires – un point de vue comparatiste

Sarah Fiona Gahlen

Docteur en droit, avocate
sarah.gahlen@lebuhn.de

Résumé

Le sujet de la propriété des navires est rarement considéré d'un point de vue international, en dépit de l'influence qu'il peut avoir sur bon nombre de questions dans le droit maritime international. La présente contribution vise à étudier les dispositions applicables à la propriété des navires en droit français, allemand et anglais. On analyse tout d'abord la relation entre la nationalité du propriétaire et la « nationalité » du navire, c'est-à-dire les conditions sous lesquelles les États en question accordent leur pavillon à des navires. En second lieu, on traite de la question du lien moins fort entre la nationalité du propriétaire et la nationalité du navire lorsque ce dernier est inscrit dans un registre dit « ouvert » ou « international ». On considère ensuite les questions de l'acquisition de la propriété des navires, notamment en construction, puis de la perte de la propriété des navires abandonnés ou naufragés. La quatrième partie est consacrée aux hypothèques et privilèges maritimes, et compare la façon dont ces intérêts sont créés et l'étendue des droits qu'ils confèrent dans les trois ordres juridiques.

Abstract

Questions of ownership and proprietary interests in sea-going vessels are rarely considered from an international point of view, even though they may have an important impact on a wide number of questions in maritime law. This paper compares the law applicable to the ownership of sea-going vessels in France, Germany and the UK. It first considers the connection between the ownership of the vessel and its *"*nationality*"*, i.e. the grant of the flag by these States, also treating a possible loosening of this link if the ship is registered in a "second" or "international" register. It then investigates how ownership is acquired, namely in vessels under construction, and lost, upon abandonment or loss of the vessel. The last part of the study deals with maritime liens and mortgages, considering the way in which these rights are created in the three jurisdictions and comparing their effect and scope.

Mots-clés

Navire, propriété, pavillon, navire en construction, épave, hypothèque maritime, privilège maritime.

Keywords

Vessel, ownership, property, flag, vessel under construction, wreck, mortgage, maritime lien.

Introduction

Le navire est l'objet central du droit maritime et joue un rôle important dans le droit de la mer. Les navires ont plusieurs caractéristiques qui leur donnent une position très spéciale, non seulement dans le droit maritime et le droit de la mer, mais aussi dans le droit commun, en comparaison d'autres biens.

Les navires sont destinés à voyager en mer, c'est-à-dire dans des eaux soumises à la souveraineté ou à certains droits de souveraineté des États, mais aussi dans des eaux internationales qui ne sont sous la souveraineté d'aucun État. Le navire, en tant que lieu de travail et de vie pour son équipage et lieu de séjour pour les passagers, peut à plusieurs égards représenter un environnement clos, dans lequel les relations entre les personnes à bord se déroulent sans avoir un lien avec l'environnement maritime dans lequel le navire se trouve. Dans le même temps, l'exploitation du navire doit être soumise au contrôle et à la règlementation d'un État donné, qui doit être déterminé avec certitude.

Ainsi, dans l'histoire de la navigation internationale, il s'est avéré important que chaque navire soit lié à un État déterminé, dont, en tant que signe de ce lien, il bat le pavillon. Dans ce contexte, on parle d'une « nationalité » du navire, une notion qui peut être critiquée dans la mesure où l'on ne peut pas considérer que les navires ont une personnalité juridique. Les opinions exprimées à ce sujet, par des auteurs en droit privé (Bonassies et Scapel 2010, p.121 et suiv.; Cole et Watts 2009, p.1 et suiv.; Grotewold 1914, p.558) et droit public (Gautier 2007, p.721; Kamto 2003, p.344; Münch 1979, p.239) dans différents ordres juridiques sont très variées mais, sans vouloir en discuter davantage, il n'est jamais contesté que l'octroi du pavillon par un État soumet le navire à un contrôle par les autorités de cet État, et, pour bon nombre de cas, à sa compétence. Cela est aujourd'hui consacré par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM), art. 94. Les conditions sous lesquelles les États peuvent octroyer leur pavillon à des navires sont décrites dans l'art. 91, qui, de son côté, est intitulé « Nationalité des navires ».

L'art. 91 CNUDM constate explicitement que les États sont libres de fixer les conditions pour l'« attribution de nationalité », l'enregistrement dans leurs registres nationaux et l'octroi de leur pavillon. L'article 91 (1) exige un « lien substantiel » entre l'État et le navire, mais il paraît aujourd'hui établi que ce lien substantiel peut être constitué par l'enregistrement et le contrôle du navire par les autorités étatiques, exigé par la CNUDM (Cogliati-Bantz 2010, p.383-399; Nöll 1980, p.1999).

En l'absence de conditions internationales claires, la plupart des juridictions du monde retiennent le critère de la nationalité du propriétaire du navire comme condition principale pour l'octroi de leur pavillon. Alors que d'autres critères tel que la nationalité du capitaine ou de l'équipage, ou même le lieu de construction du navire[1] (Chaumette 1996, p.1091-1092) ont disparu de presque tous les ordres juridiques modernes, la nationalité du propriétaire subsiste. Le développement de registres « ouverts » et le phénomène des « pavillons de complaisance », qui permettent l'enregistrement de navires sans fixer des conditions particulières, n'ont pas porté atteinte à la règle généralement admise, selon laquelle le navire bat le pavillon de l'État national de son propriétaire. Comme il sera démontré dans la première partie de cette étude, le fait que le navire appartienne à un ressortissant de cet État est, dans plusieurs pays, une condition indispensable pour l'enregistrement dans les registres nationaux. Ainsi, la question de la propriété des navires est d'une forte importance pour le droit de la mer.

[1] Voir l'acte de navigation de L'An I de la révolution française qui exigeait la construction du navire en France ou sa prise à l'ennemi. En Angleterre, le *Shipping and Navigation Act* de 1784 exigeait qu'un navire britannique soit construit en Grande-Bretagne.

Dans le droit maritime et dans le droit privé général, le navire est d'abord un meuble, mais doté d'une grande valeur qui, à certains égards, exige l'existence d'instruments juridiques plutôt connus du droit immobilier, tels que l'hypothèque. En même temps, le navire a un statut spécial comme objet central du droit de la mer, lié aux privilèges qui sont accordés à la navigation maritime. Ainsi, les propriétaires de navires ont le droit de limiter leur responsabilité pour les dommages qui résultent de l'exploitation du navire. Le statut du navire privilégie alors la personne identifiée comme son « propriétaire ». Dans les deuxième et troisième parties de cette étude, il sera présenté quand et sous quelles circonstances ce statut du navire est acquis, et comment la propriété, en tant que droit réel sur le navire, est acquise et perdue.

Une limite au lien entre les propriétaires et les navires est certainement l'existence de droits réels des tiers. Ici encore, en raison de la valeur considérable des navires, le droit maritime confère un statut spécial aux navires - bien qu'il s'agisse manifestement de meubles, les droits nationaux donnent la possibilité de créer des hypothèques sur les navires, ces droits réels qui ne portent, en principe, que sur les immeubles. Cependant, le fait que la gestion des navires soit exercée dans un environnement international par des personnes contribuant à leur exploitation dans des espaces relevant de juridictions différentes, a fait naître des privilèges maritimes, droits de gage sur le navire accordés à des créanciers privilégiés. Ces limites dans le droit de la propriété seront le sujet de la quatrième partie de l'étude.

La notion de propriété se prête à discussion, notamment dans un contexte de droit comparé. En effet, le droit civil des juridictions continentales et la *Common law* du droit anglais n'entendent pas à l'identique la notion de « propriété ». Néanmoins, on peut constater que le dénominateur commun entre ces juridictions différentes est le fait que la propriété est un droit réel sur une chose, contenant généralement le droit du propriétaire de procéder avec la chose comme il l'entend, et notamment de l'utiliser, d'en tirer les fruits et de la détruire. De l'autre côté, la propriété entraîne souvent l'obligation de répondre des dommages causés par la chose, et parfois, même sans que le propriétaire ait commis une faute dans la gestion de la chose. Cela est vrai pour les navires. La responsabilité sans faute du propriétaire est un principe bien connu du droit maritime international. En même temps, ce rôle du propriétaire des navires prête à discussion : les propriétaires des navires ne sont pas toujours les gestionnaires de leurs bâtiments et, souvent, la gestion n'est pas exercée pour leur bénéfice.

La propriété des navires et l'octroi du pavillon

L'acquisition de la nationalité d'un État est régie par les lois de cet État, donc chaque État décide lui-même des conditions qu'il impose pour l'octroi de la nationalité. Avant même que ce principe ait été consacré par la CNUDM, il a été confirmé à plusieurs reprises par des juridictions internationales.[2] Autrefois, la nationalité du navire avait beaucoup de conséquences sur l'exploitation du navire : il était souvent considéré que les emplois de marin ou de capitaine étaient réservés à des nationaux ; l'octroi de la nationalité aux navires favorisait les chantiers nationaux, les écoles maritimes nationales et les ressortissants de l'État du pavillon (Cole et Watts, 2009, n° 2.5) et, contrairement à l'idée du *mare liberum*, la protection des voies commerciales maritimes.

Ainsi, le lien entre le navire et son pays d'origine était très étroit, et la possibilité de faire enregistrer le navire dans un autre État que leur État national n'était pas envisagée par les

[2] *Montijo* (Colombie v. États-Unis d'Amérique), 26 juillet 1857, 33 Journal du droit international (1906) p. 1298; *Boutres de Mascate* (France v. Grande-Bretagne), 8 août 1905, 32 Journal du droit international (1905), p. 1190. Voir aussi *Saiga* (Guinée v. Saint Vincent et les Grenadines), Tribunal du droit de la mer, 1 juillet 1999, §§ 63 et 65.

propriétaires.[3] Aujourd'hui, pour la plupart des États du pavillon qui ont des registres dits « ouverts », les conditions pour enregistrer le navire auprès des autorités étatiques sont peu nombreuses, voire inexistantes, et s'ajoutent à ces avantageuses conditions d'autres considérations relevant par exemple du droit fiscal ou du droit de travail maritime qui intéressent les armateurs.

Néanmoins, pour la plupart des Etats, la nationalité du propriétaire reste le critère le plus important pour l'octroi du pavillon. L'existence dans bon nombre d'ordres juridiques de deux registres, dont un peut être nommé « interne » et l'autre « international », témoigne de cette attitude : dans le registre « interne » sont enregistrés les navires des propriétaires nationaux, tandis que la nationalité du propriétaire n'importe pas dans le registre « international ». En effet, le critère selon lequel l'ITF (*International Transport Workers' Federation*) définit les « registres ouverts » est la possibilité d'y faire enregistrer des navires qui appartiennent à des non-nationaux ou des entités qui ne sont pas incorporées dans l'État du registre (Cole et Watts 2009, n° 3.9; www.itfseafarers.org/what_are_focs.cfm).

Dans l'Union Européenne, les principes de la libre circulation des personnes, des marchandises et des capitaux s'opposent à ce qu'une législation nationale fasse une différence entre des ressortissants nationaux et des ressortissants d'autres États membres. Il faut que des propriétaires de navires ressortissants d'un autre État membre soient traités de la même manière que les propriétaires nationaux. Ainsi, dans les conditions requises pour l'octroi du pavillon dans tous les États de l'Union Européenne, les privilèges pour les nationaux doivent être étendus aux ressortissants de l'UE. C'est ainsi qu'une législation nationale qui poserait des conditions de nationalité aux équipages et capitaines de navires est incompatible avec le droit de l'UE si elle fait une distinction entre les ressortissants nationaux et les ressortissants d'autres États membres (Churchill 1991, p. 591). Néanmoins, même dans ce système de la « communautarisation » des pavillons nationaux dans l'UE, l'importance de la nationalité du propriétaire subsiste : en général, les privilèges ne sont accordés qu'aux ressortissants de l'UE.

France

D'un point de vue historique, la nationalité française n'était accordée qu'à des navires construits en France, appartenant exclusivement à des Français, étant commandés par des officiers français et dont les trois quarts des marins au moins étaient français. La condition de la construction en France a été remplacée par l'acquittement des taxes et des droits en France (Bonassies et Scapel 2010, n° 178), et les conditions tenant à la nationalité de l'équipage ont été abrogées en 2008. Désormais, ce ne sont que le capitaine et son second qui doivent être des Français ou ressortissants de l'UE (art. L-5522-1 du Code des Transports).

Il paraît toujours important que les propriétaires d'un navire soient français pour que celui-ci puisse être francisé. Sous la législation actuelle, art. 219 du Code des Douanes, il faut que le navire appartienne au moins pour moitié à des ressortissants français ou ayant la nationalité d'un État membre de l'UE. Les personnes qui résident sur le territoire français moins de six mois par an doivent quand même déclarer un domicile français. Pour les personnes morales, celles-ci doivent avoir leur siège social en France ou en UE. Si le siège social n'est pas en France, il faut qu'il y ait au moins un établissement stable sur le territoire français capable de diriger et contrôler le navire.

Face au déclin du pavillon français, qui était abandonné par des armateurs au profit des pavillons de pays n'exigeant pas l'emploi de marins français au coût du travail maritime

[3] Voir le cas américain du *Chiquita*, décidé par le U.S. Court of Appeals for the 5th circuit (19 Federal Reporter 2nd 417 (1927)), dans lequel la possibilité d'enregistrer le navire dans un autre État que l'État national du propriétaire n'était pas même envisagée.

français, le pavillon des « Terres Australes et Antarctiques Françaises », dit « pavillon des Kerguelen », a été crée en 1987. Tout en offrant la protection diplomatique française et en conférant le statut de navire francisé, le pavillon permettait d'employer jusqu'à 75% de marins étrangers à bord du navire (Delebecque, 2014, n° 108). En 2005, a été créé le registre international français, un registre encore plus libéral en ce qui concerne l'emploi de marins extra-communautaires et le régime applicable aux contrats de travail à bord. Pour résumer, sur les navires immatriculés dans le registre international français, la législation sociale française ne s'applique aux marins résidant hors de France, tandis que, pour la main d'œuvre française (ou ressortissante de l'UE), l'application des normes du droit social français reste obligatoire (Angelelli, 2006).

L'immatriculation au registre international français peut être demandée si les propriétaires du navire sont français ou ressortissants de l'UE dans une proportion de 35 %. Tout comme pour l'inscription dans le registre français, l'immatriculation du navire au registre international n'est ainsi possible que si les propriétaires de navires sont au moins en partie français ou ressortissants de l'UE. Le registre français international ne représente alors qu'un assouplissement léger de la condition de nationalité du propriétaire.

Allemagne

En Allemagne, l'octroi de la nationalité suit la propriété dans le navire – en général, ce sont les navires qui appartiennent à des propriétaires allemands qui battent le pavillon allemand. Selon la loi allemande sur le droit de battre pavillon allemand (*Flaggenrechtsgesetz,* FlaggRG), tout navire qui appartient à un allemand ou à une personne domiciliée en Allemagne a, selon l'article § 1 I FlaggRG, l'obligation de battre pavillon allemand. Cette obligation pour les armateurs et propriétaires allemands a des origines historiques et reflète surtout la volonté de l'État de rétablir la flotte de la marine marchande allemande après la deuxième guerre mondiale (Nöll, 2012, p. 93). La loi connaît des exceptions, permettant aux armateurs allemands de choisir un autre pavillon suite à un affrètement coque nue à un affréteur à l'étranger, et qui sont de plus en plus utilisées.

L'article § 1 II FlaggRG évoque une réglementation pour les sociétés, qui sont considérées comme sociétés allemandes si les sociétaires sont allemands ou majoritairement allemands. Afin de respecter le droit européen, les ressortissants de l'UE ou les sociétés légalement établies dans un État membre ont aussi le droit d'immatriculer leurs navires dans le registre allemand. Vu que ni le droit international ni le droit communautaire n'interdisent à un État de discriminer ses propres nationaux, les armateurs allemands sont toujours soumis à l'obligation de faire battre à leurs navires le pavillon allemand (Nöll, 2012, p. 97).

Un registre international allemand a été créé en 1989. Sur les navires immatriculés dans ce registre international, les marins qui ne sont pas ressortissants de l'UE peuvent être embauchés sous la législation sociale de leur pays d'origine ou d'un autre pays. Pour les marins allemands ou ressortissants de l'UE, l'application du droit de travail maritime allemand reste obligatoire.

L'enregistrement dans ce « second » registre n'a pas d'effet sur le statut du navire, qui jouit de tous les privilèges du pavillon allemand, sauf pour le droit social applicable à la main d'œuvre. La constitutionnalité de cette scission du droit social à bord d'un même navire a été mise en question (Bemm et Eiseman, 1997, § 630 Anh I, n° 213) mais a ultérieurement été confirmée par la cour constitutionnelle allemande.[4]

L'immatriculation dans le registre international allemand ne représente qu'une immatriculation supplémentaire et volontaire pour les navires déjà inscrits au registre

[4] Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht)*, jugement 10.01.1995, 1 BvF 1/90.

allemand, et ne peut être demandée que par les propriétaires de navires allemands ou ressortissants de l'UE.

Royaume-Uni

En droit anglais, en l'occurrence le *British Merchant Shipping Act* 1995 (s.1(1)), un navire est considéré comme britannique s'il est enregistré en accord avec cette législation. Selon la toute première législation dans la matière, le *Merchant Shipping Act* de 1894, un navire britannique était un navire appartenant « entièrement » à des ressortissants britanniques (s.1(1) et (2)), et le propriétaire, comme en droit allemand d'aujourd'hui, était tenu d'enregistrer le navire auprès du registre britannique (Osborne et al., 2017, n° 2.3.4). Il semble quand même que le droit anglais ait fait assez tôt une différence entre l'immatriculation et la « vraie » nationalité. En 1883, dans le cas *Chartered Mercantile Bank of India v. Netherlands Steam Navigation Co. Ltd*[5], la cour a considéré qu'une inscription au registre néerlandais n'était pas constitutive de la nationalité néerlandaise et a traité le navire en question comme navire britannique, parce que ses propriétaires et gérants étaient britanniques et qu'il était géré pour le bénéfice de ressortissants britanniques.

La loi de 1995 fait le raisonnement inverse : un navire est britannique s'il est enregistré dans le registre britannique, et le droit de faire enregistrer un navire appartient à toute personne « ayant la qualité de pouvoir posséder des navires britanniques ». Cette condition est encore étroitement liée à la propriété du navire, la condition normale étant que le propriétaire doit être un ressortissant britannique ou une société britannique, ou ressortissant de l'UE, ou un ressortissant d'un territoire associé à la Grande-Bretagne.

Dans le Royaume-Uni, il y a certains territoires d'outre-mer et des Dépendances de la Couronne (*Crown Dependencies*)[6] qui possèdent leur propre registre, comme, pour citer les plus importants, les registres de l'Ile de Man, des Bermudes, de Gibraltar et des îles Caïmans. Le Royaume-Uni représente ces registres, dits registres du « Pavillon rouge » (*Red Ensign*) auprès de l'Organisation Maritime Internationale des Nations Unies, et garantit le respect par ces registres des conventions internationales. Cependant, les législations de certains territoires et Dépendances de la Couronne quant aux conditions d'immatriculation de navires sont beaucoup plus libérales que celle du Royaume-Uni. Le registre de Gibraltar, par exemple, permet à toute société maritime étrangère d'y immatriculer ses navires[7]. Les pavillons du "*Red Ensign Group*" jouissent des mêmes privilèges que le pavillon britannique et sont soumis au même contrôle.

Conclusion

Malgré toutes les différences historiques et juridiques, les solutions française, allemande et britannique quant à l'immatriculation des navires ne diffèrent que dans les détails. L'octroi du pavillon propre est d'abord réservé à des propriétaires ressortissants du pays ou de l'UE avec, pour la France et le Royaume-Uni, quelques assouplissements dans les régimes des pavillons internationaux. En général, la nationalité du navire suit la nationalité et, par suite, le siège social de la société propriétaire.

La propriété et le moment de la naissance du navire

Outre la question de la nationalité, les navires et leurs propriétaires jouissent à plusieurs égards d'un statut privilégié ou spécial comme, par exemple, en ce qui concerne la limitation de responsabilité pour les créances maritimes ou le régime particulier qui est créé en droit

[5] (1883) 10 Law Reports, Queen's Bench Division 521.
[6] NdE : ensemble constitué par l'Île de Man et les bailliages de Jersey et Guernesey.
[7] 1995 Gibraltar Merchant Shipping (Registration) Act, s. 7 (3) (b) (ii).

international pour les abordages en mer (Rémond-Gouilloud 1993, p. 47). En outre, beaucoup de pays accordent des privilèges de droit fiscal aux armateurs ou propriétaires de navires. La question de savoir ce qu'est un « navire » est ainsi d'une importance considérable. Se pose donc la question du statut des constructions navales et du moment où le navire acquiert son caractère de navire, un problème qui est traité de manière assez différente selon les États.

France

Certaines particularités du droit maritime, telles que la limitation de responsabilité ou les hypothèques maritimes, peuvent aussi être appliquées à des navires non pas encore francisés, mais navigables. Ainsi, lors d'un essai, le chantier naval qui n'a pas encore délivré le navire à son client pourrait agir comme propriétaire du navire et invoquer la limitation de responsabilité (Besse 1958, p. 579). Certaines règles, surtout les règles de sécurité, peuvent s'appliquer dès la pose de la quille (Bonassies et Scapel 2010, n° 159, note de bas de page 18). Néanmoins, il apparaît qu'il s'agit ici de réponses pragmatiques à des questions isolées et que le statut du « navire » n'est acquis qu'au moment de la francisation.

Allemagne

En Allemagne, le statut de « navire » n'est acquis qu'avec la finalisation de tous les travaux sur le bateau. Cela résulte de la législation concernant les droits de propriété dans les navires et l'immatriculation (*Schiffsrechtegesetz* et *Schiffsregisterordnung*), qui fait référence à ce moment pour s'exprimer sur le statut des hypothèques maritimes sur le navire en construction[8]. La finalisation étant une déclaration officielle du chantier envers les autorités du registre (§ 71 SchRegO), la solution allemande peut être rapprochée de la solution française, les deux juridictions exigeant que le navire soit dans un état physique navigable et fasse l'objet d'une déclaration officielle. En Allemagne aussi, certaines règles du droit maritime peuvent s'appliquer à des constructions navales mises à l'eau, mais pas encore finalisées (Rabe, 2000, Einf n° 8).

Le droit allemand connaît la possibilité de faire enregistrer des navires en construction, mais seulement dans le but de faire publier une hypothèque maritime sur eux. L'immatriculation peut être faite sur les constructions mises en chantier et marquées par un signalement qui n'est pas susceptible de changement jusqu'à la mise à l'eau du navire (§ 76 II SchRG).

Royaume-Uni

En droit anglais, le moment où le navire acquiert son statut de « navire » n'est pas clairement défini. Il n'y a pas de textes législatifs qui permettraient des conclusions par rapport aux conditions devant être remplies pour que le navire soit un navire, et la jurisprudence est très limitée. Le cas de l'*Andalusian*[9], un bateau en cours de construction qui avait endommagé, pendant sa mise à l'eau, un autre navire est éclairant. L'*Andalusian* était loin d'être achevé – la coque était complète, mais il n'avait ni machines, ni d'autres moyens de propulsion. Il n'avait pas encore été mesuré par l'autorité compétente afin de savoir quelle était sa jauge. Le tribunal, dans sa décision, a expliqué que le propriétaire de l'*Andalusian* ne pouvait pas invoquer la limitation de responsabilité, pour la raison technique que l'on ne connaissait pas la jauge exacte du navire et donc que l'on ne pouvait pas calculer le montant de limitation de responsabilité. Selon les dires du tribunal, les juges étaient d'avis que l'*Andalusian* était un navire et que c'était uniquement pour des raisons formelles que l'argumentation du propriétaire n'était pas retenue (Rainey, 2013, p. 59). Néanmoins, le cas considérait les conditions très spécifiques de la législation concernant la limitation de responsabilité. Dans

[8] §§ 81 SchRG, 72 SchRegO.
[9] (1878) Law Reports, 3 Probate Division 182.

d'autres cas, un engin dont la construction n'était pas achevée mais qui était capable de flotter et qui a été mis à l'eau a pu être considéré un navire.

Conclusion

Les approches différentes et l'absence de certitude quant à l'acquisition du statut de « navire » peuvent mener à de graves problèmes non pas seulement en droit national, mais aussi en droit international privé, si le statut d'un navire qui vient d'être mis à l'eau est contesté devant un tribunal étranger.

Abandon et autres pertes de la propriété

En raison du caractère mobile des navires, il est important d'analyser les conditions sous lesquelles les États considèrent la perte de la propriété des navires.

En général, il est important de noter que la souveraineté d'un État sur les navires existe en parallèle avec la propriété, et l'on peut se demander si la perte de la souveraineté de l'État du pavillon, surtout ce qui concerne les épaves, s'éteint avec la perte de la propriété privée (Vigni, 2012, p. 283). D'un côté, s'il n'y a plus d'État du pavillon qui puisse garantir la propriété, il sera difficile pour le propriétaire de faire valoir ses droits sur l'épave, mais il n'est pas exclu, d'un autre côté, que l'État côtier se considère comme propriétaire des épaves. Il ne paraît pas possible de nier complètement la propriété privée des épaves même très anciennes, si le propriétaire peut toujours être identifié (Vigni, 2012, p. 297). Le problème de la valeur culturelle d'épaves historiques est à distinguer de la propriété privée des navires et est hors du champ de cette contribution.

En droit international, la CNUDM ou les autres textes du droit international n'énoncent pas les conditions selon lesquelles l'État du pavillon a le droit ou même l'obligation de retirer la nationalité d'un navire, après un naufrage ou autrement.

Pour une analyse des règles de droit privé en droit français, allemand et anglais, il faut faire la différence entre des pertes de propriété volontaires, par exemple l'abandon de la propriété d'un navire au terme de sa vie, et les pertes de propriété involontaires. Dans la plupart des cas, la perte involontaire de propriété se produit lorsque le navire est en détresse ou réduit à l'état d'épave, au profit de l'Etat dans la juridiction duquel il se trouve. Les droits nationaux présentés ici ne procèdent à une expropriation que dans des cas très particuliers.

En général, un navire, même très vieux, a toujours une valeur de récupération. Ainsi, les pertes de propriété volontaires ou involontaires ne se produisent que dans les cas où le navire n'est plus utilisé de manière régulière, a eu un accident ou un autre problème. Comme la perte de propriété n'entraîne pas nécessairement la perte des responsabilités, il n'est, dans la plupart des cas, pas possible pour un propriétaire d'abandonner la propriété pour échapper aux responsabilités.

France

En droit français, la propriété d'une épave ne se perd pas du seul fait que le navire devient inaccessible. Le propriétaire du navire reste propriétaire de l'épave. Cela vaut pour les épaves trouvées dans les eaux territoriales françaises, dont les restes et cargaisons seront remis au propriétaire ou à ses héritiers (Bonassies et Scapel 2010, n° 527; Vialard 1983, p. 198).[10]

Les épaves dans les eaux françaises, ou ramenées dans les eaux françaises, et dont les propriétaires ne peuvent pas être identifiés, sont vendues par l'administrateur des affaires

[10] Voir aussi le cas du *CSS Alabama*, coulé dans les eaux françaises près de Cherbourg le 19 juin 1864, et dont la coque et les parts sont considérées comme appartenant aux Etats-Unis, et font l'objet d'un accord entre la France et les États-Unis signé le 3 octobre 1989 à Paris. Toutefois, le *CSS Alabama* était un navire de guerre.

maritimes, et la propriété est alors transférée à l'acquéreur. Pour une épave qui battait un pavillon étranger, la loi de l'État du pavillon peut néanmoins intervenir pour déterminer si la propriété a été perdue ou non.

En droit français, le régime des épaves et le régime des navires abandonnés sont contrastés. Le droit de l'épave est plutôt protecteur du droit du propriétaire (Vialard 1983, p. 198), tandis que le navire abandonné – en mer ou dans un port – est un obstacle créant des coûts et des responsabilités (Tassel 1989, p. 199). Les navires abandonnés sont définis comme des engins flottants présentant un obstacle pour la navigation ou un danger pour l'environnement marin.

Cette différentiation se trouve aussi dans le Code des Transports, qui comporte un chapitre portant sur les navires abandonnés et un autre concernant les épaves. Les deux régimes donnent certaines compétences à l'Administration, dans un esprit de gestion de l'accident et dans le but de faire agir les autorités étatiques pour le bien commun et les intérêts liés, tel que la sureté de navigation ou la protection de l'environnement, mais aussi – de façon peut-être moins marquée – les intérêts privés du propriétaire.

En ce qui concerne les navires abandonnés, le propriétaire peut être déclaré déchu de son droit après un certain temps, s'il a été mis en demeure de récupérer son navire. Dans le régime des navires abandonnés, le sort de la cargaison est distinct du sort du navire.[11]

Le régime des épaves présuppose plutôt que le navire a déjà été sans maître pour une durée de temps importante, bien que l'administration ait toujours la possibilité de déclarer déchu de son droit le propriétaire si l'épave présente un danger (art. L5242-18 du Code des Transports). La possibilité pour l'État de procéder à la vente de l'épave, si le propriétaire ne l'a pas réclamée ou s'il a été déchu de son droit de propriété, est révélatrice de ce que l'épave, contrairement au navire abandonné, a toujours une valeur. Une cargaison faisant partie de l'épave est traitée de manière similaire, certainement en vertu de la considération pragmatique qu'il serait très difficile pour l'Administration de mettre en demeure une multitude de propriétaires de cargaison. L'article 5142-4 sauvegarde quand même le droit de recours des propriétaires de la cargaison contre le transporteur ou l'affréteur.

En ce qui concerne l'abandon du navire, le critère essentiel est la volonté du propriétaire, qui se manifeste dans l'intention de ne plus vouloir exploiter le navire (Le Bihan Guénolé 2006, p. 222). Pour les navires abandonnés dans les ports, il faut que le propriétaire soit mis en demeure de faire cesser l'état d'abandon – il s'agit d'une procédure juridique destinée à garantir le bon fonctionnement des ports.[12]

Allemagne

Le droit allemand est assez réticent à accepter une perte de propriété involontaire. En général, les conditions pour considérer un navire comme « abandonné » sont plutôt restrictives. Un navire, même coulé ou en très mauvais état, peut toujours être un « navire » et l'objet des droits de son propriétaire, sauf si l'on peut constater une volonté d'abandon par le propriétaire (Rabe 2000, Einf. n° 12).

Historiquement, le droit des épaves dans l'Empire allemand était codifié dans une loi de 1874 (*Strandungsordnung*), qui témoigne déjà d'un respect considérable pour les droits du propriétaire. Toute intervention sur une épave n'était autorisée qu'avec l'accord du propriétaire. Les objets flottants et coulés dont le propriétaire était inconnu étaient mis sous la

[11] *Tabare*, TA Montpellier, 10.10.1977 (1978) Droit Maritime Français 1978, 220, 222. Le cas est quand même extraordinaire, parce que la vedette transportait une cargaison de contrebande, susceptible de saisine par les douanes.

[12] Voir Tassel, 1989, p. 198, qui discute l'état de droit avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2010-1307 du 28 octobre 2010.

garde des autorités publiques, qui avaient tout d'abord l'obligation de les garder pour le propriétaire. C'est seulement dans le cas où il était constaté avec certitude qu'il s'agissait de choses sans maître, que les autorités pouvaient disposer des biens, et, le cas échéant, rémunérer les sauveteurs. Ce régime public était de moins en moins utilisé, du fait que la gestion de l'assistance maritime en mer rend de plus en plus rare l'hypothèse que des objets sans maître soient rejetés sur le rivage. Néanmoins, ce n'est qu'en 1990 que la loi a été officiellement abrogée et explicitement remplacée par le droit général, notamment le droit des biens tel qu'il est codifié dans le code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB). L'abolition ne laisse pas de lacunes, car l'enlèvement des épaves et la sécurité de la navigation sont aujourd'hui plutôt des tâches administratives, et parce que l'assistance maritime et le sauvetage sont rémunérés selon les règles du code de commerce (*Handelsgesetzbuch* – HGB) (Beckett et Breuer 1991, p.294).

Ainsi, pour constater une perte de propriété dans une épave selon le droit des biens, en accord avec les dispositions générales de droit allemand, l'abandon est avéré s'il y a eu un acte physique manifestant la volonté de se débarrasser de la chose, le plus souvent lié à la perte de la garde et du contrôle de la chose. Deuxièmement, il faut constater la volonté de perdre la propriété dans la chose qui sera révélée par le comportement du propriétaire (Abraham et Schaps 1978, Vor § 476 n° 49).

Néanmoins, pour les navires immatriculés dans le registre allemand, il faut une volonté d'abandonner la propriété exprimée dans une déclaration faite auprès de l'autorité compétente selon § 7 I SchRG. Le seul fait d'abandonner la possession ne suffit pas (Rabe, 2000, Vor § 734 n° 13). Un navire allemand qui a ainsi été abandonné ne peut être approprié que par le fisc allemand (§ 7 II SchRG).

L'enlèvement des épaves dans l'intérêt de protéger l'environnement et de maintenir libres les voies de navigation est, en droit allemand, une question qui relève uniquement de la compétence de l'État et, ainsi, du droit administratif. Les §§ 24 et suiv. du code fédéral des voies navigables (*Bundeswasserstraßengesetz*) confèrent des compétences correspondantes aux autorités allemandes, sans que l'expropriation du navire ou épave soit prévue dans ce cadre. Ainsi, en ce qui concerne les épaves qui se trouvent dans la mer territoriale allemande, il ne paraît pas que le droit allemand suppose que la propriété soit perdue du fait de l'échouement.

Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, en raison de la position géographique des îles britanniques et du lien très fort entre la population et la mer, le régime des épaves était assez différent des juridictions continentales. Dans le cas des navires échoués sur les côtes britanniques et dans l'espace intertidal, la propriété incombait à la couronne anglaise. Ce principe se trouve dans le droit coutumier et des textes de droit médiéval.

En-deçà de la laisse de basse mer, la compétence pour connaître du sort des épaves ou navires échoués relevait du droit de l'amirauté (et non pas de la *common law*). L'*Admiralty Law* distingue entre *flotsam, jetsam, lagan* et *derelict*. *Flotsam* désigne des choses flottant à l'eau, après un naufrage, *jetsam* désigne des biens jetés à la mer pour alléger le navire, *lagan* désigne des biens jetés à la mer, mais sécurisés et marqués avec une balise pour les récupérer plus tard. *Derelict* représente les choses abandonnées en mer par l'équipage ou le propriétaire, sans espoir de les récupérer. Ainsi qu'il a été dit dans le cas *The Aquila*[13], *derelict* ne veut pas dire qu'il n'y ait plus de propriétaire, mais que le navire a été abandonné par l'équipage à titre définitif. La volonté du propriétaire quant à la garde ou la perte de la propriété ne semble donc

[13] (1789) Law Reports, High Court of Admiralty 37.

pas importante dans la détermination des *derelict* (Williams, 1997, p. 101), et, en général, la classification n'a pas beaucoup d'incidence sur le sort de la propriété dans ces biens. Ayant été récupérés en mer, loin de la portée des administrations côtières, peu de choses empêchent le sauveteur de simplement les garder. Aux XV[e] et XVI[e] siècles, un certain « privilège de l'Amirauté » s'est développé, selon lequel les autorités anglaises revendiquaient 50 % de la valeur pour tout objet se trouvant dans une zone sous juridiction anglaise. En 1836, ce régime a été changé par décret royal, l'objet devenant propriété de la couronne sauf si le propriétaire revendique son bien dans un délai d'un an.

Aujourd'hui, ce principe est répété dans l'article s. 241 du *Merchant Shipping Act* de 1995 (Williams, 1997, p. 95), qui s'applique à toutes les épaves dans les « eaux » du Royaume-Uni. Ainsi la distinction antérieure n'est plus en vigueur. Pour qu'un navire soit une épave dans le sens juridique du terme, il faut quand même que le navire soit « abandonné ».

Ce critère pose plus de problèmes que dans les autres réglementations nationales. Dans le cas *Bradley v H. Newsom and Sons and Co*[14], un bateau à vapeur avait été attaqué par un sous-marin et l'équipage et le capitaine s'étaient vus forcés de quitter le bateau. Le navire n'avait pas coulé et avait été plus tard récupéré par un patrouilleur anglais. Le capitaine, qui avait cru que le navire avait coulé, en avait informé les assureurs qui avaient transmis l'information aux propriétaires de la cargaison. Ceux-là avaient demandé la livraison de leur cargaison et, considérant que le navire avait été abandonné par l'équipage, en déduisaient que le fret (prix du transport) n'était pas dû. Dans sa décision, la cour a considéré que le fait que l'équipage ait été forcé de quitter le navire ne constituait pas un abandon car c'était un acte contraint par la nécessité.

Les navires qui reposent sur le fond de la mer, hors de la portée des équipages, sont le plus souvent *derelict*. On peut néanmoins considérer qu'avec le développement technique, un navire coulé mais qui est susceptible d'être récupéré pourrait aussi ne pas être une épave si le propriétaire a l'intention de la sauver. Cela se voit dans le cas *The Cargo Ex Schiller*[15], concernant un navire coulé dont certaines parties de la cargaison avaient été récupérées par des plongeurs. Dans ce cas, la cour a considéré que le navire avait été *derelict*, mais que le propriétaire avait pu reconfirmer ses droits de propriété en retrouvant le contrôle de ses biens.

Selon l'article s. 236 du *Merchant Shipping Act*, le fait d'avoir trouvé une épave dans les eaux du Royaume-Uni doit être signalé à l'autorité compétente, et le propriétaire a alors la possibilité de la revendiquer. Si la propriété n'est pas revendiquée, c'est la couronne qui acquiert la propriété.

Conclusion

Les trois droits nationaux connaissent l'abandon de la propriété des navires dans des conditions plus ou moins similaires. La France et le Royaume-Uni prévoient dans leurs législations la possibilité d'exproprier un propriétaire de navire coulé dans les eaux territoriales, beaucoup plus aisément au Royaume-Uni qu'en France. En France, le but de cette expropriation est uniquement de combattre le danger pour l'environnement marin ou la sécurité de la navigation. Même si les régimes concernant les épaves d'un côté et les navires abandonnés de l'autre côté sont à différencier, ils sont très similaires dans les moyens proposés et visent à la protection des intérêts du bien commun. Au Royaume-Uni, historiquement, mais aussi suivant la lecture du *Merchant Shipping Act*, les prérogatives de l'État servent à distribuer des biens précieux. En Allemagne, cette expropriation est plus difficile. Le droit allemand s'oriente plutôt vers des moyens du droit administratif pour garantir la sauvegarde de la sécurité maritime et l'environnement marin.

[14] (1919) Law Reports, Appeal Cases 16.
[15] (1877) 2 Law Reports, Probate Division 145.

Les hypothèques et privilèges maritimes

Même si le navire est un meuble, il peut être grevé de droits réels qui rappellent plutôt les principes du droit immobilier – les hypothèques maritimes et les privilèges maritimes. Les trois droits nationaux discutés ici en viennent à des solutions similaires, ce qui peut surprendre étant donné les différences importantes entre les systèmes de droit civil comme ceux de la France et de l'Allemagne d'une part, et la *common law* du droit anglais d'autre part.

La question de savoir si la propriété dans les navires peut être grevée ou chargée au bénéfice des tiers, d'un droit réel permettant la saisine du bâtiment est, ici encore, révélatrice du statut spécial des navires. Il s'agit de meubles, mais de meubles de très haute valeur, et leur capacité à quitter un port et la zone de juridiction d'un Etat en l'espace de quelques heures mène à la nécessité d'établir des sécurités réelles qui vont aider les créanciers à faire valoir leurs droits.

La sécurisation de la position des créanciers est au cœur du droit des hypothèques et privilèges maritimes. Une reconnaissance internationale des droits réels sur le navire, qui aurait pu contribuer à un commerce mondial plus facile, n'a été envisagée que très tard dans l'histoire du droit maritime, par les Conventions de 1926 et de 1967. Mais la première convention internationale qui a pu entrer en vigueur sur le plan international est la Convention de 1993 sur les privilèges et hypothèques maritimes[16]. Encore celle-ci n'est-elle entrée en vigueur qu'en 2004, et ne compte en 2015 que 18 États parties. La convention a été ratifiée par l'Allemagne, mais ni la France ni le Royaume-Uni ne sont des États contractants.

En résumé, le texte astreint les États parties à reconnaître et exécuter des hypothèques et privilèges maritimes créés dans d'autres États contractants, sans avoir un effet sur les règles nationales selon lesquelles ces charges sont créées. La Convention ne contient pas de définition de ce qu'est une hypothèque maritime (Czerwenka, 1994, p. 215). En ce qui concerne les privilèges maritimes, le texte fait preuve d'une certaine volonté d'harmonisation en nommant les créanciers privilégiés qui peuvent se prévaloir d'un privilège maritime, tout en interdisant aux États contractants de créer d'autres privilèges qui auraient la priorité sur les hypothèques maritimes (art. 6). Même la création de privilèges nationaux qui n'ont pas la priorité sur les hypothèques maritimes est restreinte et soumise à des règles uniformes quant à leur extinction et leur prescription. Vu que l'immatriculation des droits réels des tiers peut donner une publicité à leurs droits sur le navire, les registres nationaux servent aussi à la protection des créanciers (Cole et Watts, 2009, n° 1.24).

La distinction entre les hypothèques et les privilèges maritimes, instruments particuliers du droit maritime qui se distinguent des droits réels du droit commun est connue des droits allemand, français et anglais. Avant de se tourner vers une comparaison de la création et les voies d'exécution des droits réels sur les navires, on peut déjà constater que les différences entre les juridictions françaises, allemandes et anglaises sont beaucoup moins grandes qu'on ne pourrait le penser. Le caractère international du commerce maritime et les sources très similaires des hypothèques maritimes ont conduit à une uniformité des instruments légaux (Bonassies 1965, p. 592), à laquelle on ne s'attend pas dans le droit des biens.

Les trois droits, tout comme bon nombre d'autres droits nationaux, connaissent la différence entre une « hypothèque maritime », un « vrai » droit réel susceptible d'être inscrit dans un registre, et un « privilège maritime », un droit de gage préférentiel accordé à un créancier privilégié qui a contribué à l'opération du navire. Les hypothèques maritimes, ainsi, sont créées suite à un accord entre le propriétaire du navire et une autre personne, tandis que les privilèges maritimes naissent d'une situation de fait, et sans l'accord du propriétaire.

[16] United Nations Treaty Series Vol. 2276 I-40538 (texte français)

France

En ce qui concerne les hypothèques maritimes, celles-ci ont été introduites en droit français par une loi de 1874, à une époque où le développement des grandes constructions de navires en métal rendait nécessaire la sécurisation du financement. La loi de 1967 qui la réforma régit les hypothèques maritimes. Elle a été codifiée dans les dispositions du Code des Douanes (art. 241 – 252).

L'hypothèque maritime est inscrite, en France, dans un registre spécial (Bonassies et Scapel 2010, n° 551) et n'apparaît donc pas sur la fiche d'immatriculation. L'hypothèque n'a pas d'effet perpétuel. Selon l'art. 248 du Code des Douanes, elle est créée pour dix ans mais peut être renouvelée.

La subrogation réelle, par laquelle le créancier hypothécaire obtient le droit aux indemnités et à l'assurance si le navire est perdu ou avarié, n'a été introduite dans le droit français qu'en 1967. Néanmoins, la subrogation ne s'étend pas au fret et aux sommes assimilées, ni à la rémunération due pour l'assistance maritime gagnée par le navire.

L'hypothèque maritime peut être créée sur une construction navale, à condition qu'elle soit publiée dans les conditions prévues par les textes. L'hypothèque doit obligatoirement être publiée, ce qui la rend opposable aux tiers. Néanmoins, elle peut être établie par acte sous seing privé.

L'hypothèque maritime donne au créancier le droit de saisir le navire. En tant que droit réel, l'hypothèque pèse sur le navire même dans l'hypothèse où le propriétaire vend celui-ci. Afin de rendre possible l'acquisition du navire hypothéqué, le droit français connaît la procédure de purge, par laquelle l'acquéreur offre d'acquitter les dettes hypothécaires jusqu'à concurrence du prix d'acquisition. Si les créanciers hypothécaires refusent, ils doivent requérir la mise aux enchères du navire.

L'hypothèque maritime donne un droit de préférence au créancier, le droit de voir sa créance payée par les produits de la vente du navire, avant tout autre créancier non hypothécaire, et sans que sa créance rentre dans le concours.

En droit français, aucun texte n'interdit la création d'autres sûretés maritimes (Piette 2013, p.5). La possibilité de la fiducie-sûreté appliquée aux navires, et ses conséquences pour les droits du constituant, peut ainsi être discutée (Piette 2013, p.7 et suiv.). Il serait en théorie aussi possible de créer un droit de gage sur les navires, bien que l'importance pratique d'un droit qui présuppose la possession du navire est presque inexistante en raison de la possibilité de l'hypothèque (Delebecque, 2014, n° 187).

Mais, en droit français tout comme dans les autres droits étudiés ici, les créanciers hypothécaires sont primés par les créanciers des privilèges maritimes « de premier rang ». Ces privilèges maritimes sont des droits accordés à des créanciers privilégiés, en majorité des personnes qui ont contribué à la gestion du navire. En droit français, les frais qui donnent lieu à un privilège maritime sont énumérés dans les articles L-5114-7 et suivants du Code des Transports, en accord avec ce qui était prévu dans la Convention Internationale de 1926 sur les hypothèques et privilèges maritimes. Il s'agit des frais encourus suite à la vente judiciaire du navire, des salaires et cotisations sociales de l'équipage, des créances d'assistance et d'avarie commune, et des créances dites de "responsabilité", contractuelles et extra-contractuelles, qui résultent des accidents causés par le navire. La sixième catégorie de frais qui donnent lieu à un privilège maritime consiste dans les dépenses engagées par le capitaine pour les besoins réels du navire, catégorie qui, bien sûr, se prête à l'interprétation de ce qu'est un besoin réel. Traditionnellement, les achats de vivres normaux et de combustibles font naître le privilège, tout comme les réparations nécessaires et utiles.

Les privilèges maritimes donnent lieu à un véritable droit de suite, c'est-à-dire que les créanciers peuvent faire valoir leurs droits même si le navire a été vendu à un tiers entre-temps. On voit ainsi que la propriété du navire est grevée par le privilège (Bonassies et Scapel 2010, n° 582). En revanche, les privilèges maritimes ne jouent que dans des délais assez courts. En droit français, la péremption des privilèges maritimes est d'un an, et de six mois seulement pour les créances contractées pour les besoins réels du navire. Si les créanciers ne font pas valoir leurs droits au bout de ce délai, le privilège est perdu.

La possibilité de créer sur les navires des privilèges de droit commun, tout comme sur tout autre meuble, est expressément reconnue en droit français (Bonassies et Scapel 2010, n° 156) même si cette hypothèse est extrêmement rare.

Allemagne

L'hypothèque maritime en droit allemand est codifiée dans la loi sur les droits réels dans les navires (*Schiffsrechtegesetz*). Les dispositions reflètent fortement les règles concernant les hypothèques immobilières. L'hypothèque est immatriculée en accord avec le règlement concernant les inscriptions dans le registre (*Schiffsregisterordnung*). En droit allemand, l'hypothèque a un effet perpétuel et va subsister dans le registre jusqu'à ce qu'elle soit effacée suite au règlement de la créance qu'elle sécurise.

Le créancier peut faire valoir l'hypothèque par l'exécution forcée. Le droit allemand ne connaît pas de procédure de purge. L'hypothèque est transférée avec le navire jusqu'à ce que l'obligation à sa base soit exécutée. Tout comme en droit français, le droit allemand connaît la subrogation réelle (§§ 32 et suiv. SchRG), de telle manière que le créancier puisse jouir de l'indemnité ou du montant de remboursement payé par l'assurance.

Le droit allemand est très hostile à la création de droits réels qui ne sont pas expressément prévus par la loi. En ce qui concerne les navires, il est généralement[17] considéré que leur statut spécial s'oppose à la création d'un droit de gage de droit commun sur les navires (Abraham, 1974, p. 62), même si les navires sont des meubles. L'hypothèque maritime reste alors la sécurité la plus importante des créanciers, bien que le nantissement des navires soit possible (Herber 2016, p.118 ; Rabe 2000, Vor § 476 n° 32).

Les privilèges maritimes en droit allemand sont codifiés dans le 5ème livre du Code de Commerce (*Handelsgesetzbuch*, HGB), §§ 596 – 604 (après la réforme du droit maritime allemand en 2013). Le droit allemand suit la conception de la Convention de 1993, que l'Allemagne a ratifiée. La liste des créances privilégiées dans l'article § 596 HGB est exhaustive, il n'y a pas la possibilité de créer un privilège maritime pour une autre créance (Rabe 2000, Vor § 754 n° 1), ni de créer un privilège maritime de droit commun.

En accord avec les dispositions de la Convention de 1993, les privilèges maritimes ne sont créés que pour les salaires et cotisations sociales de l'équipage, les frais publics que le navire a encouru, tels que les frais du port ou de pilotage, les créances de responsabilité qui naissent de l'exploitation du navire y compris la contribution aux avaries communes, et les frais de sauvetage, d'assistance maritime et d'enlèvement des épaves. Le droit allemand a abrogé le privilège maritime pour les créances qui résultent de la perte ou de l'avarie de la cargaison et pour les créances contractées pour les besoins réels du navire. En effet, ce privilège paraît démodé à une époque où les fournisseurs contractent avec les entreprises d'armement par les moyens de communications modernes, et où un navire ne risque plus de ne pas pouvoir continuer son voyage parce que les fournisseurs ne peuvent pas se renseigner sur la solvabilité de son armateur.

[17] Voir quand même Rabe, 2000, Vor § 476 n° 31.

En droit allemand comme en droit français, les privilèges maritimes font l'objet d'un droit de suite et peuvent être invoqués contre le propriétaire du navire, même si ce dernier a été vendu à un tiers. En accord avec les dispositions de la Convention de 1993, la prescription des privilèges maritimes est d'un an.

Royaume-Uni

Historiquement, en droit anglais, un créancier qui pouvait se prévaloir d'une hypothèque était dans une position très favorable, jusqu'au point où la *common law* considérait que la propriété dans le navire pouvait lui être transférée (Osborne et al., 2017, n° 1.2.4). Ce n'est qu'en *equity* qu'il y avait une *equity of redemption* qui permettait le retransfert de la propriété à l'ancien propriétaire, une fois que l'obligation garantie par l'hypothèque était remplie.

Même si le droit anglais ne connaît presque pas de limites à la création de droits réels sur le navire, jusqu'au point où les différences entre certaines charges sont floues (Osborne et al., 2017, n° 3.1.4 et suiv.), les droits qui peuvent être enregistrés dans le registre sont limités à l'hypothèque (*statutory mortgage*) et à la propriété. Dans la législation de 1984 et 1995 (*Merchant Shipping Act*), il est explicitement confirmé que le créancier ne reçoit que des droits clairement définis, dont le droit de faire vendre le navire si l'obligation garantie n'est pas remplie, et qu'il n'acquiert pas la propriété du navire. Ainsi, le propriétaire du navire peut toujours transférer la propriété, grevée d'une hypothèque, à un tiers, ce qui n'est pas possible sous les hypothèques en *common law* et *equity*.

L'hypothèque maritime susceptible d'être enregistrée est alors soumise à des conditions de forme assez strictes. Il reste la possibilité de créer des hypothèques en *common law* et *equity*, mais la force publique de l'immatriculation n'est conférée qu'à des hypothèques créés sous le *Merchant Shipping Act* (Osborne et al., 2017, n° 3.2.1 et suiv.). Celles-ci ne peuvent prendre que la forme prévue par la loi.

L'enregistrement de l'hypothèque maritime sous le *Merchant Shipping Act* de 1995 est constitutif de la création du droit réel (Bonassies 1965, p.599), donc, il n'y aura pas de *statutory mortgage* sans enregistrement. A l'inverse, l'immatriculation dans le registre fait foi, mais il est possible pour toute personne intéressée de prouver que l'état du registre est faux.

Dans l'exécution des droits du titulaire d'une hypothèque créée sous le *Merchant Shipping Act*, celui-ci va, comme en France et en Allemagne, tout d'abord faire prévaloir son droit de préférence sur les produits de la vente du navire. L'hypothèque ne lui confère pas la propriété du navire.

En droit anglais, sous le *Merchant Shipping Act* de 1995, et contrairement aux droits français et allemand, il n'y a pas la possibilité de créer une hypothèque maritime sur un navire en construction, vu que les navires en construction ne sont pas immatriculés (Bonassies, 1965, p. 599; Osborne et al., 2017, n° 3.10.1 et suiv.). Une hypothèque maritime non enregistrée peut être crée en *common law* ou en *equity* et ressemble alors à une cession des droits sous le contrat de construction navale.

En ce qui concerne les privilèges maritimes en droit anglais, ici encore, les privilèges peuvent être créés sous plusieurs formes. Les privilèges maritimes comparables à ceux du droit français et allemand sont les privilèges dits *"maritime liens",* et la jurisprudence anglaise reconnaît que l'origine du concept d'une espèce de droit de gage sans possession émane du droit civil.[18] Les *"maritime liens"* sont créés pour un ensemble limité de créances, qui inclut les frais d'assistance maritime et de sauvetage, les créances qui résultent d'un abordage, les salaires de l'équipage et du capitaine, les créances contractées pour les besoins réels du navire, et une dernière catégorie maintenant plutôt obsolète (Bonassies 1965, p.599; Osborne

[18] *The Bold Buccleugh* (1851) 13 English Reports 884.

et al. 2017, n° 10.4.3, note de bas de page 29) : les créances nées de l'emprunt à la grosse du capitaine sur le navire (*bottomry bond*) ou de l'emprunt sur les marchandises pour le coût du transbordement *(respondentia loan)*. Ces privilèges maritimes font l'objet d'un droit de suite et peuvent être invoqués contre les propriétaires successifs du navire même après une vente.

Pour certains frais publics encourus par les navires, le droit anglais prévoit la création d'un *statutory lien*, qui peut être invoqué envers le propriétaire du navire mais qui ne fait pas l'objet d'un droit de suite (Osborne et al., 2017, n° 10.5.3).

Le *"maritime lien"* en droit anglais peut être invoqué beaucoup plus longtemps que les privilèges maritimes en droit français et allemand, en accord avec les dispositions de prescription qui s'appliquent à l'obligation qui a donné lieu au *"maritime lien"*. La prescription pour les créances de salaire de l'équipage, et pour les créances contractées pour les besoins réels du navire, par exemple, est de six ans comme pour toute autre obligation contractuelle (Limitation Act 1980, s. 5). Ce n'est que pour les créances qui résultent d'un abordage ou du sauvetage que le délai de prescription du *Merchant Shipping Act* s'applique. Il est de deux ans.

Conclusion

De manière surprenante, en ce qui concerne les droits réels sur le navire, les trois droits français, allemand et anglais s'entendent sur ce qu'est une hypothèque maritime et les droits qu'elle confère au créancier. Les hypothèques inscrites dans les registres nationaux prennent ainsi une forme qui est tout à fait comparable. Les différences ne se trouvent que dans la question de la foi publique, la force du registre, par exemple et, par ailleurs, le droit français présente un certain particularisme en ce que l'hypothèque maritime n'est créée que pour dix ans.

Néanmoins, il y a d'importantes différences en ce qui concerne la création d'intérêts légaux ou droits réels qui ne prennent pas la forme d'une hypothèque enregistrée. En droit allemand, il est quasiment impossible de créer une autre forme de sécurité que celles prévues par la législation spéciale applicable aux navires, et il est douteux que l'on puisse créer un simple droit de gage comme pour tout autre meuble. Le droit français est moins strict à cet égard, la création de droits réel étant possible en théorie, même si cela n'est pas effectif. Le droit anglais, qui ne connaît presque pas de restrictions à la création de droits réels, fait toujours usage d'une hypothèque non enregistrée pour sécuriser des intérêts dans les constructions navales. Néanmoins, suite à la valeur de la foi dans le registre, les hypothèques enregistrées ont bien sûr la plus grande importance en pratique.

En ce qui concerne les privilèges maritimes, les trois droits ont des approches assez similaires concernant la nature des privilèges maritimes et les solutions pratiques, même si les différences sont plus grandes qu'à l'égard des hypothèques. La différence principale consiste dans la liste des créanciers qui se voient conférés un privilège maritime ; en Allemagne, les privilèges des fournisseurs des besoins réels du navire et des propriétaires de la cargaison ont été abrogés. En ce qui concerne la prescription, le droit anglais prévoit des délais beaucoup plus longs que le droit français et allemand.

Conclusion

Le concept de propriété privée est fondamental en droit maritime comme en droit de la mer. En effet, c'est par lui qu'un Etat soumet un navire à son ordre juridique. La propriété est le critère crucial pour la détermination du pavillon et elle est le lien entre le navire comme meuble et le propriétaire comme entité responsable. La propriété est un concept solidement établi dans les trois droits présentés ici, et ses conséquences sont si évidentes qu'elles ne sont

quasiment jamais remises en question. Cela est peut-être révélateur des nécessités du commerce international. Les ordres juridiques que nous avons considérés arrivent en effet à des résultats très similaires, même si les voies et la théorie juridique qui y mènent sont souvent très différentes.

Bibliographie

Abraham H. J. (1974) *Das Seerecht: ein Grundriß mit Hinweisen auf die Sonderrechte anderer Verkehrsmittel*, Walter de Gruyter, Berlin.

Abraham H. J. et Schaps G. (1978) *Das Seerecht in der Bundesrepublik Deutschland*, Walter de Gruyter, Berlin, 4e édition.

Angelelli P. (2006) « Le registre international français (R.I.F.) : les premiers mois à Marseille », *Le Droit Maritime Français*, 41, p.755-774.

Beckert E. et Breuer G. (1991) *Öffentliches Seerecht*, Walter de Gruyter, Berlin.

Bemm W., Eiseman H., Boldt G., Gehring H., Corts J., Recken H. et Röhsler W. (1997) *Das Bürgerliche Gesetzbuch – Kommentar*, Walter de Gruyter, Berlin.

Besse A. (1958) « De la responsabilité résultant des dommages causés ou subis par le navire en construction ou en réparation », *Le Droit Maritime Français*, 10, p.575-580.

Bonassies P. (1965) « Les hypothèques et privilèges maritimes en droit anglais et en droit américain », *Le Droit Maritime Français*, 17, p.592-607.

Bonassies P. et Scapel Ch. (2010) *Droit maritime*, LGDJ, Paris, 2e édition.

Chaumette P. (1996) « La francisation à l'épreuve du droit communautaire », *Le Droit Maritime Français*, 48, p.1091-1107.

Churchill R. (1991) "European Community Law and the Nationality of Ships and Crews", *European Transport Law*, 26, p.591-617.

Cogliati-Bantz V. (2010) "Disentangling the 'Genuine Link': Enquiries in Sea, Air and Space Law", *Nordic Journal of International Law*, 79, p.383-399.

Cole R. et Watts E. (2009) *Ship Registration: Law and Practice*, Informa, Londres, 2e édition.

Czerwenka B. (1994) *Internationales Übereinkommen von 1993 über Schiffsgläubigerrechte und Schiffshypotheken,* Transportrecht, p.213-227.

Delebecque P. (2014) *Droit maritime*, Dalloz, Paris, 13e édition.

Grotewold Ch. (1914) *Die deutsche Schifffahrt in Wirtschaft und Recht*, Europäischer Hochschulverlag, Bremen, réimpression 2012.

Gautier P. (2007) « L'État du pavillon et la protection des intérêts liés au navire », in Cohen (Ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international – Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Koninklijke Brill, Leiden, p.717-745.

Herber R. (2016) *Seehandelsrecht: Systematische Darstellung*, Walter de Gruyter, Berlin.

Kamto M. (2003) « La nationalité des navires en droit international » in Coussirat-Coustère, Daudet, Dupuy, Eisemann, Voelckel (Eds.) *La mer et son droit – Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Pedone, Paris, p.343-373.

Le Bihan Guénolé M. (2006) « La fin du navire », *Le Droit Maritime Français*, 58, p.446-456.

Münch I. (1979) "Der diplomatische Schutz für Schiffe", in Ipsen, Necker (Eds.) *Recht über See – Festschrift für Rolf Stödter zum 70. Geburtstag*, R. v. Decker's Verlag, Heidelberg, p.231-250.

Nöll H.-H. (1980) "Staatsangehörigkeit von Schiffen unter billiger Flagge"*, Neue Juristische Wochenschrift*, p.1998-1999.

Nöll H.-H. (2012) "60 Jahre Flaggenrechtsgesetz", *Transportrecht*, p.91-99.

Osborne D., Bowtle G., et Buss C. (2017) *The Law of Ship Mortgages*, LLP, Londres, 2e édition.

Piette G. (2013) « La fiducie maritime: Réflexions sur l'opportunité de la fiducie sur navires », *Le Droit Maritime Français*, 65, p.3-16.

Rabe D. (2000) *Seehandelsrecht*, C. H. Beck, München, 4e édition.

Rainey S. (2013) "What is a 'ship' under the 1952 Arrest Convention?" *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, p.50-85.

Rémond-Gouilloud M. (1993) *Droit maritime*, Pedone, Paris, 2e édition.

Tassel Y. (1989) « Des navires et engins flottants abandonnés dans les eaux territoriales et les eaux intérieures – Loi du 3 juillet 1985 », *Annuaire de droit maritime et aéro-spatial*, p.198-208.

Vialard A. (1983) « Le droit de propriété privée dans le nouveau régime des épaves », *Annuaire de droit maritime et aérien*, 7, p.197-208.

Vigni P. (2012) "Historic Shipwrecks and the Limits of the Flag State Exclusive Rights", in Borelli et Lenzerini (Eds.) *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity*, Martinus Nijhoff, Leiden, p.279-299.

Williams M. V. (1997) « Histoire du droit des épaves en Angleterre (1) », *Annuaire de droit maritime et océanique*, 71, p.93-117.

ITQs, rent distribution and local communities, Icelandic experiences[1]

Thórólfur Matthiasson

Professeur d'économie, The University of Iceland, Reykjavik
totimatt@hi.is

Résumé

L'Islande a introduit le système de quotas individuels transférables à titre expérimental dans ses pêcheries en 1984. Ce système est devenu permanent pour les bateaux de pêche professionnelle les plus importants en 1991, alors que la pêche récréative est restée soumise à un quota global jusqu'en 2001. Cette contribution dresse le tableau des changements qui se sont produits sur la période, en matière de répartition des quotas par entreprise et par bateau.

Abstract

Iceland introduced Individual Transferable Quotas as an experiment in her fisheries in 1984. The ITQ system was made permanent for the larger, commercial vessels in 1991, leaving the recreational fleet regulated by a total quota until 2001. This paper maps the changes that have ensued regarding distribution of quotas by firms and by vessels during the period.

Mots-clés

Aménagement des pêcheries, quotas individuels transférables, rente halieutique, indice de concentration, pêche artisanale, développement des territoires.

Keywords

Fisheries management, individual transferable quotas, fisheries rent, concentration index, small-scale fishing, territorial development.

[1] I would like thank Florent Giry for very able help with data gathering and calculation. Thanks are also due to Sveinn Agnarsson with whom I have discussed the matter a numerous times. Thanks are also due to participants of seminars at the University of Brest and at the University of Iceland for insightful comments and questions that greatly enhanced the quality of the paper. Remaining errors and misconceptions are entirely the responsibility of the author.

Introduction

Catches of cod and other economically important fish stocks dwindeled through out the 1970s and the early 1980s in Iceland. The Marine Research Institute warned that the stocks were about to reach unsustainable levels. Politicians felt that continuation of the favoured regulation (complex set of restrictions on use of inputs) was no longer an option. A provisory system of Individual Transferable Quotas (ITQs) was introduced in 1984. Despite protests and discontent the system was made permanent by the Fishery Management Act of 1990. The management system proved highly successful in containing costs while recovery of stocks was less of a success in the beginning. Same phenomenon was observed by Ralph Townsend in the context of restricted entry, see Townsend (1990). On the ground, cost containing translates into reduction in numbers of vessels in operation. On the processing side, cost containing translates into concatination of existing capacity to exhaust possible economies of scale and scope.

A management change of the scale of the introduction of ITQs to Icelandic fisheries alters the geographical distribution of catches as well as the distribution of economic gains (or losses). In addition the cost savings translated into economic rent and hence, induced both rent seeking and turf-wars.

Important aspects of the Icelandic quota system

The current Icelandic ITQ system applies to 25 different fisheries, which represent about 98 % of landed value (Matthiasson and Agnarsson 2009). The Ministry of Fisheries and Agriculture determines the TAC for each fishery for the next fishing year (September-August). It is then possible for licensed fishing vessels to hold a share of the annual TAC for an indefinite duration. There now exist two different types of licenses, regular-quota licenses and hook-quota licenses, the latter only open to boats smaller than 15 Gross Tonnage (GT). TAC-shares define annual catch entitlements (ACE), which are simply calculated as the product of the TAC-share of one vessel and TAC. Those ACE, expressed in cod-equivalents (as defined by the Icelandic Directorate of Fisheries) correspond to the harvestable amount of fish for the year.

TAC-shares are almost completely transferable between regular-quota license owners or between hook-quota license owners, but cannot cross the boundaries of a given kind of license. However, only half of the ACE of each vessel may be transferred in a single quota-year between vessels of different ownership. TAC-shares are also completely divisible, meaning that any fraction of a given quota may be transferred (Arnason 2005). There is an upper limit on the TAC-shares held by any company or individual, ranging from 12 % to 35 % depending on the species. Moreover, the combined TAC-shares of each firm in all fisheries must not exceed 12 % of the total value of the TAC, measured in cod-equivalents. This ceiling is lowered to 5 % for the hook-quota system.

Development of distribution of quota shares by firms

If the aim of restricting the share of a single firm in quota holdings was to prevent excessive concentration it can hardly be characterized as effective. Table 1 shows that the part of the TAC owned by the largest harvesting firms has been increasing since 1984, as the Directorate of Fisheries recorded. TAC-shares of the largest, the 5 largest and the 10

largest firms have almost tripled since the enforcement of the regular-quotas and the hook-quotas systems.

Table 1 Share of the allocated regular-quotas and hook-quotas owned by the largest harvesting companies in Iceland from 1984 to 2015 (in %)

	Regular-quotas				*Hook-quotas*			
Year	*Largest firm*	*5 largest*	*10 largest*	*25 largest*	*Largest firm*	*5 largest*	*10 largest*	*25 largest*
1984	*4,1*	*13,4*	*21,4*	*38,2*				
1990	*4,3*	*14,0*	*21,9*	*39,2*				
1994-95	*3,5*	*15,5*	*25,3*	*41,3*				
1999-00	*6,5*	*22,5*	*34,8*	*56,1*				
2001-02	*7,3*	*25,7*	*44,1*	*66,5*	*2,0*	*7,0*	*11,8*	*23,1*
2009-10	*10,8*	*33,1*	*55,2*	*79,2*	*4,8*	*17,7*	*29,9*	*52,7*
2014-15	*11,9*	*35,2*	*56,5*	*82,6*	*5,8*	*20,9*	*33,6*	*56,7*

Source: (Matthíasson, Giry, and Agnarsson 2015)

Table 1 shows that concentration of regular quotas by firms have tripled when measured by the share of the largest and the five largest firms from inauguration of the system until the fishing year 2014/2015. Concentration in the hook-quota system also almost trippels measured by the share of the largest and the five largest firms from inauguartion of that system in 2001/2002 until 2014/2015. The speed at which the concentration increases seems to be higher for the system that was introduced more recently. Could be due to learning or due to institutional differences. (Matthíasson, Giry, and Agnarsson 2015) report that concentration of quotas by in the hook-quota system increases much faster than in the regular quota system as measured by the Gini coefficient, cf. also table 2.

Table 2 Gini coefficients[2] for the allocation of regular-quotas and hook-quotas for harvesting companies in the whole country

Year	*Regular-quotas*	*Hook-quotas*
2001	*0,9272*	*0,7675*
2005	*0,9477*	*0,7752*
2010	*0,9409*	*0,8287*
2014	*0,9355*	*0,8401*

Source: (Matthíasson, Giry, and Agnarsson 2015)

The introduction of quotas is intended, by construction, to increase inequality of distribution of fishing rights by firms. After all the system is designed to reduce overcapacity by inducing the scrapping of ineffective units. Owners of ineffective units will be able to gain financially by selling or leasing a right they have been handed. Hence, rights will have a tendency to be collected by operators that are either superior in operating fishing vessels or have easy access to financial markets or both. Hence, the intended consequence of introducing an ITQ system is to reduce number of operators. As that process startes, an increase in inequality of distribution of quotas is to be expected. It then depends on the instituional as well as physical factors wether an equilibrium distribution of quotas by firms is even (all firms alike) or uneven (firms specialized by species of catch and/or area of activity).

[2] For discussion and definition of the Gini coefficient, consult (Johansson and Kriström 2015).

Development of quota shares by harbors

Introduction of quotas will affect distribution of quotas by vessels and firms by construction as pointed out above. The resulting structure of the fishing industry should not be less efficient than the structure in existence prior to the introduction of the quotas. Hence, more value added should be created.

The change in distribution of quotas and catches can affect geographical distribution of catches and quotas. Eythórsson (2000) notes that "some communities have become marginalized as a result of loss of quotas" along with the usual changes induced by change in technology and consumer tastes (paying relatively lower price for products processed in land-based operations). Karlsdóttir (2008) observes that while some communities did gain from the introduction of the ITQ system in Iceland, others have been caught in a vicious circle of dwindling fishing activity and out-migration.

Now, change in the distribution of quotas by vessels and by firms can or can not upset the distribution of quotas by harbor. Table 3 shows the distribution of regular quotas by harbours in the whole of the country as well as by regions.

Table 3 Gini coefficients for the allocation of regular-quotas in fishing harbors

Year	*Whole country*	*South*	*Southern Peninsula*	*Capital region*	*West*	*Westfjords*	*Northwest*	*Northeast*	*East*
1991	*0,6417*	*0,6102*	*0,5384*	*0,6452*	*0,5876*	*0,5916*	*0,5416*	*0,6340*	*0,4636*
1995	*0,6870*	*0,6348*	*0,5378*	*0,7085*	*0,5920*	*0,7201*	*0,5577*	*0,6673*	*0,5290*
2000	*0,7293*	*0,6246*	*0,6306*	*0,6924*	*0,5919*	*0,6821*	*0,6544*	*0,7458*	*0,4930*
2005	*0,7401*	*0,6313*	*0,6928*	*0,7078*	*0,5815*	*0,6714*	*0,6619*	*0,7469*	*0,6020*
2010	*0,7593*	*0,6946*	*0,6983*	*0,7198*	*0,6040*	*0,7237*	*0,6930*	*0,6951*	*0,6259*
2014	0,7917	0,7018	0,7161	0,7886	0,6594	0,7675	0,7257	0,7359	0,7380

Source: (Matthíasson, Giry, and Agnarsson 2015)

Table 3 shows that distribution of regular quotas is considerably more inequal in 2014 than in 1991 as the Gini coefficient has increased from 0,64 to 0,79. Concentration increases also within regions.

Table 4 Gini coefficients for the allocation of hook-quotas in fishing harbors

Year	*Whole country*	*South*	*Southern Peninsula*	*Capital region*	*West*	*Westfjords*	*Northwest*	*Northeast*	*East*
2001	*0,6532*	*0,6799*	*0,5808*	*0,5114*	*0,5255*	*0,6675*	*0,4007*	*0,5686*	*0,4786*
2005	*0,6554*	*0,6941*	*0,6689*	*0,5126*	*0,5597*	*0,5749*	*0,4166*	*0,6231*	*0,3937*
2010	*0,7249*	*0,7384*	*0,7012*	*0,5473*	*0,5441*	*0,6937*	*0,5091*	*0,6293*	*0,5663*
2014	0,7389	0,6053	0,6733	0,6346	0,5799	0,7586	0,6481	0,6705	0,7777

Source: (Matthíasson, Giry, and Agnarsson 2015)

Table 4 shows that distribution of hook-quotas is considerably more inequal in 2014 than in 2001 when the system was inaugurated. Here the development within regions is partially different from that of the country as a whole. When we consider the country as a whole the Gini coefficient increases from 0,65 to 0,74. In the south the distribution becomes more even, but concentation is increased in all other regions.

Conclusion

The regular quota system was made permanent in 1990. Hence, it is interesting to compare the distribution by region for regular quotas in 1991 and hook quotas in 2001. Note that the Gini coefficient is similar for both systems in those early days. Distribution of regular quotas is more equal than distribution of hook quotas in the early days in 5 out of 8 regions. In 2014 the distribution of regular quotas is only more even than distribution of hook-quotas in the East. In the other regions and for the country as a whole the distribution of regular quotas is less equal than that of the hook-quotas. It is interesting to note that number of small vessels has been reduced by 18% from 2001 to 2014 (were 1.057 in 2001 but were 863 in 2014). Number of bigger vessels was reduced by 17% from the time the quota was mede permanent (were 990 in 1991 but only 821 in 2014). Interestingly, similar reduction in number of vessels results in different pattern of concentration for the two types of quotas.

References

Arnason, Ragnar. 2005. "Property Rights in Fisheries: Iceland's Experience with ITQs." *Reviews in Fish Biology and Fisheries* 15 (3). Kluwer Academic Publishers: 243–64. doi:10.1007/s11160-005-5139-6.

Eythórsson, Einar. 2000. "A Decade of ITQ-Management in Icelandic Fisheries: Consolidation Without Consensus." *Marine Policy* 24 (6): 483–92. doi:10.1016/S0308-597X(00)00021-X.

Johansson, P O, and B Kriström. 2016. *Cost-Benefit Analysis for Project Appraisal*. Cambridge University Press.

Karlsdóttir, A. 2008. *Not Sure About the Shore! Transformation Effects of Individual Transferable Quotas on Iceland's Fishing Economy and Communities*. Enclosing the Fisheries: People.

Matthiasson, T, and S Agnarsson. 2009. "Property Rights in Icelandic Fisheries." *Handbook of Marine Fisheries ….*

Matthíasson, Þórólfur, Florent Giry, and Sveinn Agnarsson. 2015. "Individual Transferable Quotas Allocation in Icelandic Fisheries: a Community-Oriented Inequality Analysis."

Townsend, Ralph. 1990. "Entry Restrictions in the Fishery: a Survey of the Evidence." *Land Economics* 66 (4): 359–78.

Vers une patrimonialisation des droits de pêche

Olivier Curtil

Maître de conférences de droit public
UMR 6308 AMURE, Université de Bretagne Occidentale
olivier.curtil@univ-brest.fr

Résumé

Le droit français fait des ressources halieutiques un patrimoine collectif et organise la gestion et la conservation de celui-ci. Cette contribution présente, dans une première partie, le système français d'attribution de droits sur ce patrimoine. La deuxième partie est une analyse juridique du système de patrimonialisation. L'auteur s'interroge en particulier sur la nature des « antériorités » qui fondent les droits de pêche et peuvent se transmettre alors que la loi française prohibe le transfert des droits de pêche.

Abstract

French law considers fish resources as a common heritage, and organizes their management and conservation. In the first part of this paper, we present the French system of allocation of fishing rights. In the second part, we propose a legal analysis of the mechanism leading to a private appropriation of fishing rights. More specifically, we consider the nature of so-called grandfathering clauses, which form the basis of fishing rights and may be transferred notwithstanding the legal ban on transferability of fishing rights.

Mots-clés

Droit français, pêche, patrimonialisation, système des antériorités, transfert des droits.

Keywords

French Law, fishing industry, private appropriation of rights, grandfathering, transferability of rights.

Introduction

La loi française[1] fixe les principes de la patrimonialisation collective des ressources halieutiques auxquelles la France accède et de l'incessibilité des droits de pêche (de leur caractère extra-patrimonial). A l'évidence, ces principes, par leur refus de reconnaitre les droits à produire comme partie intégrante de l'actif de l'exploitation de pêche, tendent à nier la réalité économique de l'entreprise. Cet inconvénient notable est, de fait, grandement réduit

[1] Article L911-2 C. rur., reprenant l'énoncé de l'article 1er de la loi n° 97-1051 du 18 novembre 1997 d'orientation sur la pêche maritime et les cultures marines (JORF n°268 du 19 novembre 1997, p. 16723) : « La politique des pêches maritimes, de l'aquaculture marine et des activités halio-alimentaires a pour objectifs, en conformité avec les principes et les règles de la politique commune des pêches et dans le respect des engagements internationaux :
1° De permettre d'exploiter durablement et de valoriser le patrimoine collectif que constituent les ressources halieutiques auxquelles la France accède, tant dans ses eaux sous juridiction ou souveraineté que dans les autres eaux où elle dispose de droits de pêche en vertu d'accords internationaux ou dans les zones de haute mer (…) »

par la pratique institutionnelle. L'analyse des mécanismes de gestion des droits de pêche placés sous le contrôle de l'autorité administrative permet de conclure à l'existence d'un indubitable mouvement de patrimonialisation « privée » de ces droits[2] par le recours à un subterfuge et sans que jamais ne soit remis en cause le principe fondateur de la loi de 1997.

L'attribution ou le renouvellement des droits de pêche repose en grande partie sur la reconnaissance des « antériorités » des producteurs, un système fondé sur le calcul des captures cumulées de chaque producteur durant une période donnée (I). Or, la patrimonialisation des droits résulte essentiellement de l'instauration d'un dispositif permettant le transfert, entre producteurs, des antériorités ainsi constituées (II). Incidemment, le développement de ce curieux processus doit beaucoup à l'imagination créatrice de l'autorité publique.

I - Critères d'attribution de droits issus d'un patrimoine collectif

Le principe de la patrimonialisation collective des ressources halieutiques s'accompagne d'un système d'attribution des droits de pêche fondé sur plusieurs critères. Celui relatif aux antériorités des producteurs joue un rôle déterminant.

A – Les ressources halieutiques : un patrimoine collectif

Eléments du milieu marin qui fait partie du patrimoine commun de la Nation[3], les ressources halieutiques auxquelles la France accède constituent, quant à elles, un « patrimoine collectif ». Il n'est pas certain que l'emploi de ces qualificatifs qui distinguent des états particuliers du patrimoine national mérite une étude lexicologique approfondie. Tout au plus, peut-on remarquer, d'une part, que la référence à un patrimoine collectif est utilisée en regard des seuls objectifs d'exploitation et de valorisation des ressources et, d'autre part, que ces objectifs ne sont pas expressément visés comme étant d'intérêt général[4]. Est-ce à dire que l'exploitation ou la valorisation des ressources halieutiques seraient susceptibles d'être d'intérêt privé ? On n'en ne serait pas autrement surpris[5]. A cet égard, il ne fait guère de doute que, pour l'essentiel, l'activité de pêche maritime est réservée à la collectivité restreinte et parfaitement identifiable des pêcheurs professionnels[6]. Au regard du privilège d'accès qui leur est accordé, il semble que la patrimonialisation collective des ressources s'apparente davantage à la constitution, à leur profit, d'une « néo-propriété » (Prat, 1996).

[2] L'intransmissibilité des droits de pêche est une illusion. Il est de notoriété publique que ces droits sont transmis de manière plus ou moins occulte, notamment en ce qu'ils sont un accessoire nécessaire - et non déclaré - de la cession de l'outil de production. C'est ce qu'exprimait un ancien ministre de la pêche (Hervé Gaymard) en déclarant : « en contradiction, sinon avec la lettre, du moins avec l'esprit de la loi de 1997, le secteur des pêches maritimes en France est confronté à un système de patrimonialisation de l'accès à la ressource. En effet, lorsque l'on vend un navire, on ne vend pas seulement une coque et un moteur mais on vend également, sinon principalement, le droit de pêcher matérialisé par des antériorités historiques de capture qui permettront de déterminer le niveau de quotas attaché à ce bateau. Ce système de patrimonialisation, qui ne dit pas son nom, est source de très grands problèmes (…) » (Assemblée générale du Comité national de la pêche maritime et des élevages marin, Paris, 29 juin 2004).

[3] Article L219-7 C. env.

[4] Au contraire de l'utilisation du milieu marin (L219-7 C. env.) ou, plus généralement, de la mise en valeur des ressources naturelles (L110-1 C. env.).

[5] Ainsi, l'objet du patrimoine commun, pourrait être de permettre plus généralement la préservation des choses communes, celles qui sont en principe inappropriables.

[6] Le commun est ce qui appartient au plus grand nombre tandis le collectif peut ne concerner qu'un ensemble particulier.

Encore faut-il rappeler que les ressources halieutiques appartiennent à la catégorie des *res nullius* et qu'elles y demeurent tant qu'elles ne sont pas entrées en possession du pêcheur, que celui-ci ne se les approprie et ne les transforme en des biens patrimoniaux. Certains auteurs estiment pourtant que la patrimonialisation collective modifie la perception que l'on peut avoir des *res nullius* en ce sens que la « collectivisation » induit l'idée de transmission d'une génération à l'autre, d'une préservation des ressources par la collectivité. On ne peut laisser ces choses aux seuls appétits particuliers qui s'empresseraient d'en dilapider le précieux héritage[7]. C'est par nécessité – du fait de la raréfaction de la ressource en raison de sa surexploitation – que l'Etat choisit de la « collectiviser » moins pour se l'approprier que pour prendre et faire respecter les mesures nécessaires à sa préservation durable. En effet, le patrimoine collectif exprime davantage l'idée d'un droit ou d'un devoir de garde (Voelckel, 1997) que celle d'une appropriation, une idée de protection plutôt que de propriété. Le concept reflète ainsi deux éléments liés : un élément moral qui consiste en la transmission[8] - sans détérioration - d'un bien d'une génération à l'autre et dont l'Etat se porte garant et une idée de désintéressement dans la gestion de ce bien.

Comme une conséquence de la notion de patrimoine collectif, la loi stipule l'incessibilité des droits de pêche autrement dit l'impossibilité d'en envisager la patrimonialisation. Ainsi, l'exercice de la pêche maritime (peut être) soumis à la délivrance d'autorisations non cessibles[9]. La non cessibilité s'étendant aux droits résultant des quotas de captures et d'efforts de pêche répartis annuellement par l'administration en sous-quotas[10].

Bien que la France prohibe la cession des droits de pêche, elle s'abstient manifestement de prendre les mesures aboutissant à une interdiction effective du transfert de ces droits. Au contraire, l'administration s'applique à assouplir un système qui semble à la fois irréaliste et intenable sur un plan économique.

B - Attribution des droits de pêche

Pour l'essentiel, le régime de gestion et de conservation repose sur l'adoption de mesures de contrôle de l'accès aux ressources. Qu'il s'agisse du contrôle des captures ou de l'effort de pêche, ces mécanismes opèrent par la constitution de droits de pêche – quotas et/ou autorisations préalables – délivrés sur la base de critères particuliers.

1) Les droits de pêche

Pour l'essentiel, ils se distinguent en autorisations préalables et en quotas.

a) Les quotas (quotas de captures ou d'effort de pêche)

Un quota de captures est un droit permettant de capturer une quantité déterminée d'un stock, d'une ressource particulière[11]. Dans le cadre de la politique commune de la pêche, chacune des grandes espèces commerciales est gérée à travers un système de répartition de quotas entre Etats sur la base d'un total admissible de captures (TAC) fixé par le Conseil[12]. Chaque Etat dispose d'un pouvoir équivalent en ce qui concerne les espèces non couvertes par la

[7] « De *res nullius*, le poisson est ainsi devenu une *res collectivis*, catégorie inconnue du code civil, géré par une collectivité en propriété commune, laquelle laisse place à une exploitation individuelle », (Proutière-Maulion, 1998).
[8] La transmission est l'une des bases même du droit de l'environnement
[9] Article L921-1 C. rur.
[10] Article L921-4 C. rur.
[11] Sans garantie de pouvoir y parvenir (le quota constitue une limite théorique de captures maximale ; cf. par ex. CJUE, 7 novembre 2012, Giordano/CO, aff. T-114/11, point 18, non publié).
[12] Article 43 § 3 TFUE

réglementation européenne et pêchées dans ses eaux intérieures et ses eaux territoriales. En France, le ministre chargé de la pêche fixe les quotas et procède à leur répartition en sous-quotas affectés soit à des organisations de producteurs (ou à leurs unions) qui en assurent la gestion[13], soit à des navires ou à des groupements de navires lorsque ces derniers n'adhèrent pas à une organisation de producteurs[14].

Un quota d'effort de pêche est un mode de contrôle résultant de la législation de l'Union qui exige des États membres la mise en place de « mesures d'adaptation de la capacité de pêche de leur flotte afin d'atteindre un équilibre stable et durable entre (cette) capacité (…) et leurs possibilités de pêche »[15]. La répartition de l'effort de pêche entre les destinataires procède des autorités administratives compétentes sur un mode identique à celui mis en œuvre pour les quotas de captures[16].

Enfin, les comités de l'organisation professionnelle participent à la gestion des pêches à travers des délibérations relatives à la limitation du volume des captures ou à des mesures d'adéquation des capacités de pêche à la ressource disponible[17]. Ces délibérations sont rendues obligatoires par l'autorité administrative compétente – ministre ou préfet de région compétent –.

b) Les autorisations préalables

Comme les quotas d'effort, elles sont un moyen de contrôle de l'accès aux ressources. En l'espèce, il s'agit d'autorisations concernant les activités pratiquées par un navire de pêche professionnelle qui affectent l'exploitation des ressources halieutiques[18].

La loi française stipule que toutes les activités de pêche professionnelle peuvent être soumises à autorisation, ce qui est généralement le cas[19]. Ces autorisations sont précaires, couvrent une période maximale de douze mois et sont incessibles[20]. Ce système n'aboutit pas nécessairement à une limitation de l'effort à moins qu'il ne s'accompagne d'un mécanisme de contingentement.

La définition du code recouvre plusieurs types d'autorisations[21]. Pour les espèces soumises à un total autorisé de captures ou à des quotas de captures en application de la réglementation européenne, « les autorisations de pêche sont délivrées par l'autorité administrative ou, sous

[13] Les modes de gestion des sous-quotas par les OP sont variables. Cela va de la gestion collective simple (après répartition des sous-quotas entre les adhérents, l'OP se contentant de suivre la consommation des ressources) à une gestion individuelle (l'OP répartit la manne disponible entre ses adhérents et par navire sur la base de critères spécifiques). Entre ces deux extrêmes existent une variété de solutions hybrides à travers lesquelles l'OP applique des limitations individuelles – souvent applicables par groupes de navires – sur la base de critères variables dans le cadre d'une gestion collective. Ces modes de fonctionnement devront être réévalués à l'aune des dispositions fixées par les nouveaux règlements de la PCP.

[14] Cf. article L 921-4 C. rur.

[15] Cf. article 22 du règlement (UE) n° 1380/2013, précité.

[16] Article L 921-4 C. rur. L'article R 921-35 C. rur. précise les conditions d'attribution par le ministre, aux titulaires d'autorisations de pêche ou aux allocataires de quotas, des plafonds d'effort de pêche alloués par les autorités de l'Union dans chacun des cas.

[17] Articles R 912-14 et R 912-31 C. rur.

[18] Il existe également des régimes d'autorisations attachés aux navires de pêche professionnelle, tels que le « permis de mise en exploitation » (article R 921-7 C. rur.) qui est un préalable à la mise en exploitation d'un navire ou la « licence de pêche européenne » (article R 921-15 C. rur.) nécessaire à l'exploitation commerciale des ressources halieutiques.

[19] Les autorisations « ont pour objet de permettre à une personne physique ou morale pour un navire déterminé, d'exercer ces activités pendant des périodes, dans des zones, pour des espèces ou groupe d'espèces et, le cas échéant, avec des engins et pour des volumes déterminés », article L 921-1 C. rur.

[20] En cohérence avec le statut de patrimoine collectif des ressources halieutiques.

[21] Article L 921-1 C. rur.

son contrôle, par des organisations de producteurs ou leurs unions »[22]. Pour les autres espèces, « les autorisations de pêche sont délivrées par l'autorité administrative ou, sous son contrôle, par le comité national ou par les comités régionaux des pêches maritimes et des élevages marins »[23].

Dans la première hypothèse, les autorisations gérées directement par l'administration sont délivrées par la direction de la pêche maritime et de l'aquaculture (DPMA) ou par le directeur interrégional de la mer (DIRM) sur délégation du préfet de région compétent. Quant aux autorisations gérées par les organisations de producteurs, elles sont délivrées par celle-ci au « couple » navire-armateur demandeur et adhérent à l'organisation[24].

Dans la seconde hypothèse, les licences sont délivrées par l'autorité administrative ou, sous son contrôle, par les comités de l'organisation professionnelle selon un système de « co-gestion »[25]. Cette seconde solution est privilégiée par l'autorité administrative[26].

2) Les critères d'attribution

La délivrance des autorisations de pêche[27] de même que la répartition des quotas de captures ou d'effort[28] se fait en tenant compte de trois critères : l'antériorité des producteurs, les orientations du marché et les équilibres socio-économiques. Le contenu de ces notions en ce qui concerne la répartition des quotas sont précisées. En l'absence d'indications spécifiques, ces définitions valent également pour l'attribution des autorisations préalables[29].

Les « antériorités de producteurs »[30] sont des « références historiques » se rapportant à l'activité de pêche maritime de chaque producteur.

Les « orientations du marché »[31] permettent au ministre chargé de la pêche de réguler les apports des producteurs afin de permettre une meilleure valorisation des débarquements en fixant, notamment, des limites périodiques de captures et (ou) de débarquements ou en suspendant temporairement la pêche d'un quota. Ces mesures peuvent varier en fonction des métiers pratiqués, des engins utilisés, des façades maritimes d'immatriculation des navires, des zones de pêche ou des lieux de débarquements.

Les « équilibres socio-économiques »[32] permettent au ministre chargé de la pêche de répartir le quota en imposant des critères supplémentaires d'accès à la pêcherie, le cas échéant au moyen du régime d'autorisations de pêche spécifique, en tenant compte ici encore de

[22] Article L 921-2 C. rur.
[23] Ibid.
[24] Voir, par exemple, un arrêté du 28 décembre 2012 portant création des autorisations de pêche européennes pour certaines pêcheries non contingentées soumises à un plan de gestion pluriannuel adopté par l'Union européenne, JORF du 30 décembre 2012, p. 21216, sp. article 2.
[25] Si les licences créées par le comité national peuvent couvrir la totalité des eaux sous souveraineté ou juridiction françaises, celles qui sont issues des comités régionaux ne concernent que les activités pratiquées dans les eaux intérieures et les eaux territoriales comprises dans le ressort du comité.
[26] Davantage que le comité national, ce sont les comités régionaux qui usent de cette prérogative. Le seul comité régional des pêches maritimes et des élevages marins de Bretagne prend chaque année plusieurs dizaines de délibérations créant des licences de pêche (pour une trentaine d'espèces ou de métiers pratiqués dans son ressort territorial).
[27] Article L 921-2 C. rur.
[28] Articles R 921-35 et s. C. rur.
[29] Art. L 921-2, alinéa 1er et R 921-21, alinéa 1er C. rur.
[30] Le « producteur » est l'armateur d'un navire de pêche professionnelle battant pavillon français, immatriculé dans l'Union européenne et déclaré actif au fichier de la flotte de pêche de l'Union.
[31] Art. R 921-49 C. rur.
[32] Art. R 921-50 C. rur.

différents éléments (métiers, engins de pêche, des façades maritimes d'immatriculation des navires, zones de pêche, lieux de débarquements)[33].

Les antériorités de producteurs jouent un rôle prépondérant dans l'attribution des droits[34] bien qu'elles ne soient que partiellement opposables à l'administration dans la délivrance des droits de pêche[35].

L'antériorité est « une référence historique se rapportant à l'activité de pêche maritime ou procédant d'échanges réalisés par une organisation de producteurs à une date donnée. Elle est établie à partir des données déclarées par les capitaines des navires de pêche. Afin de déterminer la répartition d'un quota de captures, l'antériorité d'un producteur[36] est calculée à partir de la référence de captures de ce producteur[37] et de l'antériorité brute[38]. S'agissant d'un quota d'effort de pêche la répartition s'appuie sur l'antériorité d'un producteur calculée à partir de la référence d'effort de pêche du producteur et de l'antériorité brute[39].

Appliquée aux droits de pêche, droits précaires et renouvelables, l'antériorité est non seulement un critère déterminant lors de l'attribution de ces droits mais également lors de leur renouvellement annuel. Ainsi, tant que le producteur reste en activité, il bénéficie grâce aux antériorités, d'un renouvellement quasi-automatique de ses droits, ceux-ci deviennent pérennes tant que le producteur demeure en activité et même (…) au-delà[40].

Il apparait, en définitive, que l'antériorité présente le grand avantage de permettre d'atténuer la rigidité du principe de l'annualisation des droits.

Pour autant, les antériorités ne constituent qu'une base de calcul permettant de procéder à la répartition des quotas et **non un droit**[41] permettant de revendiquer ces quotas[42]. Cette précision cruciale est cependant éminemment sujette à caution. En effet, les antériorités constituent indubitablement le vecteur principal de la patrimonialisation des droits de pêche.

II – Captation et transfert des antériorités : le mécanisme de patrimonialisation

La patrimonialisation des droits de pêche (autorisations ou quotas) découle d'une « captation » des antériorités par les producteurs et de l'instauration d'un mécanisme de

[33] Le ministre peut également décider de « mettre en réserve » les antériorités de producteurs, temporairement et dans certaines circonstances, en les versant dans une « réserve » afin de les réaffecter ultérieurement en visant d'autres objectifs (par ex. favoriser l'installation de nouveaux entrants dans le métier).

[34] La prise en compte des antériorités dans l'attribution d'un droit n'est pas une particularité du droit des pêches. Ce critère est notamment utilisé pour la délivrance des autorisations d'ouverture d'officines pharmaceutiques. Cependant l'antériorité n'est pas entendue dans le présent contexte au sens classique d'un privilège basé sur la chronologie. On peut trouver quelques similitudes intéressantes du système des antériorités de pêche avec celui qui concerne l'attribution des créneaux horaires aux compagnies aériennes dans les aéroports (cf. P.-A. Jeanneney, Les ressources rares, Revue juridique de l'économie publique n° 671, Janvier 2010, étude 1).

[35] Ainsi qu'en a jugé le Conseil d'Etat, l'administration est seulement tenue d'appuyer sa décision sur la base d'une combinaison entre les trois critères sans avoir à justifier la part prise par chacun d'entre eux dans la formation de cette décision., par ex., CE, 19 juillet 2011, n° 329141, *S^té Chrisderic*.

[36] Art. R 921-38 C. rur.

[37] La référence de captures est calculée pour chacun des navires du producteur. Elle est égale, pour une année donnée, à la somme des valeurs des débarquements de ses navires, mesurée en kilogrammes.

[38] L'antériorité brute d'un producteur est égale à la moyenne de ses références de captures pour une période donnée (3 ans).

[39] Art. R 921-39 C. rur.. La référence d'effort de pêche du producteur est calculée pour chacun de ses navires. Elle est égale, pour une année donnée, à la somme de l'effort de pêche déployé par un navire.

[40] Lors d'une transmission en cas de décès.

[41] Souligné par nous.

[42] Art. D 921-1, 14° C. rur.

transfert de ces antériorités. Si ces phénomènes suscitent de légitimes interrogations dans un contexte de droits administrés, c'est davantage leur objet qui retient l'attention. En effet, il est permis de s'interroger sur la nature de ces antériorités, éléments incorporels attachés à la personne d'un producteur et susceptible de faire l'objet d'un transfert vers une tierce personne.

A – Le système de transfert

1) Les circonstances du transfert

Les antériorités constituées par un producteur le suivent dans ses mouvements. Cela concerne les différents types de droits

a) Les autorisations de pêche

Un producteur vendant un de ses navires peut demander le transfert de ses antériorités sur un ou plusieurs de ses autres navires et se voir réattribuer au profit de ces derniers une autorisation de pêche. Il en va de même lorsqu'il procède au renouvellement de son unique navire.

Plus surprenante la circonstance selon laquelle, lorsqu'un navire vendu est exploité par un nouveau producteur, l'autorisation de pêche délivrée au producteur initial peut être réattribuée au nouveau producteur sur proposition conjointe de celui-ci et du producteur initial[43] dans le cadre d'un protocole de transfert.

c) Les sous-quotas

En ce qui concerne la répartition des quotas et sous-quotas de captures et d'effort, lorsqu'un producteur rejoint ou démissionne d'une organisation de producteurs, ses antériorités le suivent et sont prises en compte pour le calcul de la part relative de l'organisation[44]. En outre, s'il en fait la demande, le ministre chargé des pêches peut transférer les antériorités d'un de ses navires vers un ou plusieurs de ses autres navires ou vers un nouveau navire en cas de renouvellement[45].

De même que pour les autorisations, le transfert des antériorités entre producteurs en cas de cession d'un navire est admis[46].

Enfin, lorsqu'à la suite d'un évènement de mer, un producteur et son navire disparaissent, ses ayants droit peuvent demander à ce que leur soit transférées les antériorités du navire[47].

2) La procédure de transfert

Un transfert d'antériorités peut survenir à l'occasion de diverses opérations. Au cours de ces opérations, les démarches à suivre sont sensiblement identiques. Une demande de transfert par un navire demandeur (« receveur ») à la recherche d'un navire « donneur » est déposée auprès de son organisation de producteurs et/ou de l'administration compétente.

[43] Art. R 921-32 C. rur.
[44] Art. R 921-40 C. rur.
[45] Art. R 921-41 C. rur.
[46] Art. R 921-45 C. rur.. Le transfert s'effectue sans protocole et dans ce cas, 80 % des antériorités seulement restent affectées au navire et au nouveau producteur. Les 20% restant sont prélevés et affectés à une réserve nationale ainsi qu'à la réserve de l'organisation de producteurs à laquelle le navire adhère.
[47] Dès lors qu'ils bénéficient d'un permis de mise en exploitation de droit et qu'ils possèdent les titres nécessaires à l'exercice de l'activité de pêche professionnelle ou qu'ils exploitent le navire faisant l'objet du transfert ; art. R 921-46 C. rur.

• dans le cadre d'une demande de permis de pêche spécial (PPS)[48], un navire n'ayant pas l'antériorité requise pour faire une demande de permis peut faire une demande de transfert d'antériorité. En cas d'accord, l'antériorité dont il bénéficie lui donne la possibilité de faire une demande de PPS pour l'espèce, la zone et l'engin associés à cette antériorité[49]. Le transfert peut être définitif ou provisoire selon que le navire « donneur » est en cessation d'activités ou non. L'administration et les organisations de producteurs (OP) font une proposition de navire(s) donneur(s) choisi(s) sur les listes de navires dont les antériorités sont transférables[50].

• dans le cadre d'un transfert de « droit à PPS »[51], un armateur n'ayant pas l'historique d'activité requis pour être inscrit sur la liste des navires éligibles[52] peut formuler une demande de transfert de « droit à PPS ». En cas d'accord, le navire est inscrit sur la liste des navires éligibles, ce qui lui permet de formuler une demande de PPS[53]. L'administration et les OP concernées formulent une proposition de navire(s) donneur(s) choisi sur la liste des navires ayant cessé leur activité[54]. Le transfert est définitif.

• Plus généralement, en ce qui concerne les modalités de gestion relatives aux autorisations de pêche européennes et nationales[55], une demande de transfert d'éligibilité doit être déposée par tout navire ne remplissant pas ou plus les conditions nécessaires pour accéder à une pêcherie réglementée contingentée. Pour les pêcheries dans lesquelles une procédure de transfert d'éligibilité est autorisée, la demande de transfert est déposée par le couple armateur/navire auprès de l'autorité compétente[56] en même temps que la demande d'autorisation de pêche. Elle peut être accompagnée d'une fiche « navire donneur » mentionnant les antériorités (en termes de capacités [puissance ou tonnage] ou de droit) transférées au couple navire/armateur demandeur. En cas de changement d'armateur, il est remarquable que les demandes d'autorisation des couples navire/armateur éligibles rompus soient instruites via une procédure de protocole de transfert[57], c'est-à-dire d'un acte sous seing privé[58]. Dans ce cas, l'éligibilité suit les termes du protocole. Ce dernier est visé par les armateurs et les OP du navire concerné.

[48] Ancienne dénomination de l'autorisation de pêche européenne (« une autorisation de pêche délivrée à un navire de pêche communautaire en plus de sa licence de pêche et lui conférant le droit d'exercer des activités de pêche spécifiques pendant une période déterminée, dans une zone déterminée ou pour une pêcherie déterminée, sous certaines conditions » ; article 4, règlement (CE) n° 1224/2009 du conseil du 20 novembre 2009 instituant un régime communautaire de contrôle afin d'assurer le respect des règles de la politique commune de la pêche, JOUE n° L343 du 22 décembre 2009).

[49] Circulaire DPMA/SDPM/C2008-9604 du 18 mars 2008 relative à la « gestion des capacités et antériorités de pêche pour les stocks faisant l'objet de mesures de reconstitution ».

[50] Des navires actifs souhaitant transférer définitivement ou provisoirement leurs antériorités peuvent aussi être identifiés comme donneurs.

[51] Un droit à PPS est fondé sur les antériorités du navire « donneur ».

[52] Dans une pêcherie règlementée, l'égibilité d'un navire consiste en son inscription sur une liste lui permettant de revendiquer un droit.

[53] Par ex. circ. DPMA/SDPM/C2008-9612 du 26 mai 2008 relative à la « mise en œuvre du plan pluriannuel de reconstitution du thon rouge pour l'année 2008 : régimes de permis de pêche spéciaux, quotas de captures et effort de pêche ».

[54] Des navires actifs souhaitant transférer définitivement leur « droit à PPS » peuvent également être identifiés comme donneurs.

[55] DPMA, « Avis relatif aux modalités de gestion relatives aux autorisations de pêche européennes et nationales pour l'année de gestion 2014 », BO MEDDE 2013/21 du 25 novembre 2013 (non paru au JO).

[56] Les autorités administratives ou son OP pour les autorisations dont la délivrance a été déléguée aux OP.

[57] Art. R 921-32, 2° C. rur.

[58] Un protocole de transfert est « acte sous seing privé, dont le format est laissé à l'appréciation des intéressés, accompagnant toute modification du couple navire/armateur et fixant entre les organisations de producteurs et les armateurs impliqués les effets de la modification (visa obligatoire de chacune de ces parties) sur les antériorités de pêche aux autorisations de pêche » ; avis DPMA, précité, point 1 (lexique).

Ainsi, le transfert peut survenir à l'occasion d'une cessation d'activités ou non, il peut être provisoire ou définitif et nécessite ou non l'établissement d'un protocole de transfert.

Ces dispositions révèlent un surprenant système mis en place par l'autorité. Si le mécanisme de transfert des antériorités introduit, sans doute, de la souplesse dans la gestion des privilèges ou « droits » de pêche contingentés, la nature juridique de l'objet transféré ne manque pas d'interroger.

B – L'objet du transfert

Que transfère-t-on réellement à l'occasion d'un transfert d'antériorités ?

Les antériorités sont une base de calcul[59] fondée sur des données statistiques ; un historique d'activités. Toutes choses dont on peut douter qu'elles soient transférables. A cette hypothèse, l'administration ajoute une incertitude supplémentaire lorsqu'elle spécifie que le transfert d'antériorité n'entraîne pas le transfert de l'historique de l'activité « en tant que tel »[60].

En principe, on ne transfère que ce que l'on possède, c'est-à-dire un bien (un droit sur une chose) et il parait improbable qu'une base de calcul puisse constituer un tel bien. L'aptitude d'une personne à transférer quelque chose qu'elle ne possède pas est évidemment problématique. Ainsi est-il plus aisé d'admettre que le transfert d'antériorités porte sur la « possibilité » qu'un historique de pêche offre à son détenteur de revendiquer un droit (licence ou quota), un privilège en principe accordé à celui-là seul qui l'a constitué[61].

Puisque la loi prohibe le transfert des droits de pêche en autorisant celui des antériorités sur lesquelles ces droits s'établissent, faut-il en déduire que les antériorités constituent en elles-mêmes un droit? C'est ce que pourrait implicitement signifier l'autorité administrative lorsqu'elle spécifie que le transfert d'antériorité n'entraîne pas le transfert de l'historique de l'activité « en tant que tel ». A défaut de transférer l'historique, c'est bien le « droit » qui lui est attaché qui est transféré (le droit de revendiquer un quota[62] ou une autorisation) ; quoi d'autre, sinon ? Quant à l'historique, il reste attaché au producteur qui l'a constitué et qui pourra, le cas échéant, au terme d'un transfert provisoire, s'en prévaloir afin de revendiquer à nouveau son droit. Enfin, ce droit est subjectif (attaché à une personne) et patrimonial (du fait de sa transférabilité).

Le passage d'une simple base de calcul – d'un historique d'activités – au droit opère précisément par le rattachement de l'antériorité au producteur et l'existence d'une possibilité de transfert. Si l'hypothèse d'un droit de pêche peut être évoquée à propos de l'antériorité, c'est précisément parce que celle-ci devient transférable[63].

Au-delà de son caractère précaire, le droit de pêche est également intransmissible. De ce point de vue également, l'antériorité devenue transmissible présente un remarquable intérêt en permettant la valorisation de ce droit.

---

[59] Art. D 921-1, 14° C. rur.

[60] « L'historique de pêche en tant que tel, associé à cette antériorité (nombre de jours, dérogations,…) n'est en revanche pas transféré » ; circ. DPMA/SDPM/C2008-9604du 18 mars 2008, précité. La précision est d'importance dans la mesure où le transfert peut n'être que provisoire. Il importe, dans ce cas, que le titulaire initial de l'antériorité puisse revendiquer à nouveau son droit grâce à cet historique.

[61] La constitution d'un historique de pêche ne peut être qu'*intuitu personae.*

[62] Si le quota s'analyse comme un droit à prélever une certaine quantité de poisson, l'antériorité constituerait un droit permettant de prétendre à ce quota.

[63] Pour autant, le droit n'équivaut pas à l'antériorité, il n'est que relatif par rapport à celle-ci. La quantité de ressource à laquelle le droit permet d'accéder se calcule à proportion de la part de l'antériorité par rapport à un volume global disponible variable. En outre, il faut tenir compte des autres critères d'attribution des droits que sont les orientations du marché et les équilibres économiques.

C – La patrimonialisation

La patrimonialisation de l'antériorité se déduit de sa transférabilité. Parce qu'elle est transférable l'antériorité à certainement une valeur patrimoniale bien qu'elle ne soit pas de nature patrimoniale, « la patrimonialité correspond à la qualité de ce qui a une valeur appréciable en argent et impliquant la cessibilité et la transmissibilité » (Cormier, 2009). Ainsi qu'on a pu le dire le droit n'est pas maitre de décider directement si les droits et les biens ont ou non une valeur patrimoniale (Lorvellec, 1985) ; celle-ci est « un fait à l'état pur »[64]. La valeur patrimoniale d'un droit (un titre juridique de possession) ou d'un bien est indépendante de sa qualification juridique. Le droit peut interdire la transmission mais il n'empêchera pas que l'autorisation administrative acquière une valeur patrimoniale si des individus sont prêts à payer pour l'obtenir. En fait, seule une interdiction clairement formulée peut annihiler la cessibilité des droits à produire. Rien de juridiquement définitif ne s'oppose à l'éventuelle cession (à titre onéreux) des autorisations administratives constituant un droit à produire (Gourdou 1999) sauf la volonté des autorités publiques de s'y opposer fermement. Cet auteur reconnait cependant que l'admission de la cessibilité peut être de pur fait, voire utiliser des voies détournées[65].

Ainsi, la non transmissibilité des droits de pêche n'est pas liée à la nature de ces droits mais à une position de principe du législateur. Il est remarquable que l'administration ait elle-même opéré le contournement de ce principe par le biais des antériorités en rendant celles-ci accessibles à la transmission et garantir une relative sécurité juridique aux producteurs. L'instauration des antériorités transférables repose sur une fiction qui prend en compte une réalité incontournable : les droits de pêche ont une valeur et feront l'objet d'une transaction commerciale qu'on le veuille ou non.

Si l'antériorité a une valeur, a-t-elle pour autant un prix? Peut-elle être transférée à titre onéreux ? La question n'est pas négligeable ne serait-ce que sur le plan de la morale publique. En effet, sachant que la constitution des antériorités ne coûte rien à leur titulaire, il peut être choquant d'apprendre que ceux-ci puissent en tirer bénéfice. Le seul élément fiable dont on dispose à ce sujet résulte du calcul des effets de l'incorporation des antériorités dans la cession des navires. En effet, une étude statistique a permis de montrer la part essentielle que représentaient les droits de pêche dans la valeur de cession des navires (Guyader et alii, 2006).

En définitive, l'antériorité relativise le caractère intangible des principes d'annualisation et d'incessibilité des droits en ayant pour effet de pérenniser un droit précaire (licence, quota) tout en permettant sa valorisation – sa patrimonialisation – par le biais d'un mécanisme de transfert (ou d'échange).

En transformant par une sorte de subterfuge, un instrument statistique – une méthode de calcul – dont l'unique objet est de permettre la revendication d'un droit précaire annualisé, en un droit pérenne et transmissible doté d'une indubitable valeur patrimoniale, l'administration fait preuve d'un évident pragmatisme.

[64] « Dès l'instant où le titulaire d'une autorisation administrative détient en vertu de ce titre un droit, un privilège, un monopole – objet de convoitise –, dès l'instant où la loi elle-même ou la pratique – tolérée voire reconnue par l'administration – admet que le titulaire de l'autorisation puisse présenter un successeur à l'administration économique, dès l'instant où cette autorisation est rare car contingentée, celle-ci acquiert alors une valeur économique, une valeur patrimoniale pour son titulaire qu'il est vain de vouloir nier car, officiellement ou officieusement, cet acte va faire l'objet d'une transaction commerciale », Le Lamy droit public des affaires 2015, partie 2 « politiques publiques », n° 1605.

[65] Telles que le recours au transfert d'antériorités?

Bibliographie

Batailler F., Les « beati possidentes » du droit administratif, *RDP* 1965, pp. 1051-1096.

Cormier M., *RFDA* 2009, p. 1

Gourdou J., Droits à produire et problématique générale de la cessibilité des autorisations administratives, *RdR* n° 270, février 1999, pp. 94-97

Guyader O., Berthou P., Daures F., Jezequel M., Thebaud O. (2006). Marché des navires d'occasion et coût d'accès à la ressource : application à la Bretagne. *Les Publications Amure. Série Document de Travail*, (D-17-2006), 1-14. Open Access version : http://archimer.ifremer.fr/doc/00243/35408/

Jeanneney P.-A., Les ressources rares, *Revue juridique de l'économie publique* n° 671, Janvier 2010, étude 1.

Lorvellec L. , Quotas laitiers et exploitation agricole, *RdR* n° 138, novembre 1985, pp. 524-534

Prat J.-L., « Le droit communautaire et le droit français des pêches maritimes eu quête de quotas individuels transférables » in « *Droits de propriété, économie et environnement. Les ressources marines* » sous la direction de Max Falque et Henri Lamotte, Dalloz, 1996, pp. 88-96.

Proutière-Maulion G., « La loi d'orientation sur la pêche maritime et les cultures marines », *DMF* n° 579, février 1998, pp. 206-219.

Voelckel M., « la loi d'orientation du 18 novembre 1997 sur la pêche maritime et les cultures marines : une tentative de pérenniser la pêche nationale face aux risques d'une « Europe bleue » sans pêcheurs », *ADM* 1997, T. II, pp. 92-104.

La gouvernance de l'aquaculture au Canada : une mosaïque d'approches[1]

Meinhard Doelle[a] et Phillip M. Saunders[b]

[a] Professeur de droit, Schulich School of Law, Dalhousie University
mdoelle@dal.ca

[b] Professeur de droit, Schulich School of Law, Dalhousie University
p.saunders@dal.ca

Résumé

Au Canada, la régulation des activités aquacoles relève des autorités fédérales, provinciales et, dans certains cas, locales. Cependant, le statut constitutionnel de la réglementation des activités aquacoles reste marqué par une forte incertitude. Cet article présente l'ensemble des sources de régulation puis les particularités des approches provinciales.

Abstract

In Canada, marine aquaculture is under the jurisdiction of Federal, Provincial and, in certain circumstances, Local Government. Nonetheless, the constitutional status of aquaculture regulation remains an area of significant uncertainty. This paper first presents the different legal sources of aquaculture regulation in Canada, and then focuses on the distinctive features of regulation at provincial level.

Mots-clés

Droit canadien, activités aquacoles, compétence constitutionnelle, partage de compétence coopératif, droits autochtones.

Keywords

Canadian law, aquaculture, constitutional jurisdiction, cooperative jurisdiction-sharing**,** aboriginal rights.

Introduction

L'aquaculture canadienne a beaucoup évolué depuis trois décennies. Après des débuts modestes dans les années 1980, elle est devenue un secteur d'activité important sur le plan économique, en particulier en Colombie-Britannique, qui abrite plus de la moitié de la production aquacole du pays (Pêches et Océans Canada 2011a). Ce secteur a connu une croissance importante en Colombie-Britannique et au Nouveau-Brunswick dans les années 1980 et 1990, mais depuis lors cette croissance s'est fortement ralentie. L'élevage porte principalement sur le saumon. En Colombie-Britannique, l'aquaculture a créé près de 6000 emplois, représentant une masse salariale annuelle de 224 millions de dollars canadiens.

[1] La traduction en français de cette contribution écrite originellement en anglais a été réalisée par Jean Boncoeur. La traduction des termes juridiques est issue de la version en langue française des documents accessibles sur le site du Ministère des Pêches et des Océans du Canada : www.dfo-mpo.gc.ca

Environ 740 établissements aquacoles y produisent tout au long de l'année du saumon, d'autres poissons et des coquillages, générant un chiffre d'affaires total d'environ 534 millions de dollars canadiens (Ibid.).

Le Nouveau-Brunswick figure en deuxième position pour la production du saumon et, plus généralement, pour l'importance de son activité aquacole. Le premier élevage marin de saumons y est entré en activité en 1978, dans la baie de Fundy. La production salmonicole du Nouveau-Brunswick dépasse aujourd'hui les 30 000 tonnes, représentant une valeur de plus de 180 millions de dollars canadiens. Le saumon de l'Atlantique est l'espèce dominante de l'aquaculture du Nouveau-Brunswick, et est actuellement la seule espèce commerciale de poisson élevée dans les fermes marines de cette province (Chang et Page 2014). L'ostréiculture a une longue histoire sur la côte Nord-Est du Nouveau-Brunswick, mais cette activité y est restée relativement limitée jusqu'à l'introduction, en 1998, de nouvelles techniques d'élevage en suspension (Gouvernement du Nouveau-Brunswick 2010a).

Au cours des dix dernières années, la province de Terre-Neuve-et-Labrador a fait des efforts significatifs en vue d'implanter et développer des activités aquacoles, en premier lieu l'élevage du saumon. La Nouvelle-Ecosse a une histoire aquacole plus ancienne, dont les origines peuvent être trouvées dans des pratiques des Autochtones datant d'au moins d'un siècle (Mitchell et al. 2013). Depuis les années 1980, l'aquaculture s'y est beaucoup diversifiée, comprenant l'élevage de moules, d'huîtres, de végétaux marins, de truites et de saumons, ainsi que des installations à terre consacrées à l'élevage de flétans, d'ombles chevaliers et, plus récemment, de saumons. Au cours de la dernière décennie, la croissance de l'activité s'est concentrée sur le saumon (Ibid). L'Île-du-Prince-Edouard occupe une place à part, dans la mesure où l'essentiel de l'aquaculture de cette province concerne les coquillages (Gouvernement de l'Île-du-Prince-Edouard 2014).

Bien que ce chapitre se concentre sur les activités se déroulant en mer, il convient de noter que l'aquaculture canadienne inclut également des activités en eau douce et à terre. On trouve des installations terrestres sur la côte occidentale et sur la côte orientale du pays (Pêches et Océans Canada 2013). Beaucoup d'entre elles sont des alevinages fonctionnant comme fournisseurs pour des activités de grossissement en mer, mais certaines tentent de faire la preuve de la viabilité économique d'activités de grossissement se déroulant en pleine terre (Gouvernement de l'Île-du-Prince-Edouard 2014). On rencontre des élevages aquacoles d'eau douce dans la plupart des régions du Canada (Association aquacole du Canada 2014). Enfin, il existe des installations, telles que celles d'*Acadian Seaplant* en Nouvelle-Ecosse, qui se consacrent à la culture de végétaux marins (Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada 2014).

Schématiquement, les activités aquacoles canadiennes se différencient en fonction des espèces en élevage, de l'environnement (marin ou d'eau douce) et de la technologie (en milieu aquatique ou en pleine terre). « L'élevage du saumon de l'Atlantique, du saumon Chinook, de la truite, de l'omble chevalier, de la moule bleue, de l'huître et de la palourde sont aujourd'hui des activités aquacoles bien implantées, alors que l'élevage d'autres espèces en est encore à différentes étapes de son développement (Pêches et Océans Canada 2013). Bien que le secteur, considéré dans son ensemble, soit très diversifié et localisé dans tout le pays, les activités en mer sont concentrées en Colombie-Britannique et sur la côte Atlantique, et concernent principalement l'élevage des saumons, des truites, des huîtres et des moules (Pêches et Océans Canada 2014).

La compétence constitutionnelle en matière aquacole

Il est depuis longtemps admis que l'on ne peut réguler véritablement l'aquaculture au Canada sans la participation des autorités fédérales, des autorités provinciales et, dans certains cas, des autorités locales[2], et que cette régulation ne peut ignorer les intérêts, protégés par la constitution, des peuples autochtones. Cependant, le statut constitutionnel de la réglementation des activités aquacoles reste une matière marquée par une forte incertitude.

Les chefs de compétence explicites

La loi constitutionnelle de 1867 établit une répartition des compétences entre l'échelon de gouvernement fédéral et l'échelon de gouvernement provincial. Cette répartition repose sur des catégories de matières explicitement énumérées. Les matières « résiduelles » n'appartenant pas à ces catégories relèvent de la compétence fédérale[3].

Les provinces ont des compétences n'excédant pas leurs limites territoriales. Celles-ci incluent certains fonds marins, qui faisaient partie du territoire des colonies correspondantes avant la Confédération[4].

Pour l'échelon fédéral, un certain nombre de chefs de compétence définis par l'article 91 de la loi constitutionnelle de 1867 sont potentiellement pertinents pour la réglementation de l'aquaculture[5] : « les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur » (incluant la gestion et la conservation des ressources et des habitats)[6], la propriété publique (les fonds marins extérieurs aux provinces – et parfois à l'intérieur de celles-ci[7] – appartiennent au gouvernement fédéral), « la navigation et les bâtiments ou navires (*shipping*) » (incluant la protection des voies navigables contre les installations obstruant la navigation)[8], et le commerce extra-provincial (incluant le commerce entre provinces)[9]. Pour les provinces, les sujets pertinents, inscrits à l'article 92 de la loi constitutionnelle de 1867, incluent « l'administration et la vente des terres publiques appartenant à la province » (catégorie incluant les fonds marins situés *à l'intérieur* des provinces)[10], « la propriété et les droits civils dans la province » (sujet entretenant des liens avec la régulation de la conduite des affaires des entreprises aquacoles), « les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province » et « les travaux et entreprises d'une nature locale ». De plus, selon l'étendue donnée à la définition du terme « agriculture », l'article 95 peut se révéler pertinent dans la

[2] Voir, par exemple, Wildsmith (1982) p.81; Bureau du commissaire au développement de l'aquaculture (2001) p.11 ; Chambre des communes du Canada (2003) p.19-31.
[3] 30 & 31 Vict, ch. 3, art. 91 et 92.
[4] NdT : ce terme désigne le processus politique qui unifia l'Amérique du Nord britannique, et dont la traduction juridique est la loi constitutionnelle de 1867.
[5] Voir Wildsmith (1982) p.71–81 ; Chambre des communes du Canada (2003) p.19–25.
[6] L'étendue de la compétence fédérale sur la pêche a été réaffirmée par la cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ward v Canada (Attorney General)*, [2002] 1 SCR 569, 2002 SCC 17 (CanLII) [34].
[7] Par exemple, les zones situées à l'intérieur de parcs nationaux ou de ports relevant de la réglementation fédérale.
[8] Voir Chircop (2006).
[9] Bureau du commissaire au développement de l'aquaculture (2001) p.11.
[10] Pour une explication de la propriété provinciale sur les fonds marins (terres immergées) à l'intérieur des limites provinciales, voir Saunders et Finn (2006) p.134–37.

mesure où il dispose que « dans chaque province, la législature pourra faire des lois relatives à l'agriculture […] dans cette province »[11].

Le partage de compétence coopératif et l'impact de l'arrêt Morton

Comme il ressort des développements ci-dessus, il existe un chevauchement de compétences non négligeable en matière de réglementation de l'aquaculture, les compétences fédérales coexistant avec celles des provinces pour accorder des concessions sur les fonds marins situés à l'intérieur des provinces[12]. Aucun de ces niveaux de gouvernement n'étant constitutionnellement à même de réguler l'aquaculture dans son intégralité, une approche coopérative s'est développée dans la plupart des provinces. En application de protocoles d'entente fédéraux-provinciaux, certaines provinces ont pris les devants en ce qui concerne la réglementation de l'aquaculture, tout en consultant les administrations fédérales concernées[13]. Les provinces ont légiféré en vue d'accorder les nécessaires droits de propriété et, plus généralement, pour organiser la délivrance des permis et le fonctionnement des installations aquacoles. Les autorités fédérales ont continué à exercer leur pouvoir réglementaire sur les questions relevant de leur compétence, et à délivrer des permis en tant que de besoin (voir « Législation fédérale » ci-dessous). Cependant, cette approche pragmatique a laissé subsister d'importantes lacunes, étant donné que la législation provinciale ne peut porter que sur des zones situées *à l'intérieur* de la province. Dans beaucoup de zones maritimes, les limites extérieures des provinces sont, au mieux, incertaines, ce qui ouvre la porte à des contestations de la compétence des provinces en matière d'aquaculture dans ces zones[14].

En 2010, une incertitude supplémentaire a été introduite par la décision de la cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Morton v. British Columbia (Agriculture and Lands)*[15], dans laquelle la cour a examiné une contestation de la réglementation provinciale visant à autoriser et réglementer les activités piscicoles. Une discussion complète de cette décision sortirait des limites de cette contribution, et l'on se bornera ici à en résumer l'essentiel. Ayant examiné différentes définitions juridiques du terme « pêche »[16] (ainsi que des définitions du dictionnaire), la cour a considéré que, les poissons étant élevés dans une « zone précédemment fréquentée par des poissons "sauvages" » et, par ailleurs, « les poissons placés dans des cages devant être finalement "capturés" »[17], il s'ensuit que « l'élevage de

[11] Cette compétence provinciale est limitée par le pouvoir reconnu à l'échelon fédéral de légiférer en matière agricole, pour toutes les provinces ou seulement une partie d'entre elles, avec une force juridique supérieure à celle des lois provinciales (loi constitutionnelle de 1867, art. 95).

[12] Ce chevauchement résulte pour une part de la distinction entre compétence législative (*legislative jurisdiction*) et compétence du propriétaire (*proprietary jurisdiction*) en droit constitutionnel canadien. Le point essentiel ici est le suivant : les provinces peuvent exercer des droits de propriété dans diverses matières ou zones géographiques (comme la pêche, ou une étendue de fonds marins), mais cela ne fait pas disparaître la compétence législative du gouvernement fédéral sur ces matières ou ces zones, en vertu des pouvoirs qui lui sont attribués à l'article 91 de la loi constitutionnelle de 1867. Pour une discussion de cette doctrine dans le contexte de l'aquaculture, voir Saunders et Finn (2006) p.130-32.

[13] Voir infra « Les provinces à réglementation principalement fédérale » et « Les provinces à réglementation principalement provinciale » pour une discussion de la variété des approches en vigueur.

[14] Les limites territoriales des provinces sont celles qu'elles avaient au moment de la Confédération (incluant, selon la *common law*, la compétence sur les baies et les ports qui étaient *inter fauces terrae* – c'est-à-dire « dans l'étranglement de la terre »), ou qui ont été ajoutées par un acte législatif. En conséquence, « la détermination du statut légal précis de nombreuses zones dans les eaux territoriales est mal établie, et pourrait nécessiter un examen détaillé et, éventuellement, des procès… » (Saunders et Finn 2006, p.138). Voir également Nichols et al. (2001) p.9-14.

[15] 2009] BCSC 136, [2009] 7 WWR 690 (CanLII).

[16] ibid [136-53].

[17] ibid [154-55].

poissons dans des fermes piscicoles sur la côte de la Colombie-Britannique forme une partie de l'activité de pêche en Colombie-Britannique considérée dans son ensemble, ou constitue par lui-même une activité de pêche » et, dans un cas comme dans l'autre, relève de la compétence fédérale[18]. Cependant, la cour a admis la compétence provinciale pour l'octroi des concessions sur les fonds marins.

Le fait de définir en général les activités d'aquaculture comme des activités de pêche prête à controverse, mais le gouvernement provincial a décidé de ne pas faire appel de la décision de la cour, et par la suite le gouvernement fédéral a produit des règlements en vue d'assurer la gouvernance des activités piscicoles en Colombie-Britannique (voir ci-dessous « Les provinces à réglementation principalement fédérale »). À ce jour, la décision de la cour suprême de Colombie-Britannique n'a pas fait jurisprudence dans d'autres provinces[19] et, en l'absence d'une décision de la cour suprême du Canada, la situation antérieure à l'arrêt *Morton* continue à prévaloir hors de la Colombie-Britannique.

Le titre autochtone, les droits autochtones et le devoir de consulter

Les droits des peuples autochtones du Canada consacrés par la constitution[20] jouent un rôle de plus en plus important dans la conduite des activités aquacoles à l'intérieur des eaux côtières, pour trois motifs : le *titre* autochtone sur des zones déterminées, incluant potentiellement des espaces maritimes ; les *droits* autochtones à se livrer à des activités telles que la pêche ; et le « devoir de consulter » les populations aborigènes avant d'autoriser des interférences avec ce titre ou ces droits.

Le titre autochtone est une forme de titre foncier exclusif à caractère communautaire, s'étendant au-delà des droits d'usage[21]. Bien qu'il y ait eu des revendications de titre autochtone sur des espaces maritimes, la question n'a pas été clairement tranchée. Une forte présomption existe dans au moins un cas[22]. Si le titre autochtone sur les espaces maritimes était définitivement établi, son caractère exclusif pourrait impliquer que ses détenteurs ont le pouvoir de s'engager dans des activités aquacoles, et d'approuver ou rejeter leur mise en œuvre dans ces zones[23].

Les droits autochtones, à la différence du titre autochtone, sont des droits d'usage, et doivent constituer « un élément d'une pratique, d'une coutume ou d'une tradition faisant partie intégrante de la culture spécifique au groupe autochtone revendiquant ce droit »[24]. La pêche et les activités qui lui sont liées ont, à de nombreuses reprises, été reconnues comme entrant

[18] ibid [156].
[19] Une contestation de la compétence provinciale est apparue en Nouvelle-Ecosse, mais elle s'est éteinte lorsque la révision de la réglementation discutée infra (voir ci-après « La réforme de la réglementation en Nouvelle-Ecosse ») a été lancée.
[20] Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, ch. 11, art. 35.
[21] Ce titre, qui est une forme de propriété *sui generis*, coexistant avec le titre de la couronne, a été reconnu dans l'arrêt *Delgamuukw v British Columbia* [1997] 3 SCR 1010, [1997] CanLII 302 et des jugements subséquents, fondés sur « l'usage et l'occupation historiques » de la terre, ou sur « la relation entre la *common law* et les systèmes de droit autochtones préexistants » (Ginn 2006, p. 272).
[22] En particulier les revendications de la Nation Haida sur la terre et les eaux de l'archipel Haida Gwaii : voir la discussion dans l'arrêt *Haida Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2015 FC 290 CanLII (*Haida v BC*). Selon le tribunal, la cour suprême du Canada avait, dans *Haida Nation v BC (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73 [71], « trouvé qu'il existait, de prime abord, une forte présomption d'un titre autochtone sur tout l'archipel Haida Gwaii », y compris les zones maritimes. Il s'agit là peut-être d'une surestimation du contenu précis de la décision de la cour suprême, qui n'avait pas eu à traiter des zones maritimes dans son examen du devoir de consulter, mais cela constitue une extension légitime du raisonnement développé dans l'affaire précédente.
[23] Pour une discussion de cette question, voir Ginn (2006) p. 279-81.
[24] *R v Van der Peet* [1996] 2 SCR 507, [1996] CanLII 216 [46].

dans le périmètre des droits autochtones, et il est par ailleurs certain que les activités aquacoles peuvent interférer avec l'exercice de tels droits. L'existence d'un droit autochtone n'empêche pas le gouvernement fédéral d'autoriser des interférences avec ce droit, mais il doit justifier un tel empiètement de façon explicite[25]. Il a été reconnu que l'interférence avec les droits de pêche autochtones peut, en principe, fournir matière à contester des concessions ou des permis accordés à des activités aquacoles. Cependant, ce sont le contexte factuel et l'étendue de l'interférence qui permettent de déterminer si ces droits ont été violés ou non[26].

En troisième lieu, les tribunaux canadiens ont reconnu qu'il existe un « devoir de consulter » les populations autochtones et de tenir compte de leurs intérêts lorsqu'un projet d'action gouvernementale est « susceptible d'aller à l'encontre des droits constitutionnels des peuples autochtones » (Murphy et al. 2006, p.293). Ce devoir existe même lorsque le bienfondé de la revendication du titre autochtone ou d'un droit autochtone n'est pas établi. Cependant, la force d'une revendication dont le bienfondé n'a pas été prouvé peut affecter l'étendue et le contenu du devoir de consulter[27]. Ce devoir concerne de toute évidence l'autorisation des activités aquacoles, bien que sa portée soit susceptible de varier selon les circonstances[28].

La législation fédérale

Il n'existe pas de législation fédérale spécifiquement dédiée à l'aquaculture, et aucune agence fédérale n'a pleine autorité sur « l'aquaculture en tant qu'aquaculture », même si, en ce domaine, le ministère des Pêches et des Océans (MPO)[29] a été choisi pour exercer, outre son mandat spécifique, le rôle de coordonnateur au niveau fédéral (Pêches et Océans Canada 2008a). Cependant, le gouvernement fédéral a pris des mesures dans divers domaines en vue de réglementer les activités aquacoles. La présente section décrit brièvement les mesures législatives et réglementaires qui, au niveau fédéral, agissent le plus directement sur l'autorisation et le fonctionnement des installations aquacoles[30].

Le ministère des Pêches et des Océans

On décrit dans ce qui suit les principaux instruments législatifs et réglementaires qu'utilise le MPO pour exercer son mandat spécifique concernant l'aquaculture. En premier lieu, la Loi

[25] Pour une discussion de cette justification, centrée sur la validité de l'objectif et la mesure dans laquelle les droits autochtones sont pris en compte, voir Ginn (2006) p. 280-81.
[26] Voir par exemple *Heiltsuk Tribal Council v British Columbia (Minister of Sustainable Resource Management)* [2003] BCSC 1422, 19 BCLR (4th) 107 [87-97], décision dans laquelle le tribunal a reconnu que l'octroi d'un permis pour une activité aquacole était susceptible de constituer un empiètement sur le droit de pêche autochtone, mais que d'après les faits il n'était pas suffisamment établi qu'une interférence significative avec ce droit allait bien se produire.
[27] *Haida v BC* [37]. Un large éventail d'approches consultatives pourrait convenir, en fonction de la nature du droit et des atteintes susceptibles de lui être apportées.
[28] Voir par exemple *Blaney et al v British Columbia (The Minister of Agriculture Food and Fisheries) et al* [2005] BCSC 283, [2005] 2 CNLR 75 (CANLII), affaire dans laquelle la cour a ordonné la consultation pour l'octroi d'un permis, mais a rejeté une requête visant à retirer, dans l'intervalle, les saumons en élevage.
[29] NdT : également désigné sous l'appellation « Pêches et Océans Canada ».
[30] Outre les mesures législatives et réglementaires présentées ici, diverses politiques à caractère non contraignant établies par le gouvernement guident les décideurs dans l'application de règlements d'allure souvent squelettique ; dans les développements qui suivent, il sera fait référence à ces instruments en tant que de besoin, mais ils ne seront pas analysés de façon détaillée.

sur les pêches[31] permet à ce ministère de réglementer un certain nombre d'aspects du développement de l'aquaculture :

- les ouvrages et entreprises (y compris les sites aquacoles) qui entraînent « des dommages sérieux à tout poisson visé par une pêche commerciale, récréative ou autochtone » sont interdits sauf si leur exploitation bénéficie d'une autorisation[32] ;
- l'immersion ou le rejet de « substances nocives dans des eaux où vivent des poissons » est interdit, sauf dans le cadre d'un permis ou d'un règlement[33] ; cela inclut les effluents, organiques ou non, provenant de l'aquaculture ;
- le fait de relâcher des poissons en milieu naturel (y compris les évasions d'animaux en élevage et l'introduction involontaire d'espèces allochtones), ainsi que le transfert de poissons vivants « dans des installations d'élevage », ne sont pas possibles sans un permis[34] ;
- le transfert de poissons sauvages ou d'élevage entre provinces nécessite un permis[35] ;
- la capture de poissons sauvages aux fins d'aquaculture est soumise à un permis[36].

La Loi sur les espèces en péril[37] « vise à prévenir la disparition des espèces sauvages, à permettre le rétablissement de celles qui, par suite de l'activité humaine, sont devenues des espèces disparues du pays, en voie de disparition ou menacées et à favoriser la gestion des espèces préoccupantes pour éviter qu'elles ne deviennent des espèces en voie de disparition ou menacées »[38]. Cette loi a plusieurs implications pour les opérateurs aquacoles, allant au-delà des simples interdictions de capturer ou tuer des individus appartenant à des espèces inscrites comme espèces disparue du pays, en voie de disparition ou menacées[39]. Il est possible que des menaces pesant sur des espèces déterminées conduisent à l'interdiction de l'aquaculture dans certaines zones, ou à des mesures restreignant l'accès à certains stocks de géniteurs, l'usage de pesticides ou la lutte contre les prédateurs (Pêches et Océans Canada 2008b). Cependant, il ne s'agit pas de dispositions imposées par la loi, mais adoptées dans le cadre de plans d'action ou de stratégies de restauration.

La dernière loi relevant du domaine de compétence du MPO est la Loi sur les océans[40], principalement consacrée à l'établissement et à la définition des zones maritimes canadiennes. Cette loi contient également des dispositions liées au développement d'une stratégie nationale de gestion des océans et à la création d'aires marines protégées, qui seront évoquées infra

[31] LRC 1985, ch. F-14. Outre les dispositions particulières décrites ici, le MPO a une compétence générale pour « autoriser la mise à part de toute rivière ou autre étendue d'eau pour la reproduction naturelle ou artificielle du poisson » (ibid. art. 57). Les dispositions concernant la gestion directe de l'aquaculture dans l'Île-du-Prince-Edouard par le MPO seront présentées ultérieurement, à la section « Les provinces à réglementation principalement fédérale ».
[32] Ibid. art. 35(1) et (2).
[33] Ibid. art. 36(3).
[34] Règlement de pêche (dispositions générales) (loi habilitante : loi sur les pêches) 1993, DORS/93-53, art. 55.
[35] Règlement sur la protection de la santé des poissons (loi habilitante : loi sur les pêches) 1978, C.R.C., ch. 812, art. 3(1). Un code national uniforme résultant d'un accord entre les autorités fédérales et provinciales régit la délivrance de ces permis (Pêche et Océans Canada 2003).
[36] La capture de poissons sauvages relève de la réglementation générale sur la pêche, et l'octroi d'autorisations est régi par la politique nationale d'accès aux ressources sauvages (Pêches et Océans Canada 2004).
[37] L.C. 2002, ch. 29. Le Ministre des Pêches et des Océans est le ministre compétent pour les espèces aquatiques.
[38] Ibid. art. 6.
[39] Ibid. art. 32(1).
[40] L.C. 1996, ch. 31.

dans la section « L'application des principes de gouvernance », en relation avec les problèmes d'intégration et de planification spatiale.

L'Agence canadienne d'inspection alimentaire

L'Agence canadienne d'inspection alimentaire est une agence indépendante agissant pour le Ministère de la Santé et ayant la charge de mettre en application trois textes intéressant directement le secteur aquacole. La Loi sur la santé des animaux[41] et son règlement d'application, le Règlement sur la santé des animaux[42], traitent de la gestion et du contrôle des épizooties et s'appliquent notamment aux poissons et aux mollusques. Ces textes concernent les points suivants :

- la santé des animaux importés et exportés, ainsi que la quarantaine et le contrôle des zones affectées par des épizooties[43] ;
- l'interdiction d'importer des animaux appartenant à des espèces inscrites comme en voie de disparition ou menacées, la définition de zones d'éradication pour les animaux aquatiques affectés par des maladies ;
- le contrôle des mouvements des espèces aquatiques[44].

La loi sur l'inspection du poisson[45] et le règlement associé[46] concernent la transformation, l'importation et l'exportation de poisson et de produits de la mer dans des établissements enregistrés au niveau fédéral. Ces textes couvrent les points suivants :

- la certification des établissements pour l'exportation ;
- les pouvoirs et protocoles d'inspection ;
- les normes de construction et normes associées ;
- les obligations concernant la labellisation et la dénomination des espèces[47].

La Loi relative aux aliments du bétail[48] réglemente les aliments pour animaux (y compris ceux qui sont utilisés en aquaculture) importés ou produits dans le pays, sur les plans de la sécurité, de l'efficacité et de l'exactitude de l'étiquetage.

Le Ministère de la Santé

Le Ministère de la Santé (Santé Canada) met en œuvre la Loi sur les aliments et drogues[49],

---

[41] L.C. 1990, ch. 21.
[42] C.R.C., ch. 296.
[43] Loi sur la santé des animaux, art.14 et 19.
[44] Voir le Règlement sur la santé des animaux, Partie XVI. Le règlement est mis en œuvre dans le cadre du Programme national sur la santé des animaux aquatiques, géré conjointement avec le MPO, qui inclut des programmes d'investigation et de surveillance des animaux importés et exportés (Pêches et Océans Canada 2005).
[45] L.R.C. 1985, ch. F-12.
[46] Règlement sur l'inspection du poisson (loi habilitante : loi sur l'inspection du poisson) C.R.C.,2015, ch. 802.
[47] En outre l'Agence, conjointement avec le MPO et le ministères de l'Environnement (Environnement Canada), gère le Programme canadien de contrôle de la salubrité des mollusques, qui « exécute des mesures de contrôle pour s'assurer que seuls les mollusques qui satisfont aux normes en matière de salubrité et de qualité des aliments se retrouvent sur les marchés canadiens et étrangers » (Agence canadienne d'inspection des aliments 2015). Voir également le Règlement sur la gestion de la pêche du poisson contaminé (loi habilitante : loi sur les pêches) 1990, DORS/90-351.
[48] L.R.C. (1985), ch. F-9.

qui réglemente la production, l'importation, l'exportation, le transport inter-provincial et la commercialisation des produits alimentaires et des drogues. Ses dispositions comprennent des clauses relatives à l'information et à la vérification de l'efficacité des médicaments, terme incluant les médicaments à usage vétérinaire[50]. Les médicaments autorisés pour l'aquaculture selon les dispositions de la Loi et du règlement sur les pêches doivent avoir été autorisés dans le cadre de la Loi sur les aliments et les drogues.

L'Agence de réglementation de la lutte antiparasitaire

L'Agence de réglementation de la lutte antiparasitaire est un organe du Ministère de la santé, responsable de la gestion des pesticides au Canada. Elle est chargée de l'application de la Loi sur les produits antiparasitaires[51], dans le cadre de laquelle elle évalue et enregistre les pesticides en usage au Canada (sur une base « risque et valeur »), y compris pour un usage potentiel en aquaculture[52]. L'Agence met également en œuvre un Programme national de surveillance de la conformité, qui comprend des inspections et des investigations fondées sur l'évaluation des risques, mais aussi sur les plaintes émanant du public[53]. Il semble que le Canada fasse preuve d'une relative prudence en ce qui concerne la liste des produits chimiques autorisés pour la lutte antiparasitaire en aquaculture, et que leur usage n'y soit pas très étendu (il est réservé principalement à la lutte contre les poux de mer). Cependant, l'insuffisance des connaissances scientifiques en ce domaine a été soulignée et constitue un sujet de préoccupation (Doelle et Lahey 2014, p.11)[54].

Le Ministère des Transports

Le Ministère des Transports (Transports Canada) met en œuvre la Loi sur la protection de la navigation[55] et la Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada[56]. Cette dernière concerne plutôt la sécurité des navires et les pollutions provenant des navires que l'aquaculture elle-même, et ne sera donc pas examinée ici.

La loi sur la protection de la navigation interdit la construction d'ouvrages « dans, sur, sous, au-dessus ou à travers des eaux navigables » mentionnées dans une annexe, « sauf si cela est

[49] L.R.C. 1985, ch. F-27. NdT : aux termes de l'article 2 de la loi, « sont compris parmi les drogues les substances ou mélanges de substances fabriqués, vendus ou présentés comme pouvant servir : a) au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal ou de leurs symptômes, chez l'être humain ou les animaux; b) à la restauration, à la correction ou à la modification des fonctions organiques chez l'être humain ou les animaux ; c) à la désinfection des locaux où des aliments sont gardés ».

[50] Ibid. art. 2.

[51] L.C. 2002, ch. 28.

[52] Les produits chimiques utilisés dans les aliments pour animaux sont classifiés comme des médicaments (*drugs*), alors que ceux qui sont appliqués sous forme de « traitements par bain » sont considérés comme des pesticides (Doelle et Lahey 2014 p. 10).

[53] En 2013, dans une affaire impliquant une entreprise de la baie de Fundy, une amende de 490 000 dollars canadiens a été infligée pour usage non autorisé de pesticides ayant entraîné une mortalité de homards : Bill Trotter, 'Cooke Aquaculture to pay $490,000 after illegal pesticides kill lobsters in Canada' (Bangor, 27 April 2013) http://bangordailynews.com/2013/04/27/business/cooke-aquaculture-to-pay-490k-after-illegal-pesticides-kill-lobsters-in-canada/.

[54] Au cours du processus de réforme réglementaire mené dans le cadre de la Loi sur les pêches (voir infra, « L'application des principes de gouvernance »), il a été proposé que l'usage de substances autorisées dans ce contexte ne constitue pas une violation de l'article 36 de la loi. Cela reviendrait à créer une dérogation au régime réglementaire des substances nocives.

[55] L.R.C. 1985, ch. N-22. Pour la plupart, les activités aquacoles se déroulent dans des zones entrant dans la définition des eaux navigables.

[56] L.C.C 2001, ch. 26.

fait en conformité avec la présente loi ou toute autre loi fédérale »[57]. Les demandes d'autorisation sont examinées « pour décider si l'ouvrage risque de gêner sérieusement la navigation », en tenant compte d'une série de critères[58]. D'autres dispositions de la loi concernent les obstacles et dépôts divers[59], et incluent des obligations de déclaration. La Garde côtière canadienne est chargée de veiller au respect de la loi et est impliquée dans les processus de sélection de sites, tant dans les provinces à législation principalement provinciale que dans les provinces à législation principalement fédérale.

L'Agence canadienne d'évaluation environnementale

L'Agence canadienne d'évaluation environnementale est responsable de la mise en œuvre de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)[60], qui fixe le champ d'application des méthodes d'évaluation environnementale au niveau fédéral. Remplaçant une loi antérieure, la loi de 2012 a substantiellement limité le champ des projets à régulation fédérale faisant l'objet d'une évaluation environnementale, en restreignant les catégories de projet à évaluer (par le biais d'une liste de projets désignés comme tels), et en augmentant le caractère discrétionnaire des décisions d'évaluation[61]. Il est peu probable qu'un projet aquacole relève dorénavant d'une des catégories de projets désignés comme devant être évalués[62], de sorte qu'une évaluation d'un tel projet ne pourrait être décidée que sur la base du pouvoir discrétionnaire du ministre[63].

Les provinces à réglementation principalement fédérale

Les responsabilités de régulation identifiées dans la section précédente concernent toutes les activités d'aquaculture au Canada, qu'elles se déroulent dans des eaux fédérales ou provinciales, et quelle que soit la province dans laquelle elles se situent. Dans deux provinces, la Colombie-Britannique et l'Île-du-Prince-Edouard, le gouvernement fédéral joue un rôle plus direct que dans les autres en matière de réglementation de l'aquaculture. Dans ces deux provinces, le gouvernement fédéral tient lieu de régulateur primaire pour les activités d'aquaculture en mer. Dans cette section, l'approche réglementaire caractéristique de la Colombie-Britannique est examinée, puis les principales différences avec la situation prévalant sur l'Île-du-Prince-Edouard sont identifiées.

Le nouveau système réglementaire à direction fédérale en vigueur en Colombie-Britannique est issu en droite ligne de l'arrêt Morton, précédemment discuté. Suivant cette jurisprudence, le MPO a élaboré, sous les auspices de la loi fédérale sur les pêches, un règlement intitulé « Règlement du Pacifique sur l'aquaculture », qui s'applique aux activités aquacoles se déroulant dans la mer territoriale et dans les eaux intérieures du Canada jouxtant le littoral de la Colombie-Britannique, ainsi qu'à « toute installation en Colombie-Britannique d'où le poisson peut s'évader dans les eaux de pêche canadiennes »[64].

---

[57] Loi sur la protection de la navigation, art. 3.
[58] Ibid. art. 4.
[59] Ibid. art. 15, 21 et 22.
[60] L.C. 2012, ch. 19, art. 52.
[61] Pour une description complète de l'impact de cette loi et des limitations qui en résultent pour l'évaluation environnementale fédérale, voir Doelle (2012).
[62] Règlement désignant les activités concrètes, DORS/2012-147 (loi habilitante : Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)).
[63] Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012), art. 14(2).
[64] DORS/2010-270, art. 2.

La province a gardé le droit d'émettre des concessions d'occupation du domaine public (mais non des permis de mise en exploitation) pour l'exercice des activités dans les eaux côtières qui sont réputées faire partie de son territoire[65]. En d'autres termes, la province accorde toujours le droit d'utiliser les eaux côtières provinciales à des fins d'aquaculture[66], mais ne décide plus de l'autorisation effective de ces activités, ni des modalités de la délivrance de cette autorisation. Les activités basées à terre et ne présentant pas de risque d'évasion vers l'environnement marin sont quant à elles réglementées au niveau provincial, dans le cadre de la loi sur la gestion environnementale (*Environmental Management Act*)[67].

Au cœur de la nouvelle approche de la réglementation fédérale en Colombie-Britannique, se trouve l'exigence de détenir un permis pour faire fonctionner une installation aquacole[68]. Ces permis sont émis par le MPO. Aux termes de l'article 4 du Règlement du Pacifique sur l'aquaculture, le ministre dispose de larges pouvoirs discrétionnaires pour imposer ses conditions[69]. Les permis peuvent préciser les espèces et les quantités de poissons[70], ainsi que l'âge, la taille, ou l'étape de développement des poissons qu'il est permis d'élever[71]. Le permis peut aussi préciser les eaux dans lesquelles l'activité est autorisée[72], les aliments dont l'usage est autorisé[73] et le procédé de récolte à mettre en œuvre[74].

D'autres conditions peuvent être imposées concernant le contrôle, la surveillance et la déclaration des agents pathogènes et des parasites affectant les animaux en élevage[75] ainsi que les poissons sauvages se trouvant dans le voisinage[76]. Des exigences plus générales de suivi et de déclaration figurent également dans le nouveau règlement[77]. Des mesures additionnelles peuvent être imposées en vue de prévenir les évasions[78], de récupérer les poissons évadés[79], de minimiser l'impact de l'activité sur les poissons sauvages et leur habitat[80], et de surveiller ses effets environnementaux[81]. Les registres à tenir concernant notamment les mortalités, l'entretien des équipements, les accidents concernant le système de confinement, les évasions et la santé des poissons en élevage sont également prévus par le règlement[82].

La Loi sur les pêches donne au MPO de larges pouvoirs en matière de révocation des permis[83], ainsi qu'en matière d'inspection[84]. Il n'y a pas d'obligation de mener une évaluation environnementale préalablement à l'autorisation de mettre en œuvre une activité aquacole, mais le gouvernement fédéral comme le gouvernement provincial ont des pouvoirs

[65] Loi de la Colombie-Britannique sur les pêches, RSBC 1996, ch. 149 (BC Fisheries Act), art. 13 et 14 où, cependant, figure encore le terme « permis » (*license*).
[66] Ibid. art. 13(5).
[67] SBC 2003 ch. 53, art. 5(f)(v). Cette section accorde cette compétence, mais ne fait pas apparaître la mention « basées à terre ».
[68] Règlement du Pacifique sur l'aquaculture, art. 4.
[69] Ibid.
[70] Ibid. art. 4(a).
[71] Ibid. art. 4(b).
[72] Ibid. art. 4(c).
[73] Ibid. art. 4(d).
[74] Ibid. art. 4(e).
[75] Ibid. art. 4(f).
[76] Ibid. art. 4(g).
[77] Voir par exemple ibid. art. 4(m).
[78] Ibid. art. 4(h).
[79] Ibid.
[80] Ibid. art. 4(j).
[81] Ibid. art. 4(k).
[82] Ibid. art. 4(o).
[83] Loi sur les pêches, art. 9.
[84] Ibid. art. 49 et 49.1.

discrétionnaires en matière d'application de procédures d'évaluation environnementale à des projets aquacoles[85]. Sur le plan administratif, les régulateurs fédéraux et provinciaux ont coopéré en vue de créer une procédure harmonisée unique regroupant toutes les informations requises par les lois fédérales sur les pêches et la protection de la navigation, ainsi que par la loi provinciale sur la gestion de l'environnement[86].

La règlementation fédérale ne prévoit pas d'auditions publiques, ou d'autres formes de participation du public à caractère formel. Il n'y a pas d'exigence d'avis public, et pas de disposition concernant un registre public ou tout autre procédé visant à assurer la transparence de la procédure. L'accès à l'information est régi par les législations fédérale et provinciale applicables en ce domaine. Il n'est pas prévu de droit d'appel.

L'approche en vigueur dans la province de l'Île-du-Prince-Edouard est semblable à celle de la Colombie-Britannique, en ceci qu'elle est pilotée par la division provinciale de l'aquaculture du MPO, en application des dispositions de la loi fédérale sur les pêches. La province de l'Île-du-Prince-Edouard ne dispose pas d'une législation spécifique sur l'aquaculture, et la procédure se déroule en application de l'article 7 de la loi fédérale sur les pêches, plutôt que d'un règlement spécifique à l'aquaculture. L'aquaculture de la province est dominée par les activités conchylicoles, alors que c'est la pisciculture qui domine en Colombie-Britannique[87].

Une différence majeure tient au fait que dans l'Île-du-Prince-Edouard, l'octroi des autorisations concernant les activités aquacoles en mer est contrôlé par un comité mixte fédéral-provincial, ce qui permet à la province de jouer un rôle direct dans les décisions d'autorisation des installations, et dans la définition des termes selon lesquelles elles doivent fonctionner. Les autorisations sont accordées initialement pour une période de développement de cinq ans. Si le résultat est jugé satisfaisant, cette période probatoire est suivie par une autorisation concernant la phase d'exploitation commerciale proprement dite[88].

Il n'y a pas d'obligation concernant la participation du public à la procédure réglementaire. Comme dans le cas de la Colombie-Britannique, aucune disposition spécifique ne traite de l'accès du public à l'information. Les candidats ont la possibilité de faire appel des décisions les concernant devant le Comité de recours pour les concessions aquacoles de l'Île-du-Prince-Edouard. En revanche, les tiers n'ont pas de droit d'appel. Les opérateurs doivent remplir un rapport annuel qui tient lieu de mécanisme principal pour le suivi, la déclaration et le contrôle du respect des règles. La procédure d'évaluation environnementale prévue par l'article 9 de la loi provinciale sur l'évaluation de l'environnement[89] s'applique seulement aux activités basées à terre.

Les provinces à réglementation principalement provinciale

En dépit de l'arrêt Morton, les provinces du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Ecosse et de Terre-Neuve-Labrador ont conservé la responsabilité principale de la réglementation des activités d'aquaculture en mer. Cette section examine l'approche réglementaire concernant

[85] Aux termes de l'article 14 de la loi canadienne de 2012 sur l'évaluation environnementale, le ministre a une compétence discrétionnaire pour demander une évaluation environnementale concernant un projet non désigné (NdT : par le règlement DORS/2012-14 mentionné précédemment). Selon la loi de la Colombie-Britannique sur l'évaluation environnementale (*BC Environmental Assessment Act*, SBC 2002, ch. 43), l'obligation d'examen pour certaines catégories de projets peut être établie par la réglementation (art. 5), et le ministre a une compétence discrétionnaire pour les autres projets (art. 6).
[86] SBC 2003, ch. 53.
[87] Pour les implications de cette situation, voir Canadian Science Advisory Secretariat (2015).
[88] Pour plus d'information sur la procédure d'octroi des permis, voir Pêche et Océans Canada (2011b).
[89] RSPEI 1988, ch. E-9.

l'aquaculture en mer dans ces provinces, en commençant par le Nouveau-Brunswick. Les différences principales avec Terre-Neuve et la Nouvelle-Ecosse sont ensuite identifiées. Le rôle résiduel dévolu au gouvernement fédéral est, pour l'essentiel, identique dans les trois provinces. Le gouvernement fédéral y a conservé un rôle réglementaire en application de certains aspects présentés ci-dessus de la compétence fédérale, incluant les activités de capture de poissons sauvages, les espèces aquatiques menacées, le transport, la santé et la sécurité alimentaire.

La province du Nouveau-Brunswick héberge la pisciculture marine la plus importante et la plus mature de la côte orientale du Canada (Gouvernement du Nouveau-Brunswick 2010b). Les activités piscicoles sont concentrées dans la baie de Fundy, alors que les activités conchylicoles, beaucoup plus modestes, sont réparties sur tout le littoral de la province. Le secteur est principalement régi par la loi provinciale sur l'aquaculture[90], votée en 2011 et appliquée en coopération avec le gouvernement fédéral, sur la base d'un protocole d'entente incluant les obligations réglementaires qui émanent des ministères fédéraux des Pêches et Océans et des Transports, ainsi que de l'Agence canadienne de l'inspection alimentaire.

À l'intérieur de la province, le Ministre de l'Agriculture, de l'Aquaculture et de la Pêche du Nouveau-Brunswick joue le rôle de régulateur primaire. Comme dans d'autres provinces du Canada, l'aquaculture au Nouveau-Brunswick est régulée en premier lieu par une obligation faite aux opérateurs de détenir un permis d'exploitation en cours de validité[91], et par de larges pouvoirs conférés aux autorités pour fixer les modalités de l'obtention de ce permis[92]. Les dossiers de candidature sont déposés chez le registraire[93]. Une partie des autorisations les plus importantes reste aux mains du ministre, mais d'autres sont confiées au registraire, ce qui témoigne d'un effort en vue de dépolitiser la procédure d'octroi des permis.

L'article 15 de la loi du Nouveau-Brunswick sur l'aquaculture accorde au ministre et au registraire un pouvoir discrétionnaire concernant les conditions à imposer aux candidats à un permis pour une activité aquacole. Un important aspect de ces conditions concerne la coordination des activités à l'intérieur d'une même baie. Le Nouveau-Brunswick a adopté une approche de la gestion de l'aquaculture par baie, ce qui implique que le ministre dispose de l'autorité pour coordonner les classes d'âge auxquelles doivent appartenir les animaux mis en élevage au cours d'une période donnée dans une zone de gestion donnée d'une baie, ainsi que les périodes de jachère à respecter entre deux cycles d'exploitation.

L'article 13(1) de la loi donne un aperçu de la façon dont peut s'exercer le pouvoir discrétionnaire d'imposer des conditions à l'opérateur. Il propose la liste suivante, à caractère non exhaustif, de conditions possibles :

- l'adhésion à un plan de développement de site aquacole approuvé par le registraire ;
- des normes concernant l'utilisation du site et les densités d'animaux en élevage ;
- la classe d'âge pouvant être élevée sur le site ;
- la longueur de la période de jachère à respecter ;
- les mesures à prendre en vue de minimiser les risques de dégradation de l'environnement ;
- les mesures à prendre pour prévenir les évasions d'animaux en élevage ;

[90] RSNB 2011, ch. 112.
[91] Ibid. art. 6.
[92] Ibid. art. 5(3), 13 et 14.
[93] Ibid. art. 7(1).

- les mesures à prendre pour minimiser le risque que des maladies, des agents pathogènes, des parasites, des toxines ou des contaminants se répandent vers d'autres sites aquacoles ;
- les mesures à prendre pour le respect des normes en vigueur en matière sanitaire, génétique et de qualité ;
- et tout autre sujet que le registraire considère comme nécessaire au respect de la loi et de son règlement d'application.

Les permis peuvent être accordés pour des périodes allant jusqu'à vingt ans[94]. La loi pose les fondements des pouvoirs d'émission[95], de renouvellement[96], d'amendement[97], de suspension et d'annulation[98] des permis. Les permis sont accordés pour des sites déterminés,[99] et ne peuvent être transférés sans autorisation à d'autres sites[100].

La loi inclut des obligations générales concernant la déclaration des problèmes susceptibles d'apparaître sur un site, parmi lesquels la présence de maladies, d'agents pathogènes, de parasites, de toxines et de contaminants[101]. On y trouve aussi des dispositions classiques concernant le suivi de l'activité d'exploitation[102]. La loi du Nouveau-Brunswick contient des dispositions strictes concernant les espèces dont l'élevage est autorisé sur un site[103], et confère au ministre l'autorité pour détruire les animaux de toute espèce non autorisée sur ce site[104]. Le ministre dispose de larges pouvoirs pour faire face, par le biais de directives, à toute menace causée par tout type de problème identifié sur un site d'exploitation[105]. Les inspecteurs ont eux aussi de larges pouvoirs pour inspecter les activités d'exploitation, en vue de vérifier leur conformité à la loi[106].

Comme dans les autres provinces, la procédure d'octroi de permis d'exploitation s'accompagne d'une procédure d'octroi de concessions, qui donnent aux opérateurs le droit d'utiliser le domaine public (*Crown land*) à des fins d'aquaculture[107]. Pour être en mesure de faire fonctionner son installation, l'aquaculteur qui souhaite travailler sur le domaine public maritime doit détenir à la fois une concession et un permis. La durée d'une concession peut aller jusqu'à vingt ans, mais peut être modifiée par le ministre dans certaines circonstances[108].

Une évaluation environnementale à caractère provincial peut être décidée selon la nature de l'activité, mais cette décision a un caractère discrétionnaire. Les dispositions concernant l'information du public sont limitées, et relèvent du candidat plutôt que de l'administration[109]. Pour le reste, la participation du public à la procédure reste à la discrétion du ministre. Il n'y a pas de dispositions visant à assurer la transparence de la procédure ou l'accès du public à l'information. Au contraire, l'article 38 de la loi veille à préserver le caractère confidentiel des informations fournies par le candidat dans le cadre de la procédure réglementaire. Les

[94] Ibid. art. 20(1).
[95] Ibid. art. 8.
[96] Ibid. art. 10.
[97] Ibid. art. 12.
[98] Ibid. art. 29(1).
[99] Ibid. art. 18.
[100] Ibid. art. 16.
[101] Ibid. art. 25.
[102] Ibid. art. 23 et 24.
[103] Ibid. art. 21(1) et (2).
[104] Ibid. art. 21(3).
[105] Ibid. art. 26(2) et (3).
[106] Ibid. art. 30.
[107] Ibid. art. 33.
[108] Ibid. art. 36.
[109] Ibid. art. 33(4).

candidats ont un droit d'appel concernant les décisions les concernant, mais les autres parties affectées par ces décisions ne disposent pas d'un droit équivalent.

L'aquaculture en mer dans la province de Terre-Neuve-Labrador est dominée par les activités piscicoles qui sont localisées sur la côte méridionale de l'île de Terre-Neuve. La province a récemment actualisé sa loi et son règlement sur l'aquaculture [110]. L'approche est fondamentalement similaire à celle qui prévaut au Nouveau-Brunswick. Les éléments-clés du système sont constitués par l'obligation de détenir un permis[111] et une concession pour pouvoir mener une activité aquacole dans les eaux côtières. Le ministre dispose de larges pouvoirs discrétionnaires pour imposer des conditions[112] et pour exiger un suivi de l'activité et une information sur celle-ci[113]. Il existe une présomption défavorable concernant l'élevage d'une espèce nouvelle dans le milieu, à moins que le ministre ne décide que l'espèce candidate ne présente pas de risque pour l'environnement[114].

Dans la première phase de la procédure d'octroi d'un permis, le candidat fournit les informations requises par le ministre[115]. La procédure se poursuit sous la forme d'un dialogue entre le candidat et le département ministériel concerné. La fixation de conditions est largement discrétionnaire, bien que certaines conditions générales soient prescrites par l'article 4(6) de la loi. Il n'existe pas de dispositions formelles concernant la participation du public. Toutefois, les informations fournies doivent être rendues publiques à moins qu'elles ne se voient reconnaître un caractère confidentiel[116]. La loi ne prévoit pas de droit d'appel, et l'application de la procédure provinciale d'évaluation environnementale aux installations aquacoles en mer est largement discrétionnaire. Si cette procédure est mise en œuvre, elle inclut une période obligatoire de consultation du public[117].

L'aquaculture de la Nouvelle-Ecosse est la plus diversifiée de toutes celles des provinces de l'Atlantique. Elle inclut des activités piscicoles, des activités conchylicoles ainsi que des cultures de végétaux marins, et se pratique non seulement en mer mais aussi à terre. La procédure réglementaire pour les installations en mer, définie par la loi de la Nouvelle-Ecosse sur la pêche et les ressources côtières[118], est similaire à celles que l'on observe au Nouveau-Brunswick et à Terre-Neuve, dans la mesure où elle inclut également l'octroi d'un permis et d'une concession,[119] et repose sur de larges pouvoirs accordés au ministre pour imposer des conditions d'exploitation[120], exiger des activités de suivi et de déclaration[121], et inspecter les activités. La loi n'impose pas de mener une évaluation environnementale pour le développement de nouvelles activités d'aquaculture en mer[122]. Elle ne contient pas de dispositions relatives à la participation du public. En revanche, outre le candidat, toute personne se considérant comme lésée par une décision relative à un permis peut faire appel de cette décision[123].

[110] RSNL 1990, ch A-13.
[111] Ibid. art. 4(1).
[112] Ibid. art. 4(6).
[113] Ibid. art. 6.
[114] Ibid. art. 8(3).
[115] Ibid. art. 4(3).
[116] Ibid. art. 9(3) et (4).
[117] Loi sur la protection de l'environnement, SNL 2002, ch. E-14.2, art. 58.
[118] SNS 1996, ch. 25.
[119] Ibid. art. 44 et 52.
[120] Ibid. art. 56(1)(b).
[121] ibid. art. 10(2).
[122] Ibid. art. 15.
[123] Ibid. art. 118 et 119.

La réforme de la réglementation en Nouvelle-Ecosse

En avril 2013, la province de Nouvelle-Ecosse a créé une commission indépendante en vue d'initier le développement d'un « cadre réglementaire pour le secteur de l'aquaculture, qui soit cohérent avec l'état de l'art en matière d'intégration et d'avancement de la protection de l'environnement, de bien-être social et de perspectives économiques »[124]. Le mandat de la commission couvrait l'ensemble du secteur, incluant les activités piscicoles, conchylicoles et de culture de végétaux marins, aussi bien en mer qu'à terre. Il était demandé à la commission de « s'efforcer de faire des recommandations à la lumière des intérêts environnementaux, sociaux et économiques à long terme de la province, et en accord avec les priorités, les principes et les intérêts pris en compte dans la législation de la Nouvelle-Ecosse »[125]. La procédure de travail comprenait un comité consultatif regroupant les parties prenantes, plus de 40 rencontres avec des collectivités, plus de 20 réunions bilatérales avec différents acteurs, une table-ronde à laquelle participaient les représentants des secteurs et intérêts-clés, et un processus pour la prise en compte du savoir scientifique et du savoir des communautés.

La table-ronde a joué un rôle particulièrement important. Celui-ci consistait fondamentalement à émettre des avis sur (1) les questions relatives au développement durable futur de l'aquaculture en Nouvelle-Ecosse, prenant en compte la protection de l'environnement, le bien-être social et les opportunités économiques, et (2) la formulation de recommandations concernant un nouveau cadre réglementaire. A cette table-ronde participaient des représentants des Mi'kmaq ainsi que des représentants des secteurs de l'aquaculture, de la pêche et du tourisme, des municipalités, des communautés côtières, des pêcheurs récréatifs, des environnementalistes et du grand public. Conduite par un animateur indépendant, la table-ronde a produit un rapport en mai 2014, exposant ses conclusions et ses recommandations à la commission[126]. Celle-ci a pris appui sur les recommandations de la table-ronde, sur les apports provenant d'une liste de scientifiques et d'experts, ainsi que sur les résultats des réunions publiques et individuelles pour élaborer ses propres recommandations, publiées dans un rapport remis en décembre 2014.

Le rapport de la commission commence par souligner l'importance d'une articulation de principes et d'objectifs clairs et précis en matière de régulation, en vue de guider la formulation et la mise en œuvre de la réglementation et de renforcer la responsabilité des autorités régulatrices. Il en conclut que le système de régulation devrait être guidé par les objectifs suivants, incorporés dans la loi (Doelle et Lahey 2014, p. xi) :

- la protection de l'environnement et l'utilisation durable des ressources naturelles ;
- l'équité dans l'allocation des ressources publiques ;
- la proportionnalité des bénéfices publics aux ressources publiques qui sont mises en oeuvre ;
- la compatibilité avec d'autres activités importantes, telles que la pêche, le tourisme, la navigation ;

[124] Le mandat de la commission peut être consulté sur : www.aquaculturereview.ca/sites/default/files/TOR_Panel.pdf
[125] Ibid. La législation concernée inclut la Loi sur les objectifs environnementaux et la prospérité durable (*Environmental Goals and Sustainable Prosperity Act*), SNS 2002, ch. 7, as am SNS 2007, ch. 42.
[126] Independent Aquaculture Regulatory Review, 'Roundtable Final Report' (2014).

- le soutien à la prospérité soutenable, c'est-à-dire la maximisation des valeurs économiques tout en limitant les impacts et les risques, avec des indicateurs de succès concernant le bien-être et la santé des poissons ;
- une réelle consultation du public ;
- l'attention portée aux communautés locales ;
- un système de régulation qui soit applicable, à coût raisonnable, efficace et efficient.

Le rapport conclut en outre que les principes suivants devraient guider la conception et la mise en œuvre du cadre réglementaire (Ibid.) :

- efficacité
- ouverture
- transparence
- responsabilité
- proportionnalité
- intégration
- précaution.

Finalement, la commission identifie un certain nombre d'éléments fondamentaux qu'elle considère comme critiques pour la mise en œuvre efficace du nouveau système de régulation. En premier lieu, le besoin d'une attitude plus constructive, particulièrement de la part du gouvernement et des professionnels de l'aquaculture envers le public, mais aussi de la part du public vis-à-vis des professionnels du secteur. En second lieu, la nécessité de mettre en œuvre le nouveau système de régulation en ayant comme objectif d'aider les professionnels à résoudre le problème de l'acceptabilité sociale de leur activité en Nouvelle-Ecosse. La commission conclut que le nouveau système devrait être moins discrétionnaire afin d'améliorer la cohérence, la transparence, la responsabilité et la crédibilité de la régulation.

Les capacités de régulation devraient être renforcées. La compatibilité des activités aquacoles avec d'autres usages devrait être un souci prioritaire lors de l'élaboration et de la mise en œuvre de la réglementation. Le développement d'une recherche indépendante devrait contribuer à combler des lacunes importantes en matière d'information. Le système de régulation devrait bénéficier d'une meilleure coopération à l'échelle régionale, et d'une meilleure coordination entre autorités fédérales et provinciales. Enfin, le succès à long terme requiert un engagement permanent en vue d'assurer l'excellence de la régulation, et des progrès continus en vue d'encourager le développement d'une activité à haute valeur ajoutée et à faible impact environnemental.

Pour améliorer la transparence, la cohérence et la responsabilité, la commission recommande que les exigences-clés en matière de régulation soient explicitées dans la loi, pour être ensuite incorporées dans les conditions d'octroi des concessions et des permis (Mitchell et al. 2013 p.22-23). Les questions qui devraient être explicitées dans la loi incluent (Doelle et Lahey 2014, p.51-54) :

- la conditionnalité de chaque permis, en application de la loi, de la réglementation et des clauses des permis et concessions;
- le respect des procédures de suivi environnemental ;
- l'obligation de maintenir des conditions oxiques ;

- l'exigence d'utilisation de technologies anti-salissures à caractère mécanique, et non chimique ;
- les exigences habituelles concernant la compatibilité avec la navigation ;
- la nécessité de faire apparaître, dans le permis d'exploitation, l'espèce en élevage, la densité maximale d'élevage et les périodes de jachère à respecter ;
- la durée de la concession et du permis ;
- toute procédure opérationnelle particulière ou technologie identifiée dans le cadre de la procédure d'examen réglementaire en vue de réduire l'impact environnemental de l'activité ;
- des règles claires concernant l'usage de médicaments et de pesticides ;
- des obligations de déclaration pleinement transparente pour chaque type d'aquaculture, incluant pour la pisciculture les éléments suivants :
  - les évasions de poissons en élevage ;
  - les épisodes et niveaux de surmortalité ;
  - les dommages aux équipements ;
  - les résultats du suivi de l'exploitation ;
  - les épizooties et les déclenchements d'infestation par les poux de mer ;
  - l'utilisation de traitements autorisés pour traiter les épizooties et les infestations par les poux de mer.

Le point de départ de la proposition de la commission concernant le système de régulation de l'aquaculture en mer consiste à mettre en place un mécanisme de demandes d'option de location de zone déterminées dans les eaux côtières. Une telle option donnerait à son titulaire une priorité sur d'éventuels concurrents pour le site concerné, sans préjuger de l'autorisation d'exercer des activités aquacoles sur ce site, ni des conditions de cette éventuelle autorisation. Une fois accordée, l'option de location serait rendue publique, notamment par le biais d'un site internet. Avant de candidater formellement pour une concession et un permis d'exploitation, le titulaire de l'option devrait s'engager dans une procédure de pré-candidature, qui inclurait une consultation publique, avec la possibilité de recourir à un tiers jouant le rôle de facilitateur afin de garantir une participation effective du public (Ibid. p.xxiii).

La deuxième étape-clé du processus de régulation proposé par la commission consiste en un dossier de candidature pour une concession et un permis d'exploitation. Le dossier contiendrait des informations détaillées sur la localisation de l'activité, l'espèce mise en élevage, la densité d'élevage, les technologies et les procédures opérationnelles qu'il est prévu de mettre en oeuvre. Ces informations seraient incluses dans la description du projet, constituant une partie du dossier de candidature. Celui-ci devrait également identifier les conflits d'usage potentiels ainsi que les préoccupations environnementales, et synthétiser les résultats de la consultation publique. Ces informations seraient incluses dans un rapport de cadrage. Le dossier de candidature serait rendu public (Ibid.).

L'étape suivante est constituée par un examen préliminaire de la candidature, en vue de déterminer la procédure appropriée pour l'examen public du dossier. Cet examen préliminaire se caractériserait, en ce qui concerne la pisciculture en mer, par une classification à l'aide d'un code-couleur rouge-jaune-vert. L'idée sous-jacente est de déterminer si la proposition

concerne une zone particulièrement appropriée d'un point de vue biophysique et dans une perspective socioéconomique, ou une zone inappropriée sous un ou plusieurs angles, ou encore si la réponse est incertaine ou dépend de la taille et de la nature de l'activité projetée :

- les zones vertes seraient celles qui sont considérées comme bien adaptées à la pisciculture ;
- les zones jaunes seraient celles qui sont considérées comme éventuellement acceptables mais non idéales et, comme telles, requièrent une approche plus prudente de la sélection du site, une évaluation plus rigoureuse du projet dans le cadre de la procédure d'octroi de la licence et de la concession, des conditions plus strictes et plus limitatives pour la délivrance de l'autorisation et une surveillance additionnelle de la part du régulateur ;
- les zones rouges seraient celles qui sont considérées comme généralement inadaptées à la pisciculture (Ibid. p. xv).

La classification des zones côtières de la Nouvelle-Ecosse peut être réalisée de façon générique, par exemple sur la base d'une évaluation environnementale stratégique. De façon alternative, elle peut être effectuée au cas par cas, lors de l'examen préalable des dossiers de candidature. Selon la classification du site, l'examen réglementaire du dossier peut être mené par le biais d'une audience administrative (*administrative hearing*) ou juridictionnelle (*adjudicative hearing*). Les exigences de fond, concernant les obligations de suivi et de déclaration, varieraient également selon la classification du site.

À l'issue de la procédure d'audience, le permis et la concession sont soit refusés, soit accordés sous certaines conditions. Ces conditions doivent inclure celles qui sont spécifiées dans la législation, mais peuvent inclure des exigences additionnelles. De façon générale, les obligations de suivi et de déclaration, ainsi que les exigences concernant les périodes de jachère, devraient être plus strictes pour des activités localisées en zone jaune que pour des activités localisées en zone verte, et les densités d'élevage devraient être plus faibles dans les zones comportant des risques plus importants. D'autres exigences de fond, comme la nécessité de préserver des conditions oxiques, l'utilisation de médicaments et de pesticides, les méthodes anti-salissures autorisées, devraient a priori être les mêmes quelle que soit la classification de la zone. Les conditions sous lesquelles l'autorisation est accordée devront être rendues publiques (Ibid. p. xvii-xix).

Si une concession et un permis sont accordés, la commission recommande une amélioration du suivi de l'activité et du contrôle de l'application des règles, ainsi qu'un examen détaillé de l'aptitude du site et de l'adéquation de l'activité à l'issue du premier cycle d'élevage. Le système de régulation lui-même doit rester aux mains du Département des pêches et de l'aquaculture. Cependant, les responsabilités concernant le suivi et le contrôle du respect des règles devraient être transférées au Département de l'environnement. Les transferts, extensions et autres changements d'activité devront être strictement contrôlés et pleinement transparents.

Un élément clé du système de régulation recommandé par la commission est sa pleine transparence. Le principe fondamental est que le public devrait en savoir autant que le régulateur, et aussi vite que le régulateur, sur le déroulement de l'activité, à l'exception d'une catégorie clairement définie et étroitement délimitée d'informations à caractère confidentiel relevant du secret des affaires[127]. Cela signifie que le public devrait être informé lorsque les

[127] L'importance de la transparence et de la séparation des tâches de régulation et de promotion du secteur a été soulignée par plusieurs participants. Voir par exemple Independent Aquaculture Regulatory Review for Nova Scotia (2014).

poissons sont malades ou meurent, lorsqu'ils sont traités et de quelle façon ils le sont, et avoir connaissance des résultats de la surveillance concernant la présence de toxines dans la colonne d'eau et l'état du benthos à proximité du site.

Enfin, le système de régulation des activités piscicoles en mer devrait inclure un système complet de prévention des évasions. Les éléments-clés de ce système devraient comprendre des mesures visant à s'assurer que les équipements sont conçus et entretenus de façon adéquate, la déclaration de toutes les évasions aux autorités et au public, et un système qui permettrait d'assurer la traçabilité des poissons échappés. Les mécanismes de prévention des évasions qui sont utilisés dans l'Etat du Maine (Etats-Unis) sont cités comme un exemple pouvant être utilisé pour définir l'approche de la Nouvelle-Ecosse dans ce domaine (Doelle et Lahey 2014, p.111).

Le 21 avril 2015, le gouvernement provincial a déposé des amendements à la loi provinciale sur la pêche et les ressources côtières, en vue de lancer le processus de mise en œuvre des réformes recommandées par la commission. Ces amendements ont été adoptés avec le soutien de tous les partis et ont reçu la sanction royale le 11 mai. Beaucoup de détails ont été reportés au règlement d'application devant être adopté ultérieurement. Une évaluation de la mise en œuvre du rapport de la commission ne sera possible qu'une fois ce règlement adopté[128].

L'application des principes de gouvernance

Toute tentative pour évaluer le régime canadien d'aquaculture en mer au regard des principes de gouvernance durable se heurte à la diversité des systèmes de régulation en vigueur. Toutefois, en prenant appui sur les développements qui précèdent, on peut effectuer quelques observations à caractère général concernant la compatibilité des approches actuelles avec certaines attentes majeures relatives à un système moderne et durable de gouvernance de l'aquaculture, incluant les principes de précaution et d'intégration, l'approche écosystémique, la participation du public, l'équité sociale et les droits autochtones.

Il est certainement possible de trouver des exemples d'engagement en faveur des principes de durabilité dans les textes actuels. Au niveau fédéral, le Document de politique du MPO en matière d'aquaculture de 2008 comporte un engagement général à mettre les principes de développement durable au cœur de la politique en matière d'aquaculture, incluant, entre autres, les éléments suivants :

- l'adoption d'une « gestion intégrée et écosystémique » ;
- le recours à la gestion des risques et à l'approche de précaution « lorsqu'appropriée » ;
- la prise en compte des questions d'équité en vue d'assurer « une utilisation optimale de l'espace aquatique » ;
- la reconnaissance et la mise en œuvre des droits autochtones dans le contexte de l'aquaculture (Pêches et Océans Canada 2008a)[129].

Des exemples limités peuvent également trouvés dans les pratiques de diverses provinces (en dehors du cas des propositions de réforme en Nouvelle-Ecosse, présentées ci-dessus). Il y a, par exemple, des dispositions relatives aux évaluations environnementales dans plusieurs

[128] An Act to Amend Chapter 25 of the Acts of 1996, the Fisheries and Coastal Resources Act, Respecting Aquaculture HC Bill (2014-15) [95]; Fisheries and Coastal Resources Act, SNS 2015, ch. 25.
[129] Des préoccupations similaires ont été formulées dans le cadre de l'examen de la législation réalisé par le Bureau du commissaire au développement de l'aquaculture (Bureau du commissaire au développement de l'aquaculture 2001).

législations provinciales et des exemples limités concernant une approche, au moins partielle, de la planification et du zonage intégrés, tels que la gestion par baie utilisée au Nouveau-Brunswick. À Terre-Neuve, la présomption contre l'introduction de nouvelles espèces peut être considérée comme une mise en pratique de l'approche de précaution. En ce qui concerne les droits autochtones, la tendance va clairement dans le sens d'une plus grande reconnaissance du rôle des Premières Nations dans la gouvernance de l'aquaculture, même si l'impulsion n'est pas venue d'initiatives législatives, mais plutôt de décisions de justice visant à faire respecter des obligations constitutionnelles.

Cependant, la mise en œuvre des principes de durabilité a été généralement limitée et sporadique, pour plusieurs raisons. En premier lieu, les affirmations de soutien les plus larges et les plus fortes concernant ces principes ont été formulées dans des déclarations de politique publique à caractère non contraignant comme le Document de politique du MPO en matière d'aquaculture de 2008, et non dans des instruments législatifs ou réglementaires contenant des dispositions à caractère obligatoire. De plus, ces déclarations elles-mêmes incorporent, de façon non négligeable, des interprétations restrictives des principes fondamentaux[130], ou des avertissements significatifs concernant la façon dont la *mise en œuvre* des objectifs de la politique sera réalisée[131], et il apparaît que cette mise en œuvre (notamment le recours aux évaluations environnementales) revêt un caractère essentiellement discrétionnaire.

En second lieu, la mise en œuvre cohérente de principes, quels qu'il soient, ne peut qu'être contrariée par l'absence de cohérence du régime légal. Au niveau fédéral, en l'absence d'une loi sur l'aquaculture, le régime de régulation doit s'appuyer sur un grand nombre d'instruments législatifs présentés ci-dessus, chacun étant doté de ses propres objectifs et critères, et aucun d'entre eux ne s'intéressant particulièrement aux exigences de la régulation de l'aquaculture. À cela il convient d'ajouter, bien entendu, la nécessité d'intégrer et de coordonner les apports de la réglementation fédérale (eux mêmes fragmentés) avec les réglementations provinciales et territoriales, tout particulièrement lorsque la réglementation est à dominante provinciale. Ce problème est particulièrement aigu en ce qui concerne les principes de la gestion intégrée et de l'approche écosystémique ; s'il ne peut être exclu de parvenir à réaliser une approche intégrée par le biais d'un processus coordonné de planification et de consultation des différentes agences provinciales et des divers acteurs fédéraux, dans le meilleur des cas il s'agit d'un processus ad hoc, dont l'issue n'est nullement garantie[132].

[130] Le document de politique du MPO en matière d'aquaculture (Pêches et Océans Canada 2008a), par exemple, adhère à l'approche de précaution, mais seulement en conjonction avec les approches fédérales de la « gestion des risques », et en conformité avec la version restrictive de l'approche de précaution adoptée par la Loi sur les océans, art. 30 (c), qui définit celle-ci comme le fait de « pécher par excès de prudence ».

[131] Voir par exemple le document du MPO (Pêche et Océans Canada 2009), qui commence par afficher de grands principes et objectifs de politique publique, mais poursuit en avertissant que sa mise en oeuvre se fera uniquement « progressivement au fil du temps », et « dans les limites des ressources dont disposent les organismes compétents », tout en respectant les compétences légales de chaque acteur.

[132] La Loi sur les océans de 1996, dans sa partie II, prévoit le développement d'une stratégie nationale sur les océans [art. 29] et de plans de gestion intégrés [art. 31]. Cependant, au-delà de son propre mandat, le MPO se voit seulement confier la mission de conduire et faciliter le développement de cette stratégie et de ces plans, et ne reçoit aucun pouvoir pour exiger la participation d'autres départements fédéraux, a fortiori des provinces, à cette planification intégrée [art. 32 et 33]. À ce jour, les plans qui ont été élaborés tant pour les Zones étendues de gestion des océans (*Large Ocean Management Areas*) que pour les Zones de gestion côtières (*Coastal Management Areas*), en restent à un niveau de généralité ne permettant pas des applications opérationnelles en matière de planification de l'aquaculture et, de toutes façons, n'ont aucun caractère contraignant (voir Pêches et Océans Canada 2002).

Un examen mené en 2006 de l'application des principes de durabilité dans le cadre de la régulation de l'aquaculture canadienne a mené à la conclusion d'un échec général des tentatives pour aller au-delà des déclarations d'intentions (VanderZwaag et al. 2006, p.84). En dépit de développements ultérieurs tels que le Document de politique en matière d'aquaculture de 2008, cette conclusion reste valide.

Quelles sont les perspectives concernant un éventuel changement ? À l'échelon provincial, les propositions de réforme formulées en Nouvelle-Ecosse, qui ont été détaillées supra, tentent de donner consistance aux principes de participation du public, de planification et d'intégration écosystémique dans le contexte d'un processus caractérisé par des compétences partagées. La question de l'approche de précaution est également traitée, avec un accent mis sur une approche « délibérative », par laquelle le rôle sous-jacent du principe se reflète dans « un développement graduel en combinaison avec la surveillance et la recherche en vue d'obtenir une meilleure compréhension des impacts et des risques » (Doelle et Lahey 2014, p.38). Le rapport de la commission de Nouvelle-Ecosse constitue probablement à ce jour la feuille de route la plus complète pour la mise en œuvre des principes de développement durable dans la gouvernance de l'aquaculture. Mais, comme il a été noté précédemment, le succès de cet effort ne pourra être apprécié qu'au vu de l'adoption et de la mise en œuvre effective d'une réglementation concrète, et par ailleurs il reste à voir si les autres provinces suivront la voie tracée par la Nouvelle-Ecosse.

À l'échelon fédéral, les perspectives concernant un réel progrès sont encore moins claires. Le Règlement du Pacifique sur l'aquaculture, discuté ci-dessus, constitue au mieux une approche minimaliste de la régulation en Colombie-Britannique, se préoccupant peu de principes tels que la participation du public ou la précaution (au-delà de « l'engagement » fédéral exprimé en termes généraux en faveur du concept). Au plan national, de 2012 à 2014 le gouvernement fédéral s'est engagé dans un processus de consultation concernant un nouveau régime réglementaire de gestion des effluents des sites aquacoles (Pêches et océans Canada 2012), qui a débouché sur une proposition de règlement en 2014 (Pêches et Océans Canada 2014). Cette proposition est remarquable, en premier lieu, par le caractère extrêmement étroit de son champ (les effluents) et, en second lieu, par l'abdication qu'elle implique du rôle fédéral de régulation des effluents dans le cadre de la Loi sur les pêches, au profit des provinces (Doelle et Lahey 2014, p.43). Aucun élément du Règlement du Pacifique sur l'aquaculture ou de la proposition sur la gestion des effluents ne traduit une quelconque volonté fédérale d'aller dans le sens des principes de durabilité mis en avant dans le document de politique de 2008[133].

Conclusion

La gouvernance de l'aquaculture marine au Canada reste dans un état d'incertitude, que souligne clairement l'existence d'au moins trois régimes de compétences différents dans les régions étudiées ici : des systèmes à dominante provinciale en Nouvelle-Ecosse, au Nouveau-Brunswick et à Terre-Neuve (avec des lacunes persistantes concernant la compétence territoriale des régimes provinciaux d'octroi de permis) ; une réglementation à dominante fédérale faisant suite à une décision de justice en Colombie-Britannique ; et une régulation à dominante fédérale décidée d'un commun accord dans la province de l'Île-du-Prince-

[133] Au moment où la rédaction de ce texte s'achevait, le Comité sénatorial permanent des pêches et des océans a publié les résultats de son examen du rôle des autorités fédérales en matière d'aquaculture, qui de façon générale confirment ce jugement pessimiste. Le rapport du Comité se concentre sur les opportunités de développement et d'expansion ainsi que sur les besoins de recherche future, mais contient peu d'éléments de fond concernant la façon dont les principes de durabilité discutés ci-dessus pourraient être appliqués de façon concrète dans le cadre des compétences fédérales (Comité sénatorial permanent des pêches et des océans 2015).

Edouard. Le fonctionnement en parallèle (ou en coopération) de régimes séparés n'est pas nécessairement totalement négatif – on pourrait soutenir, en effet, que la tension entre une autorité provinciale orientée vers le développement économique et un régime fédéral focalisé sur l'environnement a démontré dans le passé qu'elle pouvait déboucher sur un équilibre productif.

Cependant, il apparaît difficile, voire impossible, de mettre en œuvre une approche nationale cohérente pour traduire en actes les principes de gouvernance durable de l'aquaculture dans un système qui est fragmenté, à la fois entre les niveaux de gouvernement et à l'intérieur de chaque niveau (compte tenu des mandats distincts de chaque département concerné). Il est clair, pour reprendre une recommandation datant de 1982 au moins (Wildsmith 1982, passim)[134], qu'une loi fédérale sur l'aquaculture constitue une exigence minimale pour que soient énoncés les principes fondamentaux de gouvernance qui devraient (sur une base obligatoire) guider les actions de régulation fédérale du secteur. La promulgation d'une législation fédérale est une condition nécessaire mais non suffisante pour la mise en oeuvre d'une approche de la gouvernance de l'aquaculture fondée sur des principes. En l'absence de volonté politique de mettre en place des principes et des normes à caractère contraignant et de veiller à leur application, la seule clarification des compétences juridictionnelles se révélera en fin de compte inefficace.

Remerciements

Les auteurs adressent leurs remerciements au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada pour son soutien à leur recherche, notamment par le biais du Partenariat OceanCanada.

Bibliographie

Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada (2014) « Réussite canadienne en Nouvelle-Ecosse » http://news.gc.ca/web/article-fr.do?nid=873169.

Agence canadienne d'inspection des aliments (2015) « Programme canadien de contrôle de la salubrité des mollusques » http://www.inspection.gc.ca/aliments/poisson-et-produits-de-la-mer/salubrite-des-mollusques/fra/1299826806807/1299826912745.

Association aquacole du Canada (2014) "Profiles in Canadian Aquaculture" Bulletin 112-1, http://www.aquacultureassociation.ca/assets/Uploads/AAC-Bulletin-112-1.pdf.

Bureau du commissaire au développement de l'aquaculture (2001) « Examen des lois et règlements applicables à l'aquaculture au Canada » http://www.dfo-mpo.gc.ca/aquaculture/ref/legal-lois-fra.htm

Canadian Science Advisory Secretariat (2015) "Carrying capacity for shellfish aquaculture with reference to mussel aquaculture in Malpeque Bay, Prince Edward Island" Science advisory report 2015/003 http://publications.gc.ca/collections/collection_2015/mpo-dfo/Fs70-6-2015-003-eng.pdf.

Chambre des communes du Canada (2003) « Le rôle fédéral en aquaculture au Canada » Comité permanent des pêches et des océans. http://www.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/372/FOPO/Reports/RP1032312/foporp03/foporp03-f.pdf

[134] Plus récemment, voir le rapport du comité sénatorial permanent des pêches et des océans (2015) p. 23-24.

Chang B. D. et F.H. Page F.H. (2014) "Historical and Spatial Trends in Selected Aspects of the Finfish Aquaculture Industry in South Western New Brunswick, Bay of Fundy, 1978–2012" Can Tech Rep Fish Aquat Sci 3112, 1 http://publications.gc.ca/collections/collection_2015/mpo-dfo/Fs97-6-3112-eng.pdf.

Chircop A. (2006) "Mariculture and Canadian Maritime Law: An Unexplored Relationship" in VanderZwaag D. et Chao G. (Eds), *Aquaculture Law and Policy*, Routledge.

Comité sénatorial permanent des pêches et des océans (2015) « Un océan de possibilités : l'aquaculture au Canada (volume 3) » http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/412/pofo/rep/rep12jul15Vol3-e.pdf.

Doelle M. et Lahey W. (2014) "A New Regulatory Framework for Low-Impact/High-Value Aquaculture in Nova Scotia: The Final Report of the Independent Aquaculture Regulatory Review for Nova Scotia". Province of Nova Scotia.

Doelle M. (2012) "CEEA 2012: The end of Federal EA as we know it?" 24 JELP 1.

Ginn D. (2006) "The Potential Impact of Aboriginal Title on Aquaculture Policy" in VanderZwaag D. et Chao G. (Eds), *Aquaculture Law and Policy*, Routledge.

Gouvernement du Nouveau-Brunswick (2010a) "New Brunswick Shellfish Aquaculture Development Strategy 2010–2014" http://www.gnb.ca/0027/Aqu/pdfs/ShellfishStrategy2010-2014.pdf.

Gouvernement du Nouveau-Brunswick (2010b) "New Brunswick Finfish Aquaculture Development Strategy 2010-2014" http://www.gnb.ca/0168/FinfishStrategy2010-2014.pdf.

Gouvernement de l'Île-du-Prince-Edouard (2014) "Aquaculture" Ministère de l'agriculture et de la pêche http://www.gov.pe.ca/fard/index.php3?number=77919&lang=E.

Independent Aquaculture Regulatory Review for Nova Scotia (2014) "Comparative Analysis of Aquaculture Regulatory Frameworks in Maine and Nova Scotia" (East Coast Environmental Law 2014) www.ecelaw.ca/comparative-analysis-of-aquaculture-regulatory-frameworks-in-maine-and-nova-scotia.html.

Mitchell L.J., Barry T. et Poirier M. (2013) "Aquaculture Regulation in Nova Scotia: Overview of the Regulatory Framework and Considerations for Regulatory Reform", East Coast Environmental Law, Halifax, Nova Scotia, Canada. http://www.ecelaw.ca/aquaculture-regulation-in-nova-scotia-overview-of-the-regulatory-framework-and-considerations-for-regulatory-reform.html.

Murphy R., Devlin R. et Lorincz T. (2006), "Aquaculture Law and Policy in Canada and the Duty to Consult with Aboriginal Peoples" in VanderZwaag D. et Chao G. (Eds), *Aquaculture Law and Policy*, Routledge.

Nichols S., Edwards I., Dobbin J., Komjathy K. et Hanham S. (2001) "Real Property Issues in the Marine Aquaculture Industry in New Brunswick" University of New Brunswick, Department of Geodesy and Geomatics Engineering Technical Report No. 208.

Pêches et Océans Canada (2002) « Le cadre stratégique et opérationnel pour la gestion intégrée des environnements estuariens, côtiers et marins au Canada » http://www.dfo-mpo.gc.ca/oceans/publications/cosframework-cadresoc/pdf/im-gi-fra.pdf.

Pêches et Océans Canada (2003) « Code national sur l'introduction et le transfert d'organismes aquatiques » www.dfo-mpo.gc.ca/science/environmental-environnement/ais-eae/code-fra.htm.

Pêches et Océans Canada (2004) « Politique du MPO : Accès aux ressources aquatiques sauvages aux fins d'aquaculture » www.dfo-mpo.gc.ca/aquaculture/ref/AWAR-ARAS-eng.htm.

Pêches et Océans Canada (2005) « Programme national sur la santé des animaux aquatiques » http://www.dfo-mpo.gc.ca/science/aah-saa/National-Aquatic-Animal-Health-Program-fra.html.

Pêches et Océans Canada (2008a) « Politique du MPO en matière d'aquaculture » www.dfo-mpo.gc.ca/aquaculture/ref/APF-PAM-fra.htm.

Pêches et Océans Canada (2008b) « L'industrie de l'aquaculture » www.dfo-mpo.gc.ca/species-especes/act-loi/aquaculture-fra.htm.

Pêches et Océans Canada (2009) « Politique du Canada pour la conservation du saumon atlantique sauvage » http://www.dfo-mpo.gc.ca/fm-gp/policies-politiques/wasp-pss/wasp-psas-2009-fra.htm.

Pêches et Océans Canada (2011a) « L'aquaculture en Colombie-Britannique » <http://www.pac.dfo-mpo.gc.ca/publications/docs/aqua_mgmt-gest_aqua-fra.html>.

Pêche et Océans Canada (2011b) "Prince Edward Island Aquaculture Leasing Policy" http://www.gov.pe.ca/forms/pdf/1780.pdf.

Pêches et Océans Canada (2012) « Consultations sur l'élaboration d'un régime de règlementation proposée, prévu par la Loi sur les Pêches, en vue de gérer les rejets de substances liées aux activités aquacoles » www.dfo-mpo.gc.ca/aquaculture/RASRR/consultations/2012/index-fra.htm.

Pêches et Océans Canada (2013) « Statistiques, Faits et chiffres sur l'aquaculture » http://www.dfo-mpo.gc.ca/aquaculture/stats/index-fra.htm

Pêches et Océans Canada (2014) « Effet socio-économique de l'aquaculture au Canada, 2013 » http://www.dfo-mpo.gc.ca/aquaculture/sector-secteur/socio/index-fra.htm.

Pêches et Océans Canada (2014) « Proposition de règlement sur les activités d'aquaculture » (juillet 2014) Gazette du Canada www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2014/2014-08-23/html/reg1-fra.php.

Saunders P. et Finn R. (2006) "Property Rights in Canadian Aquaculture: A Principled Approach" in VanderZwaag D. et Chao G. (Eds), *Aquaculture Law and Policy*, Routledge.

VanderZwaag D, Chao G. et Covan M. (2006) "Canadian Aquaculture and the Principles of Sustainable Development: Gauging the Law and Policy Tides and Charting a Course" in VanderZwaag D. et Chao G. (Eds), *Aquaculture Law and Policy*, Routledge.

Wildsmith B. (1982) *Aquaculture: The Legal Framework,* Emond-Montgomery.

Changing Rules, the Evolution of Property Rights, and Industrial Organization: A Case Study from Canadian Aquaculture[1]

James R. Wilson[a] et Thierry Chopin[b]

[a] Professeur d'économie, Université du Québec à Rimouski
James.wilson@uqar.ca

[b] Professeur de biologie marine, University of New Brunswick (St John)
tchopin@unbsj.ca

Résumé

Cette contribution est consacrée à l'industrie de la salmoniculture du Nouveau-Brunswick en Baie de Fundy. Elle comprend un bref historique de cette industrie et une discussion des règles d'attribution des sites et de gestion de la production, ainsi que des impacts potentiels de ces règles sur l'évolution de l'organisation du secteur. L'examen de l'histoire du secteur suggère que les caractéristiques d'éligibilité à de nouveaux programmes de développement de l'aquaculture peuvent avoir un impact sur les coûts de développement et sur la rapidité des changements observés dans la structure de l'industrie. Nous discutons également les changements de politique que les législateurs et les gestionnaires publics canadiens pourraient mener afin de rendre l'industrie plus compétitive, et les contreparties que cela pourrait impliquer.

Abstract

A description of the New Brunswick Bay of Fundy salmon aquaculture industry is presented. This will include a brief history of the industry, and a discussion that focuses on the rules of site attribution and regulation of production, as well as their likely impacts on the industrial organization of the sector over time. A review of the sector's history suggests that who is eligible for new aquaculture development programs may have an impact on both the costs of sector development and the rapidity of changes seen in industry structure. We also discuss likely policy changes that Canadian law-makers and public managers may consider for making the industry more competitive, and the trade-offs that these changes may engender

Mots-clés

Salmoniculture, concessions aquacoles, droits ce propriété, innovation, rente, concentration industrielle.

Keywords

Salmon farming industry, aquaculture permits, property rights, innovation, rent, industrial concentration.

[1] The authors would like to thank without implicating Pamela Parker, Atlantic Canada Fish Farmers Association; Peter Cashin and Andrew Sullivan, both of the New Brunswick Department of Agriculture, Aquaculture, and Fisheries; and Robert Sweeney, Sweeney International Marine Corp.

Introduction

During our interviews to produce this paper, it was often claimed that the New Brunswick (NB) salmon aquaculture industry in the Bay of Fundy today is a "mature" industry. In the late 1970s, the industry was largely experimental. In the late 1980s, it began to develop rapidly and continued over the following decade, leading to agglomeration and consolidation in the industry. In the first decade of the 2000s, it became even more concentrated, partially in response to new policies aimed at reducing disease risk externalities. These developments all occurred as real world prices of salmon, compared against other sources of proteins, progressively declined until finally beginning to rise after 2001 (Figure 1).

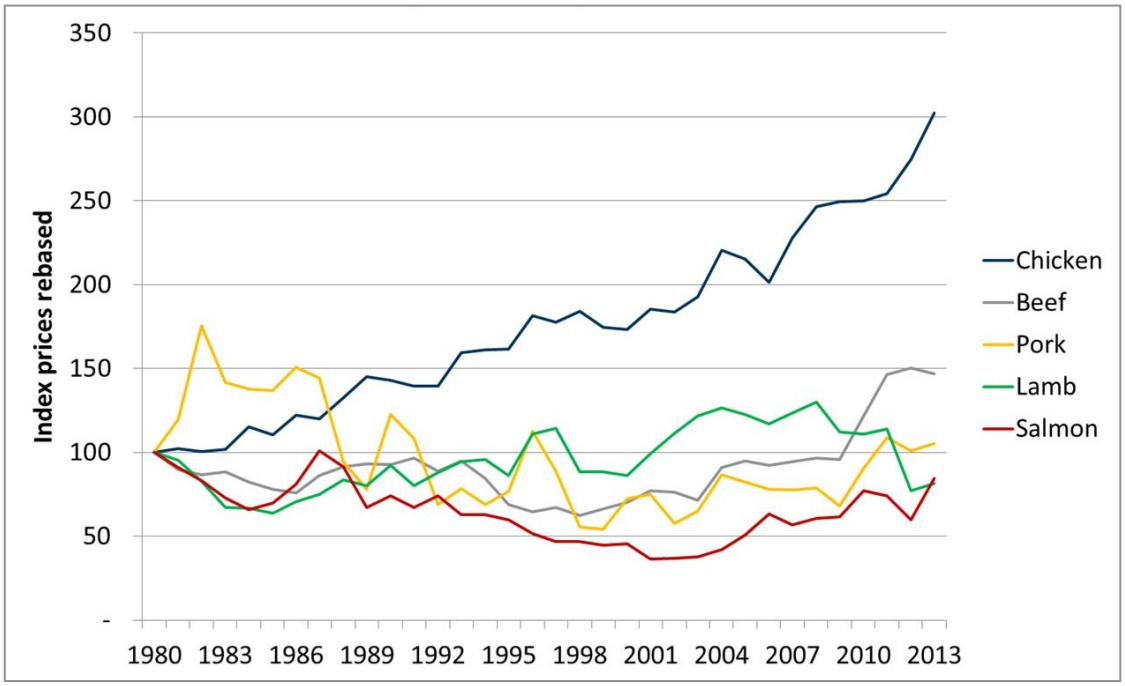

Figure 1. Relative world price development of different protein sources from 1980 to 2013
Source: Salmon Farming Industry Handbook, 2014
http://www.marineharvest.com/globalassets/investors/handbook/handbook-2014.pdf

Change in NB's industry structure occurred relatively rapidly compared to other industries, such as the one found in Norway[2]. In NB, the number of firms producing salmon is down

from 45 companies in the early 1990s to 3, with one independent firm that sells exclusively to one of the remaining companies. So the conventional view of the industry is that once the rules of use were set, competitive forces in the industry drove it to what it is today; a mature industry.

According to this narrative, the search for economic advantage among the remaining companies and the maximization of resource rent from the sites in production drove the search for economies of scale. This, in turn, led to increased knowledge about the different environmental services used in aquaculture that are important for the sustainable production of pen-reared salmon. In the last 10 years, there have been 18 applications for boundary

[2] See for example the public summary statistics of Norway: http://www.fiskeridir.no/english/statistics/norwegian-aquaculture/aquaculture-statistics.

amendments to site plans in order to allow for technological changes in production, to avoid areas of bays that are less productive, and to reconfigure production in ways which promote better health of the livestock while minimizing environmental impacts. A standard economic explanation for this behavior is that as world-wide competition intensified, these changes were made to avoid the extensive margin, where profits at the margin were compressed.

In studying resource rent in an industry, we often present it as an historical narrative to explain the march towards the competitive equilibrium. The assumption is usually made that land, a fixed factor, has unique qualities in production. Site quality certainly played a role in the development of New Brunswick salmon aquaculture. However, these narratives also suppose that firms are homogeneous, all sharing the same abilities and technologies, to make the role of the fixed factor clearer. The firm at the extensive margin obtains no land rent because land quality is marginal, whereas the firms that are not at that margin retain land rent, and are thereby advantaged in the industry. This makes the analytical isolation of land rent more tractable.

However, an alternative narrative is that the simplifying assumptions of the classical economic analysis abstracts from reality in two important respects. First, most fixed factors used in an enterprise, entrepreneurship for example, are likely heterogeneous. Not only might land be unique, but human resources may be unique as well, with some having a high degree of entrepreneurial endowment and others having less. However, it is possible for policy makers to structure access rules that attract fixed factors which are relatively homogeneous, e.g. human resources from stable industries such as fishing that experience low levels of entrepreneurship. Favouring these factors for a nascent industry will speed up the process of agglomeration and industry concentration, making the industry "mature" rapidly. The rules that are put in place to attract human resources to an industry may have an impact on the dynamics of industrial competition. Also, the emergence of an industry, and the generation of knowledge capital and social capital that takes place as the industry evolves will generate both positive and negative network or agglomeration externalities. The positive externalities will accentuate the abilities of all enterprises. These effects have been measured in the development of the Norwegian aquaculture industry by Teveteras (2002). There, he found that increased regional concentration of salmon production can provide benefits in the form of thicker input markets, increased localized knowledge spillovers, and complementarities due to better alignment of production activities. In the case of Norway, these outweighed price externalities, and possibly other negative externalities such as disease.

Third, the classical approach to teasing out land rent from all other sources of rent depends critically on malleability and path *non-dependence* of fixed productive factors. An alternative view is that technologies evolve alongside the fixed factors, to the point where the conceptual tools used to imagine resource rent[3], a key policy variable used for taxation, seem increasingly less clear and satisfying.

This may mean that the identification of land rent, and of resource rent in general, cannot be untangled so easily from rents arising from other unique factors. Attempts to do this ignore the other plausible narrative that rent is simply a social phenomenon tied up in the history of an industry and a market, rather than intrinsic to one or another fixed factor. The uniqueness of certain fixed factors, such as entrepreneurship, may also be a function of the rules that attract these factors to the industry in the first place. Although the role of lobbying by industry leaders for rules that reinforce their positions in the industry has been explored by

[3] Getting at resource rent involves asking (and responding to) the question: 'What could capital and entrepreneurship earn in a next best employment without the land?' and then comparing the two earnings. However, this usually abstracts from the transactions costs involved in actually making such a detour.

economists, it may also be that a number of rules an industry works under are arbitrary, having no particular foundation in science or industry practice. They may also be ad-hoc or punctual, in order to solve a specific problem encountered along the way. All of these, along with luck, determines the structure of the industry – who stays in, and who leaves. In the case of salmon aquaculture for example, producers in most countries have confronted the problem of "disease risk externalities" (Weitzman, 2000; Di Falco and Perrings, 2005). The evolution of rules to deal with these risks, taken together, may have had unforeseen consequences on the industry structure in NB.

The way property rights are attributed by government, and the way that government intervenes in the management of these rights, may have an accelerating or decelerating effect on the evolution of industry structure. This case study of the NB salmon aquaculture describes a rule structure that may have accelerated industry expansion in the early years, leading to a rapid shake-out of the industry in the late 1990s. This shake out, caused in part by the emergence of disease risk externalities[4], resulted in a major rule change in 2006 called the Bay Management Area Policy (BMAP). The industry was actively involved with the government in researching the problem of disease-risk externalities as well as searching for a solution. This rule change provoked a second wave of consolidation, because it favored companies who were already spatially diversified, and who were large enough to accommodate the new rules based upon a three-year spatial rotation from the time the smolt were put into the pens after age 1. We conclude the paper by explaining why the rules put in place by the government of New Brunswick's Department of Agriculture, Aquaculture, and Fisheries (NBDAAF) and Fisheries and Oceans Canada (DFO) have likely resulted in a precocious maturation of the industry. This maturity may be due to the relatively costly public management mechanisms pertaining to innovation in aquaculture production. Prohibiting more cost effective means of innovation and change may ultimately result in increasing costs in the industry in NB, forcing firms to diversify elsewhere. For these reasons, a better understanding of the economic history of this sector, including the present rules and regulations, is key to determining, at least qualitatively, the performance of the industry and the notion of rent.

The Present Industry and its Regulatory Environment in NB

We start by providing an overview of the present regulatory environment and some key metrics for the present industry in New Brunswick.

The regulatory environment in New Brunswick for aquaculture site management

Aquaculture site management is the responsibility of NBDAAF. Since 2011, there have not been any new sites accorded, although there may have been unsuccessful applications. There have also been one-for-one area swaps, site amendments, and transfers of licenses and leases during this time.

[4] A disease risk externality according to Weitzman (2000) is a common occurrence in monoculture agriculture. It is an example of a negative network or agglomeration externality. The density of a monoculture, sometimes brought on by government subsidies, brings on changes in the ease of disease transmission. These impose costs on all producers, especially through prevention and protection against heavy loss by buying insurance premiums. Weitzman argued that a cheaper type of insurance against this result might be a more diversified culture. In salmon aquaculture, these disease risk externalities arise mainly from the reduced barriers to sea lice, infectious salmon anemia (ISA), Kudoa thyrsites, and bacterial kidney disease (BKD).

The NBDAAF gets its management authority from the New Brunswick Department of Natural Resources which in turn gets their authority from the federal government of Canada. The Memorandum of Understanding of 1989 allows provinces with an operational act (the Act of 1991 in the case of New Brunswick) to obtain title for lands from the federal government for specific uses. However, the process of obtaining a parcel is driven by the applicant. An initially eligible applicant (in this case, someone already in the industry or a licensed fisherman) would complete an application for a specific site. This application would then undergo a vetting process which involves an intergovernmental agency review that includes DFO and Environment Canada. The costs of supporting documentation, a site development plan, and any other site analyses, are borne by the applicant. Once the site is approved, NBDAAF requests a title transfer to the New Brunswick Department of Natural Resources. The title is held by the Province of NB, and the parcel is mapped with its own Parcel Identification number (PID).

An important element in the Canadian system is that the producer does not hold title to the submerged land. The producer holds instead three instruments: An Aquaculture License, a Lease, and an Aquaculture Occupation Permit. This Occupation Permit is for a fixed term of three years renewable (34(3a)), and "shall be subject to a…rent…. (34(3b)". This gives the producer the right to occupy the site. Currently this permit is $100/year. The Aquaculture License can be valid, in principle, for up to 20 years, but the Aquaculture Act of New Brunswick also states that it can be…. "for a shorter period as is specified by the Registrar…" (20(1)). Further, "The term of an aquaculture license shall not extend beyond the period of time during which the licensee has a right to occupy the site specified under subsection 18(1) in the license" (20(2)). In other words, the term is for only 3 years, since the Aquaculture Occupation Permit is for a maximum 3-year term. The fee for this license is $50/year (NB, Regulation 91-158). Finally there is the Lease itself, which is normally granted for a 20 year period[5]. The rental on the site for salmon aquaculture is $250/hectare/year. In addition, producers must have proof of stock insurance. They must provide a sea lice management plan, and must report breaches of containment (if more than 100 fish). Other reporting obligations apply, such as an annual operating report by the first of April (N.B. Regulation 91-158).

Sites may be transferred to another firm, but NBDAAF reserves to right to verify that the buyer or recipient is managerially competent to produce. Additionally, that buyer must adhere to all of the conditions outlined in Regulation 91-158 after acquisition of the site. It is also important to point out that, very rapidly, a derivative market emerged for the exchange of rights to aquaculture sites, and there was apparently no move on the part of NB to impose barriers to these exchanges. However, title to the land stays with NB.

So what is being traded? There is some disagreement among those involved in the industry. NBDAAF staff consider the lease to be the tradable instrument. However, other industry members consider that the aquaculture license is the instrument having value, because the lease (along with the Occupation Permit) only authorizes occupation; not production. To complicate matters, although it is rare that a license (the right to exploit the land) is not renewed, it is possible according to the Act and the Regulations. However, both the industry and the government are aware that cancellation of licenses without a good reason would negatively affect the ability of firms to find financing through banks. Yet the Aquaculture Act of NB appears to give NBDAAF considerable authority over the tenure of leases and licenses. The tendency over time seems to have been for this tenure to diminish, although lease and license renewal also seems to have been for the most part *pro forma*.

[5] Other references (Robert Sweeney, Personal Communication) have reported lease terms of 10 years.

The lease-licence bundle has therefore taken on the character of a title in a derivative market, with terms imposed by NBDAAF. This bundle can be sublet, loaned, willed, offered as collateral (and seized in the case of default), or sold to an eligible buyer. However, NBDAAF apparently takes no interest in the value of these transfers and has no public record of them. Transfers of the lease-licence bundle are effectively private, even though the public goods nature of this particular market, and the reasons for the public management in the first place, are compelling.[6] Sites are evaluated for tax purposes at either the county or at the provincial level. Based upon preliminary statistical analyses, the county taxation rates are 2.8% of assessed value; provincial taxation rates are half that, at 1.4% of assessed value. Yet in comparing the raw data of provincial assessed values to county assessments, we find significant binary variables suggesting that on average, the assessed values by the Province are about $11,000 below the county assessments. This amounts to a significant tax subsidy to landholders by the Province, because not only are the assessments lower, the marginal taxation rate appears lower as well. It is not clear why this taxation disparity occurs, and officials at NBDAAF have not, at this time, offered an explanation. This information is publicly available through Service New Brunswick. Some sources we contacted explain that the appraised values usually underestimate the actual value of the land by 10% to 15%. Based upon our own statistical analyses, this is probably conservative. In making comparisons between estimated assessed values between dry agricultural land and submerged land, we find that the assessed values for submerged land is about half that of dry land. The difference in these values may well be because of the relatively opaque markets for submerged land, and because of a derivative market effect; the title to the land is actually held by NB, while the trading instruments are simply contracts based upon that title.

The site lease fees recover only the administrative costs for services rendered, or a user fee. Recovery of resource rents by NBDAAF would be considered a tax which is not allowed pursuant to the 1998 Eurig decision of the Supreme Court of Canada. This leaves the taxation of land value and income in the hands of municipalities, provinces, and the Canadian government. However, the way in which these taxes are assessed seems unusually liberal and somewhat opaque, compared to other taxes in Canada.

Present industry structure

Presently, the NB industry is composed of two large firms and a third which sells its product exclusively to one of the competitors. All are privately held companies. There are presently 97 sites totaling 1797.33 hectares. The industry has been characterized as highly vertically integrated, from hatcheries to the construction of cages to the processing, packing and distribution of the final product (usually 3-year old fish). However, from the border with Maine (USA) at St. Stephen to the area around St. George (Figure 2), there is some evidence that independent firms have taken hold for services such as net repair, cage construction, distribution of foods and medicines for aquaculture, and site evaluation services. The industry, therefore, seems to generate significant positive agglomeration externalities, besides employment at the firms themselves, as has been seen in Norway. Evaluation services are

[6] In the data provided by NBDAAF, the exchange prices recorded are all $1 Cad; clearly *pro forma*. Compare this practice to that of agricultural land and residential land, both of which are far more transparent in Canada. Even the plating of cars in Canada after a transaction for purposes of taxation is more transparent; government agents may, at their discretion, challenge a sale price and attach a book value for purposes of taxation. This is because the exchange values revealed by a transparent price system contain valuable information concerning market forces that can be used in public management, and may be one reason why private sector markets for land, for example, may more faithfully reflect scarcity value. A lack of this information in a derivative market for a **public** good with important environmental and multiple use dimensions seems especially problematic.

particularly important, because every alteration of the business plan requires a producer to make a formal amendment application, which may involve bottom and water column analyses, mapping, and other evaluative activities. Finally, the 3 firms composing the industry are highly concentrated for New Brunswick and an important part of the provincial economy. They hold a relatively elevated position within the industry in Canada, if we also include information on investments in Newfoundland and Nova Scotia. Although there is not enough information to calculate indices of concentration like the Herfindahl index, we can make a reasoned guess, based upon Chopin (2015) that these dominant firms occupy at least 42% of the sector in Canada. By comparison, a 10 firm Herfindahl index of the Norwegian salmon aquaculture industry for 2013, which looks at the percentage of the total turnover taken by the 10 largest firms, is about 68%.

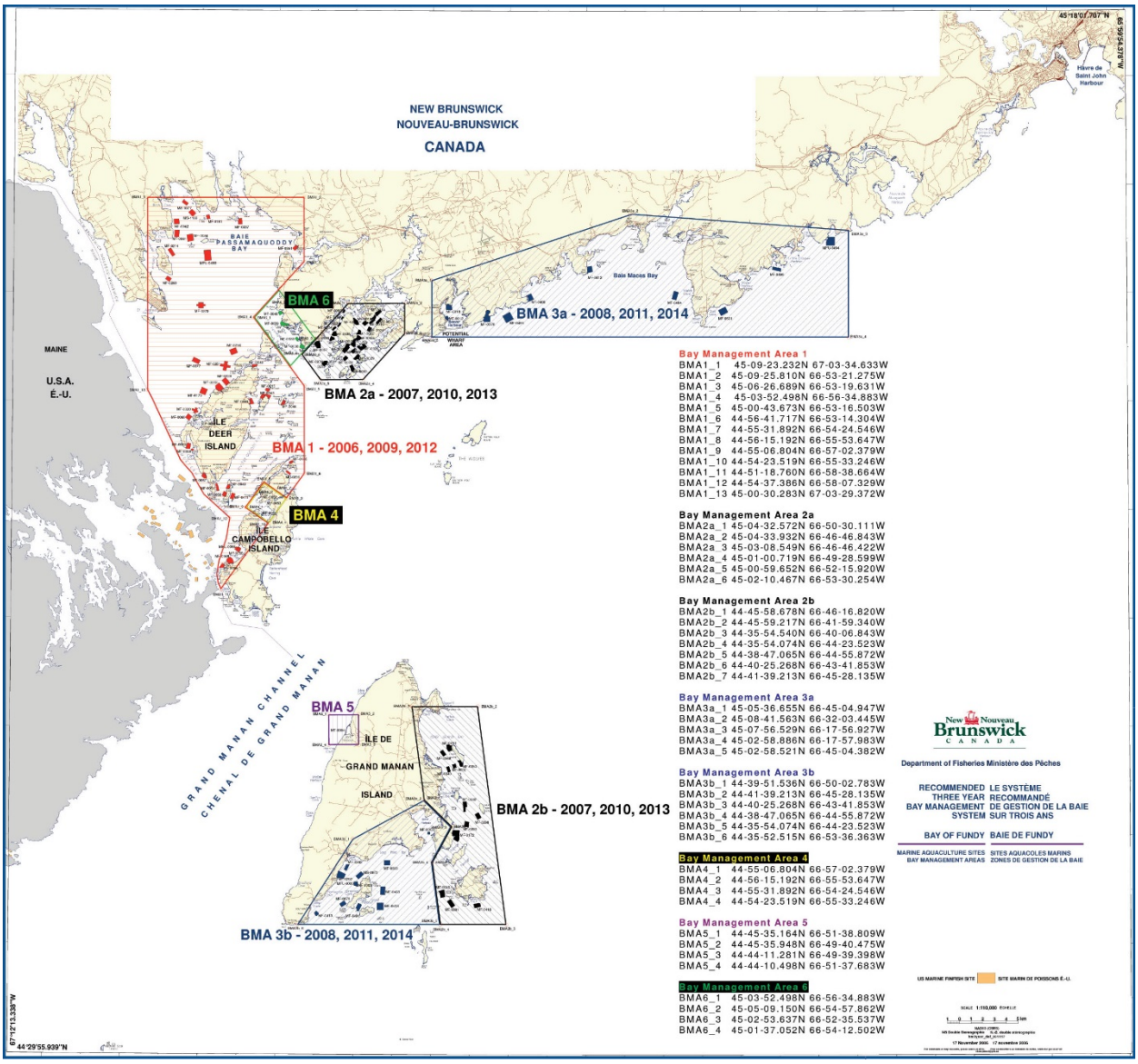

Figure 2. Map of the South Coast of New Brunswick, distribution of lease sites for salmon production, and Beach Management Area designations used in rotation of production (Source: Government of New Brunswick)

Economic history of the New Brunswick aquaculture industry

The British North America Act, and subsequent legislation, essentially gives public management for areas below the high water mark to the Government of Canada. However, as Nichols et al. (2001) suggest, the federal-provincial relations regarding fisheries and aquaculture continue to be complex. In an attempt to reduce that complexity, the Government of New Brunswick concluded a Memorandum of Understanding in 1989 with the federal government which allowed for the attribution of sites and the management of aquaculture. Before that time, salmon aquaculture was largely experimental, starting in Deer Island in 1978, and mainly managed by DFO.

An important historical point is that the attempt by the federal government to foster aquaculture development was, in part, because DFO and the province wanted to provide alternative employment after the decline of the groundfish fishery. That crash had been brought about by a public management system that encouraged too many fishers in an industry which was, for practical purposes, in a biological and economical free-fall from the 1970s until the Moratorium in 1992. It is not clear whether those with a fishing licence were required to surrender the licence in exchange for entry into the program. The offer of site licences for salmon aquaculture in the beginning was restricted to licensed fishermen. In 1989, the number of sites attributed was 15, and the number of sites grew on average at about 10 a year until 1996 (with exception of a 2-year moratorium during this period), when a total of 96 sites were attributed (Robert Sweeney, personal communication). There appeared to be problems early on with back-logged requests and delays in administrative procedures that became more complex over time.

The aquaculture sector at this time also benefitted from small subsidies ($5000 per site), help with business loans, and technical assistance, in addition to having the program aimed at licensed fishers. It is therefore reasonable to assume that not all of those who were attracted to the sector were necessarily innovators or early adopters of aquaculture technology. The history bears this out. In the early stages of development, average per unit production costs were at $0.95/pound, whereas the farm-gate price was $6-7/pound (Robert Sweeney, personal communication). Consequently, some aquaculture licence holders became landlords, in a sense, leasing out their sites for as much as $30,000/hectare/year, before the first round of consolidation in the industry.

The first round of consolidation, starting in 1996, was largely driven by competitive forces, including the declining world price of salmon, problems with disease risk externalities, and variability in management efficiency among the incumbents. By early 2000, the number of working sites fell to 60, with 42 companies.

During this time, the issue of health and disease control came to the fore in discussions between the industry and the Government of New Brunswick. It became apparent that the stocking of multiple mixed-year classes in the same environment without a fallow season promoted disease risk externalities, which was a contributing factor to bankruptcies of some firms during the late 1990s, leading to the first round of consolidation. Studies (Chang et al., 2007; New Brunswick, 2009; Cormier Management Consulting, 2009) make reference to the proposed solution to this problem known as Aquaculture Bay Management Areas (ABMAs), which became part of the regulations in 2006. Firms were to produce single homogeneous year classes of the same capacity in each of three separate bays. By the end of the third year, the salmon would be harvested, and the site would remain fallow for a minimum of 4 months, and the AMBA for a minimum of 2 months, in order to minimize infections by sea lice and infectious salmon anemia (ISA).

This new rule caused some growers to apply for new sites within one or two of the new BMAs where they were not operating previously, or to attempt to buy or swap leases from growers there. Growers who were processors faced potentially unbalanced production from year to year. This may have added to the costs of production. The rule unintentionally tended to favour larger and better capitalized firms who were ready to benefit from the economies of scale imposed by the new rule.

The enactment of this regulation and technological innovation aimed at disease control, essentially triggered two industrial responses. This first led to further concentration in the New Brunswick industry through the buyout of lease-licences among those who were not able to achieve the scale necessary to continue production. Secondly, some growers considered expanding their production outside of New Brunswick where disease risk externalities are less of a problem, and where the regulatory environment, due to fewer competing uses for the space, is more propitious, as is the case in Newfoundland. Finally, the number and quality of sites in New Brunswick, compared to opportunities elsewhere, are now more limited. In the present regulatory and technological environment, most site opportunities in New Brunswick within the new BMAs have already been identified and are being used. Site swaps and amendments to existing sites to optimize production have become more frequent.

The regulatory costs imposed by New Brunswick and DFO may unwittingly select for large well-capitalized firms. The language of the law specifically identifies applicants for sites or lease sales who can prove managerial competence,[7] who have access to accounting and legal services to draw up documents, and who are also well enough capitalized to pay for all of the services, which can be substantial,[8] that are offered by specialists in fulfilment of the regulatory requirements of NBDAAF. As one service provider said during our interview: "small producers cannot afford our services."

Discussion

The Southwest New Brunswick salmon aquaculture industry provides important economic benefits, not the least of which is employment. The industry also appears to be better regulated than other sectors, such as the fishing industry. However, we are interested in both the impact of those regulations and the attribution of property rights on industry structure, and in changes over time within this industry structure.

For example, the history of the salmon aquaculture industry suggests that the objective of DFO and the New Brunswick government was to provide fisheries licence holders in failing fisheries with alternative employment, and possibly to create small family businesses. However, the unintended consequence has been that presently, the industry is composed of three family owned firms (the families were indeed fishers in the past), one of which is now a firm operating in several countries. This present-day industry structure may have developed from 3 important factors: the initial conditions in the industry that were put in place by government, the disease issues that the industry encountered along the way, and most importantly, the role of government in the management of leases, which has been maintained in part because of Canada's legal structure with regard to submerged lands. Producers have "property rights," but these rights are circumscribed by the province and by the federal government. Practically, the right extends only to producing salmon (although provisions in

[7] Although such managerial competence was apparently not required at the beginning, which may have led to speculation by fishers who sought to cash in on the value of site leases and licenses.
[8] As an example, the cost for annual monitoring to meet the environmental monitoring program is about $5000 per site. Other costs now include third party certifications.

the Act are more general) that uses a configuration defined in the production plan for a defined site. Deviations from these parameters are strictly controlled in part because the sites are still officially in the public domain, and there is a justifiable desire to reduce negative external effects on third parties to a minimum. The instruments of exchange are the lease-licence bundle with a restrictive time horizon of 3 years and a 20-year horizon for the lease. This is essentially a derivative market, because the title to the land itself stays with the Government of New Brunswick, and the rules (as well as the costs of these rules) define the market. The duration of licences is 3 years even though the lease is in principle for 20 years. A production plan must be filed every three years as part of the permit process. Approval for changes in production (e.g. increasing production capacity, reconfiguring growing sites to allow for the use of different capital equipment, or implementing new production techniques such as integrated multi-trophic aquaculture) can take up to two years and can be expensive. However, in the present industry, the cycle of production under the Aquaculture Bay Management Area Policy is three years. Therefore, a producer seeking to make modifications to a production plan is confronted with a 6-year planning horizon on a lease that can only be exercised with certainty within three years. It is not hard to see how the rules in place could engender costs that would further select for large well capitalized companies capable of dealing with the logistics of production.

To take another example, integrated multi-trophic aquaculture (IMTA) is a technological innovation that has been developing world-wide, although some economies have practised some form of this for more than 2000 years, both as a means of dealing with the environmental effects of nutrient release and to increase profitability through crop diversification (fish, seaweeds, and invertebrates). However, most areas where these innovations are taking place on a large scale are in countries with a high degree of centralized planning like China, where enterprises are able to find both the scale size and the regulatory latitude to try different production models[9]. IMTA in Canada, as reported by Chopin and co-workers (Barrington et al., 2009; Chopin et al., 2012; Chopin, 2015) is presently still in an experimental /small commercial stage. A part of the reason why these methods remain in an experimental stage in Canada may be because of the transactions costs associated with receiving approval for technological changes and innovations, and the opportunity cost of land engendered by these transactions costs. In other countries, it is possible to provide habitat, capture wild larvae or provide cages for grow-out, without provoking a lot of paperwork and delays from the government. In Canada, however, some of these practices are not allowed as part of an overall production strategy; producers may be, in effect, limited to monocultures in order to prevent conflicts with other users, but also possibly to render analysis and approval of projects by NBDAAF less onerous. Most changes in production are relatively incremental, and costly to change. Producers must apply for such changes and approval can take several years. For example, it took 8 years to modify the Canadian Shellfish Sanitation Program to make IMTA legal in Canada. Such applications may also be denied or delayed, which can be costly. Therefore, the capacity of producers to innovate, even in areas which would yield environmental and economic improvements, are limited by the specificity of the lease contract and the licence. But more importantly, innovations may also be limited by the implied opportunity cost of the land. Once a producer goes through the administrative effort of producing a plan for salmon, the spaces allowed for that type of culture may not be propitious, e.g. for seaweeds and invertebrates. The marginal cost of securing the land for production compared to the marginal benefit from salmon aquaculture could argue against IMTA in Canada, because the marginal costs of securing land may

[9] Jianguang, Fang et al. ND. "Development of Integrated Multi-Trophic Aquaculture in China." https://www.was.org/documents/MeetingPresentations/WA2014/WA2014_0592.pdf

quickly outweigh the private benefits therefrom. Compare this situation to China, where 13,000 hectares under production in Sungo Bay yields approximately 800,000 tons of seaweeds, 2,000 tons of abalone, 12,0000 tons of oyster, 10,000 tons of scallops and 100 tons of fish per cycle.

The argument for such specificity in Canada is that producers are using multiple use public land, the title for which cannot be ceded under Canadian law. However, the trade-offs of such an institution are a slower pace of innovation, a more-costly management process which favours firms that can attain monoculture economies of scale necessary to absorb these costs, and ultimately, the delocalization of firms to other places in the world where these transactions costs are lower.

Conclusion

De Soto, in his book *The Mystery of Capital* (2000), argued that the difficulties encountered by people in many developing countries are because the owners of capital do not have clear title to fixed assets like land. This renders the relatively abundant capital that is accumulated by these owners "dead" or at least less productive. Although there is some controversy surrounding the originality of this insight, the basic argument is not in much dispute: The stronger the claim or property right an individual has on an asset, the easier it is for the asset to be used for gain. Access to financing is less difficult, and a clear title expands what a holder can do with the asset, because the extent of ownership is more clearly defined as well as are the rights and responsibilities therein. In other words, a lack of a clear title leaves the asset owner unsure about what damages he may or may not exert on another party without recourse, and what benefits accrue to him from ownership.

Assigning title to individuals, and having public land registries where owners are identifiable and reachable for, as an example, a tax levy or to resolve a dispute, renders the capital held by the individual "alive" or more productive. Title, therefore, frees up capital that would otherwise be underused, and more importantly, allows for more innovation and risk-taking. However, "having title" is not an on or off thing, and the strength of a claim can vary widely from country to country. A licence to exploit a resource in Egypt or Peru may not have the same value as a licence to exploit in Canada, even though at first sight, the rules in Canada appear to be very restrictive. This may be why we see derivative markets for lease-licences in New Brunswick for salmon aquaculture, and why we may see these things less often elsewhere. It is also almost certainly because of a relatively efficient banking system and a transparent, rules-based regulatory structure that sectors such as salmon aquaculture in New Brunswick have done as well as they have.

However, this does not mean that no improvements can be made. Economists have long argued that longer term concessions to public goods such as forest lands – even as long as 20-25 years – prevents "short term-ism" in economic planning and may reduce the overall regulatory costs significantly. However, worries over environmental impacts have led many governments like New Brunswick to opt for stricter regulations similar to the rules we see in Maine (NMFS&USFWS, 2004). Similar parts of the Aquaculture Act of New Brunswick anticipate control of land use conflicts by other users. On the other hand, these considerations need to be set against the reality that too much stricture can ultimately reduce investment and innovation. One solution proposed by Townsend and Young (2005) is the so-called "evergreen lease," which appears to already be used in the forestry sector of Ontario and in New Brunswick. These authors suggest a longer lease of 20 years where the lease is negotiated mid-way though at 10 years. This would result in a time horizon for a lease of at

least 10 years, and a possibility that, with demonstrated good stewardship, a firm could hold the lease in perpetuity.

This form of leasing would remove some of the broad discretionary power to shorten the terms of concessions. However, the elimination or consolidation of the permitting system may well reduce management costs without reducing regulatory authority. Strictly adhering to science-based decision-making rather than arbitrary rule-making would also help to reduce management costs.

In future attempts at economic development, it may also be useful to reflect upon the lessons learned from this history. To some economists, it may not be immediately clear why fishing licence holders were targeted for this program. According to Asche (2008), the development of salmon aquaculture in Norway has its roots in agriculture, especially in poultry and pork agriculture. The technologies are complex and, at times, risky, just as for salmon. Asche et al. (2003) points out that Norway pioneered the salmon aquaculture industry, which became commercially viable in the late 1970s. Until the end of 1992, there were regulations limiting ownership to single owner operators, with limitations on the firm size as well. This structure may have slowed down concentration and kept production more localized. However, concentration in Norway, from 1993 onwards, may be due to economies of scale.

In the Canadian case, however, the rules pertaining to who could get a licence for aquaculture may have led to the selection of persons who were not well-adapted to the industry as it evolved. The anecdotal evidence supports this view. In the early years of the industry, figures of as much as $30,000/hectare for a sub-lease was apparently not uncommon. Eventually these individuals sold out to those remaining in the sector. However, would the trajectory of industry adjustment have been slower, and would there have been less speculation had the program been extended to any NB resident willing to take a basic sea farming course, possibly even targeting college age individuals, with the added proviso that they had to relinquish their fishing licence as a *quid pro quo*? We suspect that, in fact, industry adjustments would have been more gradual, with less economic waste.

Yet, responding to crises, making mid-course corrections, and solving practical problems is also part of the story in Canada as well as elsewhere. Along with the regulatory structure, the attempts at controlling disease and parasites may well have pushed producers to adopt rules which further consolidated the industry. What was originally conceived as one type of industry became another, with fewer firms of larger size. Does this mean that mono-aquaculture by its nature can only be done efficiently at large scale, or is this an artifact of the regulatory structure and the rules in place?

Finally, New Brunswick may not have regulatory models that favour innovation in the industry, compared to other countries (Diana et al. 2013). New Brunswick may need to provide itself with the regulatory means and economic incentives to explore different production models and remain competitive, which may mean demonstrating more flexibility and pragmatism in the evolution of their aquaculture practices.

Countries who are able to form large firms with more solid guarantees over productive areas combined with a more flexible regulatory framework, like China and South Korea, seem more likely to adopt and exploit IMTA and other technical innovations. This is because firms have access to scale and something like "title" through government affiliation. Although Canadian scientists have the R&D expertise and knowledge of IMTA technical principles (Chopin et al. 2013), this knowledge is applied with difficultly in Canada due to public management constraints. For Canada, the conundrum is that to be competitive on the world stage it is necessary to innovate in many directions. Yet the costs of innovation in Canada are presently quite high mainly because of the regulatory environment. To be competitive and to innovate,

it may be necessary for Canadian regulators to allow more of the "title" to be used by producers, and not just "title to produce salmon." However, to do that may involve further abridging the rights of other users of the environment. Striking the right balance in order to remain competitive is likely to be the next big challenge to the aquaculture industry in New Brunswick and Canada.

Bibliography

Asche F. (2008) "Farming the Sea", *Marine Resource Economics*, vol. 23, n°4, p. 527-547. http://www.jstor.org/stable/42629678

Asche F. Bjorndal T. and Sissener E.H. (2003) "Relative Productivity Development in Salmon Aquaculture", *Marine Resource Economics*, vol. 18, n°2, p. 205-210. http://www.jstor.org/stable/42629393

Barrington K., Chopin T. and Robinson S. (2009) "Integrated multi-trophic aquaculture (IMTA) in marine temperate waters". In D. Soto (ed.) *Integrated mariculture: a global review*. FAO Fisheries and Aquaculture Technical Paper, n°529, Rome, FAO, p. 7-46.

Chopin T. (2015) "Marine aquaculture in Canada: Well-established monocultures of finfish and shellfish and an emerging integrated multi-trophic aquaculture (IMTA) approach including seaweeds, other invertebrates and microbial communities". *Fisheries,* vol. 40, n°1, p. 28-31.

Chopin T., Cooper A., Reid G., Cross S. and Moore C. (2012) "Open-water integrated multi-trophic aquaculture: environmental biomitigation and economic diversification of fed aquaculture by extractive aquaculture", *Reviews in Aquaculture*, vol. 4, p. 209-220.

Chopin T., MacDonald B., Robinson S., Cross S., Pearce C., Knowler D., Noce A., Reid G., Cooper A., Speare D., Burridge L., Crawford C., Sawhney M., Ang K.P., Backman C. and Hutchinson M. (2013) "The Canadian Integrated Multi-Trophic Aquaculture Network (CIMTAN) – A network for a new ERA of Ecosystem Responsible Aquaculture", *Fisheries,* vol. 38, n°7, p. 297-308.

Diana J.S., Egna H.S., Chopin T., Peterson M.S., Cao L., Pomeroy R., Verdegem M., Slack W.T., Bondad-Reantaso M.G., Cabello F. and Dabrowski K. (2013) "Responsible aquaculture in 2050: valuing local conditions and human innovations will be key to success", *BioScience,* vol. 63, n°4, p. 255-262.

di Falco S. and Perrings C. (2005) "Crop biodiversity, risk management, and implications of agricultural assistance", *Ecological Economics*, vol. 55, p. 459-466.

de Soto H. (2000) *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. New York, Basic Books.

Fang Jian-guang, Zhang Ji-hong and Jiang Zeng-jie (2014) "Development of Integrated Multi-Trophic Aquaculture in China." World Aquaculture Society, World Aquaculture 2014 https://www.was.org/documents/MeetingPresentations/WA2014/WA2014_0592.pdf

National Marine Fisheries Service and U. S. Fish and Wildlife Service (NMFS and USFWS), Draft: Recovery Plan for the Gulf of Maine Distinct Population Segment (DPS) of Atlantic Salmon (*Salmo salar*), 2004.

New Brunswick (2011) *Aquaculture Act*, Chapter 112.

Nichols S., Edwards I., Dobbin J., Komjathy K. and Hanham S. (2001) *Real Property Issues in the Marine Aquaculture Industry in New Brunswick.* Final contract report for the New Brunswick Department of Fisheries and Aquaculture, by the Geographical Engineering Laboratory, Department of Geodesy and Geomatics Engineering Technical Report No. 208, University of New Brunswick, Fredericton, New Brunswick, Canada.

Parks N. (2010) "New fish farm designs mimic nature", *Frontiers in Ecology and the Environment*, vol. 8, n°4, p. 172. http://www.jstor.org/stable/20696471

Tveteras R. (2002) "Industrial Agglomeration and Production Costs in Norwegian Salmon Aquaculture", *Marine Resource Economics*, vol. 17, n°1, p. 1-22. http://www.jstor.org/stable/42629345

Townsend R.E. and Young M.D. (2005) "Evergreen Leasing of Aquaculture Sites", *Marine Resource Economics*, vol.20, n°2, p. 203-210, http://www.jstor.org/stable/42629469

Weitzman M.L. (2000) "Economic Profitability versus Ecological Entropy", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 115, n°1, p. 237-263 http://www.jstor.org/stable/2586940.

Rapport de synthèse

La propriété en droit public de la mer[1]

Annie Cudennec

Professeure de droit public
UMR 6308 AMURE, Université de Bretagne Occidentale
Annie.cudennec@univ-brest.fr

Le droit public, « passager clandestin » du colloque consacré à « La propriété à l'épreuve de la mer » ? Cette expression utilisée par l'un des participants au colloque[2], publiciste, traduit bien le sentiment de ces derniers, sollicités pour enrichir les débats.

Il est vrai que pour le publiciste, intervenir dans un tel colloque n'est pas un exercice facile, car lier dans une même réflexion la propriété et la mer implique à première vue d'évoquer la propriété du navire, de sa cargaison et les responsabilités qui en découlent. En bref, des thématiques chères aux privatistes bien que la dichotomie droit privé/droit public n'ait guère lieu d'être en mer, tant cette dernière s'avère parfois rétive aux artificielles constructions humaines.

Les conférences introductives au colloque ont toutefois permis de montrer que le droit public n'est pas absent de la réflexion compte tenu tout particulièrement de la présence – de l'emprise - de l'autorité publique, de l'Etat en mer que l'on évoque son dominium ou son imperium. Ont d'ailleurs été soulignées « l'opposition confuse » entre les deux concepts et la difficulté à lier « propriété » et « Etat » : « L'Etat est-il « propriétaire » de son territoire ou est-il « souverain » sur son territoire » ?[3]

Quoiqu'il en soit, on sait que l'emprise maritime de l'Etat diminue au fur et à mesure que l'on s'éloigne de la côte. La souveraineté de l'Etat en mer territoriale fait place aux seuls droits souverains et finalisés dans la zone économique exclusive. Puis « la haute mer est ouverte à tous les Etats, qu'ils soient côtiers ou sans littoral » (article 87 CMB) : le droit demeure attaché au principe de liberté de la haute mer même si cette liberté est désormais loin d'être absolue, dès lors qu'elle s'exerce dans les conditions prévues par le droit international.

Dans ce contexte, l'appropriation de l'espace par les Etats constitue une réalité, comme l'ont souligné les débats qui ont animé le colloque. Et pourtant, de manière un peu paradoxale, les communications présentées se sont plutôt situées à l'opposé de la présentation classique de l'emprise de l'Etat en mer, très forte sur le littoral et l'espace côtier et moindre loin des côtes.

Si l'on se place sur le rivage ou sur l'espace proche du rivage, différentes interventions ont analysé les systèmes de gestion des ressources aquacoles et conchylicoles, non seulement en France mais aussi au Canada.

Pour ce qui concerne la France, on sait que, en principe, dès lors que l'on se situe sur le domaine public maritime (DPM) lieu privilégié d'emprise étatique, les droits octroyés aux

[1] Cette synthèse est celle des communications orales durant le colloque « La propriété publique à l'épreuve de la mer » (Brest, 2-3 juillet 2015). Les contributions de Rémi Mongruel et Bibiana Graeff, évoquées ci-dessous, ne sont pas reproduites dans le corpus de cette publication.
[2] Voir la communication d'Olivier Curtil.
[3] Voir la communication de Véronique Labrot.

personnes privés sont précaires, le DPM étant inaliénable, imprescriptible.... Or, il apparaît que le régime de propriété étatique doit faire des concessions au régime de propriété privative. Les économistes d'AMURE ont pu constater que « le principe de précarité des droits des ostréiculteurs est contredit par les pratiques »[4]. L'administration n'use jamais de son pouvoir de révocation et « tolère la transmission à des héritiers en cas de décès et même la cession à des tiers (inaliénabilité) ». D'où l'émergence d'un marché des concessions conchylicoles, d'abord caché puis implicite et plus ou moins régulé au gré des réformes (décrets 1983, 1987, 2009).

C'est pourquoi, la concession conchylicole peut être considérée comme un « droit d'usage analogue à un droit à produire transférable ». La propriété étatique, si elle défend l'intérêt collectif aboutit aussi à la défense des intérêts privés. Et l'analyse de conclure que le régime de propriété étatique est peu opérant quand il se revendique de principes dont la réalité montre qu'ils sont impossibles à respecter.

Nos amis canadiens ont mis en exergue que, dans le domaine de l'aquaculture, la situation ne diffère guère, chez eux[5] si ce n'est qu'elle apparaît encore plus complexe compte tenu de la délicate répartition des compétences entre les provinces et les autorités fédérales.

Outre les ressources issues de l'aquaculture, les ressources biologiques marines issues de la pêche de capture, ressources « fugitives »[6] - le terme traduit les difficultés de leur appropriation - font aussi l'objet d'une forme d'appropriation[7]. Les ressources halieutiques sont pourtant légalement qualifiées de « patrimoine collectif »[8], comme cela a été rappelé. L'objectif d'une telle qualification est d'assurer la transmission de la ressource d'une génération à l'autre. Les autorisations et quotas de pêche sont ainsi annualisés et, en principe, non cessibles. Mais ce principe de gestion est bien malmené.

Plus précisément, l'attribution des droits de pêche se fait sur la base de trois critères : l'antériorité, les orientations du marché et les équilibres socio-économiques. En pratique, il a été démontré que le critère de l'antériorité - officiellement simple méthode de calcul - est déterminant, il permet de contourner la rigidité du principe de l'annualisation.

En effet, si les antériorités sont calculées sur la production d'un navire, elles sont attachées à la personne d'un producteur. L'élément objectif - la méthode de calcul - qui les constitue semble se muer, contrairement à la lettre des textes, en un droit attaché à ce producteur.

Les antériorités sont transférables[9]: en cas de vente d'un navire, le transfert d'antériorités est admis entre deux producteurs - sur proposition du cédant. En outre, pour ce qui concerne les quotas, le producteur peut demander le transfert des antériorités d'un de ses navires sur un autre navire. En cas de changement de producteur d'un navire, 80 % des antériorités restent affectées au navire et au nouveau producteur[10].

Cela signifie qu'en pratique, se trouve-là transférée la possibilité que donne l'antériorité d'avoir un droit de pêche. Le système de l'antériorité pérennise un droit précaire (licence, quota) tout en permettant sa valorisation - sa patrimonialisation - par un mécanisme de

[4] Voir la communication de Rémi Mongruel.
[5] Voir les communications de James Wilson et Meihnard Doelle.
[6] Voir les communications de Quentin Grafton et de Jean Boncoeur.
[7] Voir les communications d'Olivier Curtil et Thorolfur Matthiasson.
[8] Article L-911-2 Code rural et de la pêche maritime : La politique des pêches maritimes, de l'aquaculture marine et des activités halio-alimentaires a pour objectifs, …1° De permettre d'exploiter durablement et de valoriser le patrimoine collectif que constituent les ressources halieutiques auxquelles la France accède…
[9] Art. R-921-32 Code rural et de la pêche maritime
[10] Art. R 921-45 Code rural et de la pêche maritime

transfert (ou d'échange). Le terme de « subterfuge » a été employé : une méthode de calcul se transforme en droit pérenne[11].

Ici, à nouveau, une politique publique institue, sans le dire, des droits sources d'une forme de patrimonialisation de la ressource.

Afin d'enrichir les débats, les organisateurs du colloque ont souhaité que différentes interventions sur le statut juridique de l'eau douce intègrent la réflexion initialement circonscrite aux eaux maritimes. L'idée semble d'autant plus judicieuse que cette réflexion se situe dans une perspective de droit comparé.

Il importe néanmoins de préciser les limites de l'exercice. Alors que les ressources biologiques marines, considérées comme des *res nullius,* sont par nature appropriables, l'eau doit être considérée comme une chose commune[12].

La question de l'appropriation de l'eau se pose, donc. Du moins en droit français car il a été remarqué que certaines législations considèrent l'eau comme *res nullius*. Selon le code civil du Québec (article 9113), l'air et l'eau non destinés à utilité publique sont susceptibles d'appropriation s'ils sont recueillis et mis en récipient. L'eau appropriée peut générer des marchés.

L'eau peut ainsi être qualifiée de *bien public impur*. Plus précisément, en France, qualifiée de *patrimoine commun de la nation*[13]*,* l'eau doit être utilisée de manière durable en vue de sa transmission en faveur des générations futures[14].

La politique de gestion de l'eau souterraine traduit d'ailleurs cette idée de patrimonialisation[15].

Cette perception de l'eau, bien public susceptible d'appropriation, n'est pas l'apanage du droit français. Au Brésil, où l'on situe la plus importante réserve d'eau douce au monde, l'eau constitue également un bien public, à l'usage commun de tous mais dotée néanmoins d'une valeur économique. Il a été noté que « les pratiques d'exploitation de l'eau restent fortement attachées à la satisfaction des intérêts économiques privés au sacrifice, parfois des fonctions écologiques, sociales et vitales de la ressources »[16].

En conclusion, il apparaît que les craintes évoquées au début de ce rapport n'ont plus lieu d'être. Les riches débats qui ont nourri le colloque « La propriété à l'épreuve de la mer » ne permettent plus de mettre en doute l'intérêt d'une réflexion publiciste sur le sujet même si elle doit conclure à une forme d'appropriation privée de la ressource. Bien au contraire, le phénomène d'appropriation tant de l'espace par l'Etat que des ressources grâce à l'intervention de ce dernier démontre combien l'autorité publique constitue un acteur majeur, volontaire ou non, de la patrimonialisation de l'espace et des ressources maritimes. Initiée par les débats sur *la propriété à l'épreuve de la mer*, une nouvelle réflexion pourrait s'ouvrir, consacrée à « *la règle de droit public à l'épreuve de la réalité maritime* ».

[11] Voir la communication d'Olivier Curtil.
[12] Article 714 Code civil : Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous.
[13] Article L 210-1 Code de l'environnement
[14] Voir la communication de Franck Duhautoy.
[15] Voir la communication de Jean-Daniel Rinaudo.
[16] Voir la communication de Bibiana Graeff.