

ALEXIS FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris
5, rue Daunou - 75002 PARIS
Tél. 01.53.63.33.10 - Fax 01.45.48.90.09
afoc.avocat@gmail.com

N° 411005

CONSEIL D'ETAT

Section du contentieux

MEMOIRE COMPLEMENTAIRE

POUR : 1°) L'association Wikimedia France
2°) L'association La Quadrature du Net

CONTRE : 1°) Le Premier ministre
2°) La ministre de la culture
3°) Le ministre de la transition écologique et solidaire
4°) Le ministre de l'économie
5°) Le garde des sceaux, ministre de la justice
6°) Le ministre de la cohésion des territoires
7°) Le ministre de l'intérieur
8°) La ministre des outre-mer

FAITS

I.- L'association Wikimedia France et l'association La Quadrature du Net, exposantes, ont pour but de soutenir la diffusion libre de la connaissance et de la culture.

En réaction à l'affaire « Chambord », le Parlement a adopté l'article 75 de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, qui est venu notamment créer un nouvel article L. 621-42 à la sous-section 5, de la Section 6, du Livre VI du Titre II de la Partie législative du code du patrimoine. Ce dernier dispose que :

« L'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent les domaines nationaux, sur tout support, est soumise à l'autorisation préalable du gestionnaire de la partie concernée du domaine national. Cette autorisation peut prendre la forme d'un acte unilatéral ou d'un contrat, assorti ou non de conditions financières.

La redevance tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation.

L'autorisation mentionnée au premier alinéa n'est pas requise lorsque l'image est utilisée dans le cadre de l'exercice de missions de service public ou à des fins culturelles, artistiques, pédagogiques, d'enseignement, de recherche, d'information et d'illustration de l'actualité.

Un décret en Conseil d'Etat définit les modalités d'application du présent article. »

Par la suite, l'article 5 de l'ordonnance n° 2017-651 du 27 avril 2017 relative aux immeubles et objets mobiliers classés ou inscrits au titre des monuments historiques a modifié les Sections 5 et 6 du Chapitre I^{er} du Titre II de la Partie législative du code du patrimoine.

Les dispositions de l'article L. 621-42 seront transférées, à droit constant, à l'article L. 621-38, dans une sous-section 4, de la Section 5 du même Chapitre, du même Titre de la Partie législative du code du patrimoine, au plus tard le

1^{er} janvier 2018, en application de l'article 5 de l'ordonnance n° 2017-651 du 27 avril 2017. Ce dernier a, en outre, ajouté un nouvel article L. 621-37 et un nouvel article L. 621-39, dans la même sous-section.

Le premier dispose que : « *La gestion des domaines nationaux est exercée dans le respect de l'ordre public et de la dignité humaine.* »

Le second prévoit que : « *Afin de faciliter leur conservation, leur mise en valeur et leur développement, l'établissement public du domaine national de Chambord peut se voir confier, par décret en Conseil d'Etat, la gestion d'autres domaines nationaux, ainsi que d'autres domaines et immeubles appartenant à l'Etat.* »

L'ordonnance n° 2017-651 du 27 avril 2017 relative aux immeubles et objets mobiliers classés ou inscrits au titre des monuments historiques n'a pas à ce jour, été ratifiée.

II.- Sur le fondement de l'article L. 621-42 du code du patrimoine, par la suite transféré à l'article L. 621-38 du même code par l'article 5 de l'ordonnance n° 2017-651 du 27 avril 2017, comme nous venons de le voir, l'article 4 du décret n° 2017-456 du 29 mars 2017 relatif au patrimoine mondial, aux monuments historiques et aux sites patrimoniaux remarquables a été adopté. Il est notamment venu créer un nouvel article R. 621-99 inséré dans la partie réglementaire, de la Section 6, du Chapitre I^{er}, du Titre II, du Livre VI du code du patrimoine, aujourd'hui transféré, à droit constant, à l'article R. 621-100 du même code, par l'article 1^{er} du décret n° 2017-720 du 2 mai 2017 fixant la liste et le périmètre de domaines nationaux, qui dispose que :

« *Les conditions financières de l'utilisation commerciale de l'image d'éléments des domaines nationaux appartenant à l'Etat et confiés à un établissement public sont fixées par l'autorité compétente de l'établissement.*

Dans les autres cas, le préfet fixe les conditions financières des actes unilatéraux ou contrats relatifs à l'utilisation à des fins commerciales de l'image des biens appartenant à l'Etat qui sont inclus dans le périmètre d'un domaine national. »

Ce sont les dispositions dont l'annulation est demandée.

DISCUSSION

Sur la légalité interne

III.- En premier lieu, les dispositions réglementaires attaquées méconnaissent radicalement le droit d'accès non discriminatoire à la culture garanti par le 13^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et par l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et son corollaire, la liberté d'expression culturelle et le droit de diffusion de la culture, protégé par les articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, ainsi que par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Aux termes du 13^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 :

« La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat. »

Selon la doctrine, l'alinéa 13 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 a « *expressément consacré* » le droit fondamental d'accès à la culture (cf. S. Monnier, *Droit de la culture*, Lextenso, Gualino, éd. 2009, p. 17).

L'article 14 de cette même Convention prévoit que :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

Selon l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 :

« Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi. »

L'article 11 de la même Déclaration de 1789 prévoit que :

« La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi. »

L'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dispose que :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

Il ne fait aucun doute que la création culturelle est, à tout le moins, un objectif d'intérêt général (cf. Cons. const., 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, décision n° 2004-499 DC, cons. 13).

En outre, la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels est un objectif de valeur constitutionnelle (cf. Cons. const., 27

juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, décision n° 82-141 DC, cons. 5).

Le Conseil d'Etat a déjà jugé que la création artistique entraine dans le champ de la liberté d'expression garantie par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 (cf. CE, 19 juillet 2011, *Ligue des droits de l'homme*, req. n° 343430, Rec. T. p. 929-935).

La Cour européenne des droits de l'Homme a jugé, sur le fondement de l'article 10 §. 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que : « *Ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique. D'où l'obligation, pour l'État, de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression.* » (cf. Cour EDH, 24 mai 1988, *Müller et autres c. Suisse*, req. n° 10737/84, §. 33, *in fine* ; Cour EDH, 25 janvier 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, req. n° 68354/01, §. 26, *in fine* ; voir, également, Cour EDH, 16 février 2010, *Akdaş c. Turquie*, req. n° 41056/04). Etant rappelé que selon sa jurisprudence constante : « (...) *la liberté d'expression, consacrée par le paragraphe 1 de l'article 10 (art. 10-1), constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique » (arrêt Handyside du 7 décembre 1976, série A no 24, p. 23, § 49)* » (cf. not. arrêt Müller, préc. §. 33, *in limine*).

Enfin, il n'est pas inutile de rappeler que la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine prévoit que « *la création artistique est libre* » (art. 1^{er}) et que « *la diffusion de la création artistique est libre* » (art. 2, I).

IV.- En l'espèce, en soumettant l'utilisation commerciale de l'image des biens constituant des domaines nationaux à une autorisation préalable -sur la base de critères entièrement arbitraires- et en soumettant l'octroi de cette dernière, le cas échéant, au règlement d'une redevance -définie sur la base de critères entièrement discrétionnaires- les dispositions réglementaires présentement attaquées méconnaissent radicalement le droit d'accès non discriminatoire à la culture protégé par le 13^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et son corollaire, la liberté d'expression culturelle et le droit de diffusion de la culture, protégé par les articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 et l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

De ce chef, déjà, l'annulation est encourue.

V.- En deuxième lieu, les dispositions de l'article 75 de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, codifiées actuellement à l'article L. 621-42 du code du patrimoine, prises ensemble avec les dispositions réglementaires attaquées, méconnaissent le principe fondamental de l'extinction de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre intellectuelle, au-delà d'un certain temps, autrement appelé « domaine public », garanti notamment par la directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

Aux termes du 1) de l'article 1^{er} de la directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins :

« 1. Les droits de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique au sens de l'article 2 de la convention de Berne durent toute la vie de l'auteur et pendant soixante-dix ans après sa mort, quelle que soit la date à laquelle l'œuvre a été licitement rendue accessible au public. (...) »

L'article 2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914 et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971 et modifié le 28 septembre 1979, prévoit :

« (1) Les termes «œuvres littéraires et artistiques» comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que: les livres, brochures et autres écrits; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes; les compositions musicales avec ou sans paroles; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie; les œuvres des arts appliqués; les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences. »

Il s'infère de la combinaison de ces textes que, soixante-dix ans après le décès des architectes ayant composé les plans des immeubles constituant des domaines nationaux, l'exploitation économique de l'image de ces biens est libre dès lors que ces images sont entrées dans le « domaine public ».

VI.- En l'espèce, les dispositions réglementaires attaquées, prises avec celles de la loi qu'elles viennent appliquer, méconnaissent radicalement la directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

A titre liminaire, il est rappelé que le domaine public, au sens du code de la propriété intellectuelle, est un mécanisme par lequel le droit « *organise (...) une externalité positive* » : *pour engendrer un bénéfice social, l'usage d'une ressource n'est plus soumis à l'espace de calcul que constitue le marché.* »¹

¹ Lionel Maurel, *Quelle est la valeur économique du domaine public ?* : <https://scinfolex.com/2015/04/19/quelle-est-la-valeur-economique-du-domaine-public/>

S'agissant, par exemple, des photographies et autres images entrées dans le domaine public présentent sur l'encyclopédie en ligne Wikipédia, plus particulièrement sur la médiathèque Wikimedia Commons, une étude de l'*Intellectual Property Office*² (*i.e.* l'équivalent de l'Institut national de la propriété intellectuelle au Royaume-Uni) s'est appuyée sur les travaux de trois chercheurs³ (*i.e.* Paul J. Head, de l'université de l'Illinois, Kris Erickson et Martin Kretschmer, de l'université de Glasgow) pour évaluer leur valeur. L'étude, qui a fait l'objet d'une présentation à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle⁴, estime que les images du domaine public présentes sur Wikimedia Commons représentent une valeur estimée, au moins, entre 246 et 270 millions de dollars par an.

Au cas présent, dès lors que les différents architectes des immeubles des domaines nationaux sont décédés depuis plus de soixante-dix ans, la composition architecturale de ces immeubles est entrée dans le domaine public, de sorte que n'importe quelle personne peut prendre des clichés de ces domaines et en faire l'utilisation qu'elle souhaite, y compris commerciale.

En créant un nouveau droit lié à l'exploitation de l'image des immeubles des domaines nationaux, le législateur a contrevenu à ce principe, étant rappelé que ces monuments correspondent à des œuvres pour lesquels ces droits sont échus et qu'il n'appartient pas au législateur de faire renaître artificiellement des droits d'exploitation, quand bien même ces derniers seraient d'une autre nature, sans

Voir également : Jérôme Ballet, « *Propriété, biens publics mondiaux, bien(s) commun(s) : Une lecture des concepts économiques* », Développement durable et territoires, Dossier 10 | 2008, mis en ligne le 07 mars 2008, consulté le 16 août 2017. URL : <http://developpementdurable.revues.org/5553>

² *Copyright and the Value of the Public Domain : An empirical assessment* : https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/561543/Copyright-and-the-public-domain.pdf

³ Paul J. Heald, Kris Erickson et Martin Kretschmer, *The Valuation of Unprotected Works : A Case Study of Public Domain Photographs on Wikipedia* : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2560572

⁴ <https://www.ip-watch.org/2015/07/10/study-documents-public-domains-importance-to-innovation-and-creativity/>

remettre en cause l'équilibre constamment réaffirmé tout à la fois par les lois de la République et les traités internationaux, entre droit exclusif et droits d'usage.

En outre, il n'est pas inutile de rappeler que le nouveau droit créé par le législateur avec les dispositions présentement contestées n'est enfermé dans aucune limite temporelle, de sorte que ces dispositions méconnaissent manifestement le principe fondamental de l'extinction, après l'écoulement d'un certain délai, de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre intellectuelle.

A cet égard, la censure des dispositions présentement contestées est encourue étant précisé que, si par extraordinaire le Conseil d'Etat venait à ne pas partager cette lecture de la directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, il lui est demandé de renvoyer une question préjudicielle en interprétation de cette directive à la Cour de justice de l'Union européenne et de surseoir à statuer dans la présente instance, le temps pour la Cour de justice de rendre son arrêt.

VII.- En troisième lieu, l'article 4 du décret n° 2017-456 du 29 mars 2017 relatif au patrimoine mondial, aux monuments historiques et aux sites patrimoniaux remarquables, codifié à l'article R. 621-99 inséré dans la partie réglementaire, de la Section 6, du Chapitre I^{er}, du Titre II, du Livre VI du code du patrimoine, aujourd'hui transféré, à droit constant, à l'article R. 621-100 du même code, par l'article 1^{er} du décret n° 2017-720 du 2 mai 2017 fixant la liste et le périmètre de domaines nationaux, méconnaît, au prix d'une erreur manifeste d'appréciation, tout à la fois la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie..

Selon une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, « *il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* » (cf. Cons. const., 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, cons. 13, décision n° 2000-439 DC ; Cons. const., 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux*

d'argent et de hasard en ligne, cons. 24, décision n° 2010-605 DC ; Cons. const., 18 octobre 2010, *Rachid M. et autres*, [Prohibition des machines à sous], décision n° 2010-55 QPC ; Cons. const., 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre*, [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence], cons. 4, décision n° 2011-126 QPC).

La liberté d'entreprendre s'entend de ses deux composantes traditionnelles, à savoir, d'une part, la liberté d'accéder à une profession ou une activité économique (*cf.* Cons. const., 24 juin 2011, *Association pour le droit à l'initiative économique*, [Conditions d'exercice de certaines activités artisanales], décision n° 2011-139 QPC) et, d'autre part, la liberté dans l'exercice de cette profession et de cette activité économique (*cf.* Cons. const., 30 novembre 2012, *Christian Storms*, [Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace Moselle], décision 2011-285 QPC, cons. 7).

Il s'infère de cette jurisprudence que toute limitation de la liberté d'entreprendre doit être non seulement justifiée par une exigence constitutionnelle ou par un motif d'intérêt général, mais encore proportionnée à l'objectif poursuivi.

Il est certes vrai que le contrôle qu'exerce le Conseil constitutionnel sur le caractère proportionné ou non de l'atteinte en cause est, le plus souvent, un contrôle limité à la disproportion manifeste.

Mais il est tout aussi vrai, d'une part, que ce contrôle tend à très nettement se renforcer lorsque la conciliation met en cause non un principe constitutionnel mais un motif d'intérêt général et, d'autre part, que le juge constitutionnel n'hésite aucunement à prononcer des censures variées, fondées sur un tel grief, en cas de disproportion manifeste (*cf.* Cons. const., 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, cons. 19-20, décision n° 2000-436 DC ; Cons. const., 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 50, décision n° 2001-455 DC ; Cons. const., 6 octobre 2010, *Mathieu Pitté*, [Noms de domaine Internet], cons. 6, décision n° 2010-45 QPC ; Cons. const., 14 mai 2012, *Association Temps de Vie*, [Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise], cons. 6-7, décision n° 2012-242 QPC ; Cons. const., 30 novembre 2012, *Christian Storms*, cons. 11, décision n° 2012-285 QPC ; Cons. const., 27 mars 2014, *Loi visant à reconquérir l'économie réelle*, décision 2014-692 DC, cons. 21) ou, en amont, lorsque l'atteinte n'est justifiée ni

par les objectifs qu'il s'est assignés ni par aucun autre motif d'intérêt général (cf. Cons. const., 15 janvier 2016, *Robert M. et autres*, [Incompatibilité de l'exercice de l'activité de conducteur de taxi avec celle de conducteur de VTC], décision n° 2015-516 QPC, cons. 7).

Comme le soulignent les « commentaires autorisés », « [l]e contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur les atteintes à la liberté d'entreprendre ou les limitations de cette liberté a subi une lente évolution qui va dans le sens de son renforcement » (cf. not. commentaire sur le site du Conseil constitutionnel de la décision n° 2015-516 QPC du 15 janvier 2016, *Robert M. et autres*, [Incompatibilité de l'exercice de l'activité de conducteur de taxi avec celle de conducteur VTC], p. 7).

VIII.- De son côté, le Conseil d'Etat n'hésite pas à censurer des actes administratifs lorsqu'ils portent illégalement atteinte à la liberté d'entreprendre ainsi qu'à la liberté du commerce et de l'industrie (cf. CE, 25 septembre 2015, *Société Le Caloch*, req. n° 386077, Rec. T. p. 573-700).

L'on sait que le respect de la liberté du commerce et de l'industrie « implique, d'une part, que les personnes publiques n'apportent pas aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers des restrictions qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi et, d'autre part, qu'elles ne puissent prendre elles-mêmes en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public » (cf. CE 23 mai 2012, *RATP*, req. n° 348909, Rec. p. 231, pt. 2 ; CE 29 octobre 2012, *commune de Tours*, req. n° 341173, Rec. p. 368, pt. 2).

La liberté du commerce et de l'industrie est un principe général du droit (cf. CE Sect., 13 mai 1994, *Président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française*, Rec. p. 234 ; CE, 29 septembre 2003, *Fédération nationale des géomètres experts*, req. n° 221293), une liberté publique au sens de l'article 34 de la Constitution (cf. CE Sect., 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye*, Rec. p. 570 ; CE Ass., 16 décembre 1988, *Association des pêcheurs aux filets et engins, Garonne, Isle et Dordogne maritimes* ; CE, ord., 17 mai 2006, *Commune de Wissous*, req. n° 293110, Rec. p. 253) ainsi qu'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative (cf. CE, ord., 12

novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, req. n° 239840, Rec. p. 551 ; CE, 1^{er} mars 2002, *Bonfils*, req. n° 243651, Rec. p. 69 ; CE, ord., 17 décembre 2003, *EURL Exosphère et SARL Général Services Applications*, req. n° 262471, Rec. p. 519).

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie dispose d'un double contenu. D'un côté, « *il constitue le fondement de l'activité que les particuliers veulent entreprendre et des droits qu'ils peuvent à cet égard faire valoir à l'encontre des pouvoirs publics* ». De l'autre, « *le principe est interprété comme impliquant la liberté de concurrencer autrui sans être défavorisé par rapport à lui, ce qui conduit à limiter les conditions dans lesquelles les personnes publiques peuvent elles-mêmes se livrer à des activités économiques* » (B. Genevois, « *Principes généraux du droit* », Rép. Dalloz Cont. Adm., n° 541).

Le juge administratif censure depuis longtemps les contraintes excessives apportées, notamment par des mesures de police, à la liberté du commerce et de l'industrie (*cf.* not. CE Ass. 22 juin 1951, *Daudignac*, Rec. p. 362, GAJA, Dalloz, 17^{ème} éd., n° 66 ; ou encore CE 28 mars 1979, *ville de Strasbourg*, req. n° 03810, Rec. T. p. 641).

En particulier, le juge administratif vérifie que les décisions de l'autorité administrative n'imposent pas de sujétions plus rigoureuses que celles qu'exige la sauvegarde des intérêts dont elle a la charge.

IX.- En l'espèce, les dispositions réglementaires présentement contestées méconnaissent manifestement la liberté d'entreprendre en ce qu'elles portent à cette liberté une atteinte disproportionnée aux objectifs poursuivis par le législateur et qui n'est, de surcroît, justifiée ni par une exigence constitutionnelle, ni par un intérêt général suffisant.

Déjà, dès lors que les dispositions législatives présentement contestées soumettent l'utilisation commerciale de l'image des biens immobiliers constituant des domaines nationaux à une autorisation des autorités administratives compétentes, il ne fait aucun doute qu'elles viennent restreindre la liberté d'entreprendre.

De plus, l'exposé des motifs de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine dont l'article 75 est venu créer l'article L. 621-42 du code du patrimoine objet de la présente question prioritaire de constitutionnalité, est particulièrement lacunaire s'agissant des dispositions législatives en cause.⁵

Il ressort toutefois des débats parlementaires que l'objectif premier du législateur était de « *redonner des ressources et [...] protéger l'image de marque des monuments et domaines nationaux* »⁶.

⁵ A peine peut-on y rattacher :

« 4° *La loi vise également une meilleure prise en compte du patrimoine historique de la Nation dans la politique immobilière de l'Etat en donnant une consistance juridique nouvelle aux domaines nationaux et en révisant la procédure de cession des monuments historiques appartenant à l'Etat.*

La création d'une section 6 nouvelle relative aux domaines nationaux (au sein du chapitre Ier du titre II - articles L. 621-34 à L. 621-39) permettra de garantir l'intangibilité, foncière, historique et paysagère de ces domaines, héritage du peuple français depuis des siècles, en leur étendant les dispositions déjà en vigueur pour le domaine de Versailles. »

⁶ Lors de la séance du 16 février 2016, M. Jean-Noël Cardoux relevait : « *On ne peut pas admettre, d'une part, de voir des monuments associés à des publicités pour tel ou tel fromage – non pas que je sois « anti-fromage », mais c'est l'exemple qui me vient en tête, s'agissant toujours de Chambord –, d'autre part et surtout, qu'ils se privent d'une ressource qu'ils pourraient obtenir en négociant des retours financiers sur l'autorisation d'utiliser ou des photographies ou des représentations graphiques.* »

M. Jean-François Patriat : « *Notre préoccupation est la mise en avant du patrimoine, patrimoine qui, me semble-t-il, a été remarquablement valorisé au cours des dernières années : réouverture d'une partie des promenades et des écuries du maréchal de Saxe, développement architectural, expositions de sculptures, représentation du Bourgeois gentilhomme, qui a été joué pour la troisième fois à Chambord, programmes musicaux... Il s'agit bien là de la protection non seulement de cette œuvre de génie qu'est le château de Chambord, mais bien de l'ensemble du domaine national.*

L'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes met clairement en évidence le vide juridique qui caractérise le droit à l'image des établissements constitutifs du domaine public de l'État. On peut utiliser la représentation de n'importe quel très beau château ou de n'importe quel très beau lieu de culte, cathédrale ou autre, à des fins commerciales sans que l'autorisation ait été donnée par les propriétaires et sans qu'il y ait de restitution financière pour améliorer les domaines. »

Mme Françoise Férat (rapporteur) : « *Ces amendements mettent en place un droit à l'image concernant les domaines nationaux. En ce sens, ils posent une exception à la jurisprudence selon laquelle la possession d'un bien ne donne pas d'exclusivité sur son image tant qu'aucun préjudice n'est causé à son propriétaire.*

Toutefois, comme le soulignaient certains parlementaires lors des débats, la logique sous-jacente principale est celle de la valorisation économique et non celle de la préservation de l'image des domaines.⁷

Cela étant, au regard du caractère particulier des domaines nationaux, notamment le lien exceptionnel qu'ils présentent avec l'histoire de la Nation, la mise en place d'une telle mesure ne semble pas disproportionnée.

À cet égard, il convient de souligner que le dispositif prévu ne porte pas atteinte à l'exception de panorama, puisqu'il est bien précisé que l'autorisation du gestionnaire du bien n'est nécessaire que dans le cas où les images seraient utilisées à des fins commerciales.

La rédaction de l'amendement n° 3 rectifié me paraît cependant préférable. Elle limite l'autorisation aux images qui concerneraient des immeubles au sein de ces domaines nationaux qui sont généralement les plus emblématiques et identifiables. Ses dispositions sont par ailleurs très précises concernant les modalités de l'autorisation. »

Mme Audrey Azoulay, ministre de la culture : *« Il s'agit de soumettre à l'autorisation préalable du gestionnaire d'un domaine national et, éventuellement, à rémunération les prises de vue photographiques ou les représentations graphiques de leurs immeubles à fins strictement commerciales.*

Cette proposition rejoint une jurisprudence administrative toute récente qui a reconnu l'existence d'un régime d'autorisation sans texte permettant au propriétaire public soit de s'opposer à l'exploitation à des fins commerciales de la reproduction d'un bien appartenant au domaine public, soit de se faire rémunérer pour cette exploitation en raison de l'image de marque qui est utilisée.

Cette question peut d'ailleurs aussi se poser pour les monuments historiques privés, comme on le verra un peu plus loin dans l'examen de ce projet de loi.

Des travaux complémentaires nous semblent nécessaires pour comprendre quelle solution juridique pérenne peut être trouvée à la question, réelle, que vous évoquez à travers ces amendements, pour concilier à la fois le droit des propriétaires, lorsqu'une exploitation à des fins commerciales est envisagée, et le respect des principes du code général de la propriété des personnes publiques.

Il me semble donc prématuré, à ce stade, d'introduire, dans le code du patrimoine, une disposition dont les contours restent encore à mieux préciser du point de vue juridique. J'y insiste, ce débat est légitime, mais nous devons l'approfondir. C'est pourquoi j'émet un avis défavorable. »

M. Alain Houpert : *« M. Alain Houpert. M. Sueur a évoqué un point important : la relation entre le monument historique et la commune, qui est souvent le parent pauvre.*

J'interpelle mon ami François Patriat sur la situation d'une commune de notre département. Châteauneuf abrite en effet un magnifique château, qui accueille des dizaines de milliers de visiteurs par an. Or la commune reçoit zéro centime par an pour entretenir la voirie ou encore pour construire des toilettes destinées aux visiteurs.

Dans ce domaine, on peut parler de rupture d'égalité ! Nos monuments – Chambord et d'autres – sont magnifiques, mais pensons aux communes qui les accueillent !

Si j'adresse cet appel à notre assemblée, c'est pour que nous réfléchissions au moyen de trouver des financements. Pourquoi ne pas instaurer une taxe sur les visites, à l'instar de la taxe de séjour pour l'hôtellerie ? Une part pourrait être reversée à la commune. »

⁷ Mme la sénatrice Marie-Christine Blandin, lors de la séance du 16 février 2016 : *« Moi qui écoute toujours avec beaucoup d'attention notre collègue Jean-Pierre Sueur, j'ai été ravie de le*

C'est ainsi que les autorités domaniales responsables pourront parfaitement commercialiser l'image des domaines en cause, sans tenir compte de l'impact, potentiellement négatif, que cette utilisation pourra avoir pour ces domaines.

A titre d'exemple, l'établissement public du domaine de Chambord a organisé avec la société Kinder une « chasse aux œufs » lors du lundi de Pâques 2017 et a autorisé la société à prendre des « Kinder Surprise »⁸ en photo à partir de plusieurs points de vue du domaine, afin d'assurer la promotion de ses produits.⁹ Une partie de la promotion s'est même déroulée sur le site *Instagram*.¹⁰

Les dispositions attaquées laissent une large place à l'arbitraire des autorités domaniales responsables, reléguant au second plan la préservation de l'image des domaines.

Or, dans le droit de la domanialité publique, la préservation du domaine prime toujours sur son éventuelle exploitation économique. C'est ainsi que le Conseil d'Etat juge par exemple que « *l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut autoriser une personne privée à occuper une dépendance de ce domaine en*

voir monter au créneau contre la marchandisation. Toutefois, je suis navrée d'avoir à lui faire remarquer que, si les amendements prévoient d'abord une autorisation en bonne et due forme, ils prévoient ensuite la négociation de conditions financières. On pourra donc voir le château de Chambord dans une publicité pour Ferrero ; il suffira d'y mettre le prix... Mon cher collègue, votre appel à l'éthique ne correspond donc pas à la réalité de l'intégralité du dispositif de ces amendements. Par ailleurs, si votre demande me paraît légitime, il faut aussi comprendre la prudence de la ministre. »

M. le sénateur David Assouline allait dans le même sens : « *J'irai dans le même sens : on ne peut pas analyser ces amendements comme une espèce de symbole de la lutte contre la marchandisation de la culture. Pour les avoir lus dans leur intégralité, j'ai bien vu que le sujet n'était pas là.* » <https://www.senat.fr/seances/s201602/s20160216/s20160216006.html>

⁸ Il est intéressant de noter que l'exemple employé par Mme la sénatrice Marie-Christine Blandin lors de la séance du 16 février 2016, pour illustrer ses craintes de voir les dispositions présentement contestées servir surtout pour des objectifs de rentabilité et non pour des objectifs de préservation de l'image de marque des domaines nationaux, était justement une marque de chocolat concurrente...

⁹ <http://www.my-loire-valley.com/2017/04/paques-chassez-les-oeufs-kinder-au-chateau-de-chambord/>

¹⁰ <https://www.instagram.com/p/BS1DfIBgMk5/>

vue d'y exercer une activité économique, à la condition que cette occupation soit compatible avec l'affectation et la conservation de ce domaine » (CE, 23 mai 2012, RATP, req. n° 348909).

Le paradoxe est criant.

Si le législateur s'était réellement donné pour unique but de préserver l'image ou la renommée des domaines, en évitant qu'ils soient associés à des objets tiers, il se serait vite rendu compte que le droit positif prévoyait déjà tous les mécanismes nécessaires à cet effet.

C'est ainsi que la jurisprudence de la Cour de cassation, très claire, prévoit « *que le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal* » (Ass. plén., 7 mai 2004, SCP Hôtel de Girancourt c. SCIR Normandie et autre, pourvoi n° 02-10450).

En d'autres termes, un propriétaire n'a pas un droit d'autorisation sur l'utilisation qui peut être faite de l'image de son bien, mais un droit d'opposition à une utilisation, par un tiers, qui lui créerait un trouble anormal.

Les autorités domaniales pouvaient déjà parfaitement s'opposer à des utilisations potentiellement génératrices d'un trouble anormal sur ce fondement.

Créer un régime *ad hoc* d'autorisation préalable afin de préserver les domaines en cause n'étaient donc pas pertinent.

A la lecture des débats parlementaires, il n'est pas réellement douteux que c'est en réalité la valorisation économique de ces domaines que le législateur avait à l'esprit et qu'il a cherché à faire primer dans le dispositif retenu.

Or, un tel objectif n'est ni une exigence constitutionnelle, ni un objectif d'intérêt général.

A supposer même que l'on puisse potentiellement considérer qu'il s'agisse d'un objectif d'intérêt général, ce que les associations exposantes contestent fermement, il n'en demeure pas moins que les atteintes à la liberté d'entreprendre

apportées par le dispositif dont la censure est demandée sont manifestement disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi.

En effet, nous l'avons vu, le droit antérieur au dispositif attaqué permettait à un propriétaire de s'opposer à une utilisation de l'image d'un de ses biens qui entraînerait un trouble anormal.

Or, le dispositif va très nettement plus loin. Il permet désormais aux autorités domaniales en cause de s'opposer, purement et simplement, à toute utilisation commerciale de l'image des biens en question. Pourtant, toutes les utilisations commerciales de l'image des biens ne sont pas susceptibles d'entraîner un trouble anormal, ni même un préjudice.

Il n'est que de songer à la vente de cartes postales représentant l'image d'un domaine national, qui constitue sans aucun doute une utilisation commerciale de cette image, pour constater que des utilisations commerciales peuvent également avoir un effet bénéfique pour les domaines, notamment lorsqu'elles en font une promotion positive. De la même manière, l'utilisation d'images d'un domaine national sur un site internet faisant la promotion de lieux touristiques (on pense notamment aux blogs touristiques) pourrait éventuellement être caractérisée d'utilisation commerciale (par exemple, si l'auteur du blog tire des revenus d'une régie publicitaire)¹¹. Pour autant, on peine à discerner la moindre atteinte aux droits de l'autorité domaniale.

Certes, cette dernière pourra octroyer une autorisation à titre gratuit dans certains cas. Mais ni la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine dont l'article 75 est venu créer l'article L. 621-42 du code du patrimoine, ni le décret attaqué ne viennent fixer les garanties nécessaires ou, à tout le moins, les critères objectifs à cet égard. De fait, l'autorité domaniale dispose à cet égard d'un pouvoir arbitraire.

¹¹ Ici encore, cette absence de précision était mise en avant lors des débats parlementaires de la séance du 16 février 2016 notamment lorsque Mme la sénatrice Marie-Christine Blandin relevait que : « *Je prendrai un autre exemple : s'il est bien évident qu'il faudrait, à tout le moins, faire payer un fromage qui voudrait s'emparer de l'image de Chambord, que conviendrait-il de décider si la SNCF faisait figurer la silhouette du château sur une de ses publicités pour inciter les touristes à se rendre en train dans ce territoire ? Voyez que les choses ne sont pas si simples. (Applaudissements sur les travées du groupe CRC.)* » <https://www.senat.fr/seances/s201602/s20160216/s20160216006.html>

En octroyant des autorisations à certains tiers mais pas à d'autres, l'autorité domaniale est tout à la fois susceptible de porter atteinte à la liberté d'entreprendre, à la liberté du commerce et de l'industrie, au principe d'égalité et de non-discrimination et au droit de la concurrence.

A cet égard, s'il est aisément concevable qu'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public matériel n'est pas susceptible, par elle-même de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, s'agissant du domaine physique (cf. CE, 23 mai 2012, *RATP*, req. n° 348909), il en va différemment s'agissant du domaine immatériel pour lequel il n'y a aucune occupation « privative ». Dit autrement, l'utilisation de l'image d'un bien faite par un tiers n'empêche pas les autres tiers d'utiliser, eux aussi, l'image du même bien.

Le Premier ministre aurait dû mieux encadrer la marge de manœuvre laissée aux autorités compétentes, notamment en indiquant des critères précis pour fixer le montant de la rémunération, choisir entre une autorisation avec rémunération et une autorisation sans rémunération, voire fixer un plafond. Le pouvoir d'appréciation laissé aux autorités compétentes est manifestement trop important. Aucune garantie ne permet de s'assurer que la fixation de cette rémunération sera faite selon des critères objectifs, transparents et non discriminatoire. La marge d'appréciation laissée par le Premier ministre aux autorités compétentes est arbitraire dans le choix, d'une part, d'octroyer ou non une autorisation et, d'autre part, dans celui de l'assortir d'une redevance et, discrétionnaire dans la fixation du montant de la redevance. Du reste, l'intervention du juge ne sera en rien susceptible de pallier ces substantielles difficultés dès lors que son contrôle ne pourra nullement s'asseoir sur des critères objectifs.

De ce chef, l'annulation des dispositions attaquées est inévitable.

X.- En quatrième lieu, l'article 4 du décret n° 2017-456 du 29 mars 2017 relatif au patrimoine mondial, aux monuments historiques et aux sites patrimoniaux remarquables, codifié à l'article R. 621-99 inséré dans la partie réglementaire, de la Section 6, du Chapitre I^{er}, du Titre II, du Livre VI du code du patrimoine, aujourd'hui transféré, à droit constant, à l'article R. 621-100 du même code, par l'article 1^{er} du décret n° 2017-720 du 2 mai 2017 fixant la liste et le périmètre de

domaines nationaux, méconnaît manifestement, au prix d'une erreur manifeste d'appréciation, le droit de propriété.

Aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et des citoyens de 1789 :

« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. »

Selon l'article 17 de la même Déclaration de 1789 :

« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »

Les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux et par des limitations exigées au nom de l'intérêt général. C'est en fonction de cette évolution que doit s'entendre la réaffirmation par le préambule de la Constitution de 1958 de la valeur constitutionnelle du droit de propriété (cf. Cons. const., 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, décision n° 81-132 DC, cons. 16 ; Cons. const., 25 juillet 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*, décision n° 89-256 DC, cons. 16 ; Cons. Const., 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, décision n° 90-283 DC, cons. 7 ; Cons. const., 15 janvier 1982, *Loi renforçant la protection des consommateurs*, décision n° 91-303 DC, cons. 9).

La propriété peut ainsi être constituée d'actions ou d'obligations (cf. Cons. const., 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, décision n° 81-132 DC, cons. 45), de portefeuilles de contrats ou de bulletins d'adhésion constitués par une personne dans l'exercice de l'activité d'assurance (cf. Cons. const., 6 février 2015, [*Société Mutuelle des transports assurances*], décision n° 2014-449 QPC, cons. 6) ou encore de créances (cf. Cons. const., 10 juin 2010, *Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, décision n° 2010-607 DC ; Cons. const., 5 octobre 2016, *Société BNP Paribas SA [Extinction des créances*

pour défaut de déclaration dans les délais en cas d'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net], décision n° 2016-574/575/576/577/578 QPC).

Parmi les domaines nouveaux auxquels s'étend le champ d'application du droit de propriété, se trouve notamment la propriété intellectuelle qui comprend le droit, pour les titulaires du droit d'auteur et de droits voisins, de jouir de leurs droits de propriété intellectuelle et de les protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France (cf. Cons. const., 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, décision n° 2006-540 DC, cons. 14 et 15 ; Cons. const., 28 février 2014, [*Exploitation numérique des livres indisponibles*], décision n° 2013-370 QPC, cons. 13 ; Cons. const., 21 novembre 2014, [*Cession des œuvres et transmission du droit de reproduction*], décision n° 2014-430 QPC, cons. 5). Il en va ainsi notamment des marques (cf. Cons. const., 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, décision n° 90-283 DC, cons. 7 ; Cons. const., 15 janvier 1992, *Loi renforçant la protection des consommateurs*, décision n° 91-303 DC, cons. 9 ; Cons. const., 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, décision n° 2015-727 DC, cons. 19) ou encore des noms de domaine (cf. Cons. const., 6 octobre 2010, *Mathieu Pitté*, décision n° 2010-45 QPC, cons. 5).

Le Conseil constitutionnel a pu juger que si la possibilité de refuser l'autorisation d'exportation assure la réalisation de l'objectif d'intérêt général de maintien sur le territoire national des objets présentant un intérêt national d'histoire ou d'art, la privation de propriété permise par les dispositions contestées n'est pas nécessaire pour atteindre un tel objectif ; en effet, en prévoyant l'acquisition forcée de ces biens par une personne publique, alors que leur sortie du territoire national a déjà été refusée, le législateur a instauré une privation de propriété sans fixer les critères établissant une nécessité publique (cf. Cons. const., 14 novembre 2014, [*Droit de retenir des œuvres d'art proposées à l'exportation*], décision n° 2014-426 QPC, cons. 6).

XI.- Aux termes de l'article 544 du code civil :

« 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. »

La jurisprudence de la Cour de cassation, très claire, prévoit *« que le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal »* (Ass. plén., 7 mai 2004, *SCP Hôtel de Girancourt c. SCIR Normandie et autre*, pourvoi n° 02-10450).

En d'autres termes, un propriétaire n'a pas un droit d'autorisation sur l'utilisation qui peut être faite de l'image de son bien, mais un droit d'opposition à une utilisation, par un tiers, qui lui créerait un trouble anormal.

XII.- Aux termes de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

La Cour européenne des droits de l'homme a développé une notion de « bien » autonome sur ce fondement, qui ne se limite pas à des biens corporels (*cf.* CEDH, 23 février 1995, *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, req. n° 15375/89, §. 53 ; CEDH, grd. ch., 25 mars 1999, *Iatridis c. Grèce*, req. n° 31107/96, §. 54). Elle considère notamment que la notion de bien ne se limite pas à la propriété de biens corporels et qu'elle est indépendante par rapport aux qualifications formelles du droit interne. Ainsi, certains droits et intérêts constituant des actifs peuvent également être considérés comme des « droit patrimoniaux » et donc des « biens » au sens de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel.

Dans chaque affaire, il importe, selon elle, d'examiner si les circonstances, considérées dans leur ensemble, ont rendu le requérant titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel (*cf. not. CEDH 25 mars 1999, Iatridis c/ Grèce*, req. n° 31107/96, §. 54 ; CEDH 5 janvier 2000, *Beyeler c/ Italie*, req. n° 33202/96, §. 100 ; CEDH 22 juin 2004, *Broniowski c/ Pologne*, req. n° 31443/96, §. 129).

C'est ainsi que la Cour a jugé que sont des biens, au sens de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, des actions (*cf. Comm. EDH, 12 octobre 1982, Bramelid et Malmstrom c/ Suède*, req. n° 8588/79 ; Cour EDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding c/ Ukraine*, req. n° 48553/99, §. 91), des obligations (*cf. Cour EDH, 21 juillet 2016, Mamatas et autre c/ Grèce*, n° 63066/14 (renvoi en Grande Chambre)), des parts sociales (*cf. Comm. EDF, 11 décembre 1986, Société S. et T. c. Suède*, req. n° 11189/84), une clientèle (*cf. Cour EDH, grd. ch., 25 mars 1999, Iatridis c. Grèce*, req. n° 31107/96, §. 54), des brevets (*cf. Comm. EDH, 4 octobre 1990, Smith Kline Laboratories et French laboratories Ltd c. Pays-Bas*, req. n° 12633/87), une marque commerciale (*cf. Cour EDH, grd. ch., 11 janvier 2007, Anheuser-Busch Inc. C. Portugal*, req. n° 73049/01, §. 78), une œuvre de l'esprit protégé par le droit d'auteur (*cf. Cour EDH, 29 janvier 2008, Balan c. Moldavie*, req. n° 19247/03, §. 34), la valeur d'actifs incorporels (*cf. Cour EDH, 25 janvier 2000, Ian Edgar (Liverpool) Ltd c. Royaume-Uni*, req. n° 37683/97 ; Cour EDH, 13 mars 2012, *Malik c. Royaume-Uni*, req. n° 23780/08, §. 93).

Entre également dans cette catégorie, certains intérêts économiques tels que ceux attachés à l'exploitation d'un débit de boisson et le maintien de la licence (*cf. Cour EDH, 7 juillet 1989, Tre Traktörer Aktiebolag c/ Suède*, req. n° 10873/84, §. 53), le droit de tirer un profit des biens dont on est propriétaire (*cf. Cour EDH, 18 février 1991, Fredin c. Suède*, req. n° 12033/86, §. 46 ; Cour EDH, grd. ch., 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, req. n° 35014/97).

Dans certaines circonstances, « l'espérance légitime » d'obtenir une valeur patrimoniale peut également bénéficier de la protection de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel (*cf. not. CEDH, 21 juin 2006, Maurice c/ France*, req. n° 11810/03, §. 63 ; CEDH 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, req. n° 1513/03, §. 68). Ainsi, lorsque l'intérêt patrimonial est de l'ordre de la créance, on peut

considérer que l'intéressé dispose d'une espérance légitime si un tel intérêt présente une base suffisante en droit interne, par exemple lorsqu'il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux.

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme juge de manière constante que le principe de sécurité juridique est « *nécessairement inhérent au droit de la Convention européenne comme au droit communautaire* » (CEDH 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n° 6833/74, §. 58).

XIII.- En l'espèce, sous le régime antérieur à l'adoption des dispositions en cause, les propriétaires des droits patrimoniaux attachés aux clichés de biens immobiliers constituant désormais les domaines nationaux pouvaient librement en faire une utilisation commerciale, sous réserve de devoir répondre d'une utilisation abusive.

D'emblée, il convient de rappeler que les contenus du projet Wikimedia Commons, bien que ce ne soit pas leur seule finalité, permettent d'illustrer les articles de l'encyclopédie Wikipédia, 5^e site le plus visité au monde, avec les photographies qu'il héberge, mais peuvent aussi permettre d'illustrer des contenus pédagogiques, des articles de blog, ou encore des recherches universitaires, des articles de presse, des sites de collectivités locales, des catalogues commerciaux, des campagnes publicitaires, des pochettes d'album, des recherches universitaires ou encore des rapports ministériels.

Ces contenus proviennent du téléversement de centaines de milliers de volontaires, bénévoles, qui y participent afin de contribuer au libre partage de la connaissance et à la diffusion et la valorisation de notre patrimoine culturel.

L'association Wikimedia France organise, depuis 2011 le plus grand concours de photographie du monde, intitulé « Wiki Loves Monument »¹² (cf. <https://www.wikimedia.fr/2012/10/09/wiki-loves-monuments-entre-dans-le-livre-guinness-des-records/>). Ce concours vise à photographier les monuments classés au titre des monuments historiques afin de disposer sur les projets

¹² Pour consulter les résultats de l'édition 2016 du concours : <https://blog.wikimedia.org/2016/12/15/seventh-annual-wiki-loves-monuments/>

Wikimédia d'illustrations de très grande qualité technique ou artistique de ce patrimoine protégé (cf. <https://www.wikimedia.fr/2016/11/25/les-gagnants-de-wiki-loves-monuments-2016/>). Ces photographies peuvent non seulement illustrer les articles Wikipédia de ces monuments (il est intéressant de noter que l'article Wikipédia du château de Chambord existe en 43 langues différentes, pour ne citer que celui-ci), mais peuvent être réutilisées par tout le monde, grâce aux licences libres qui s'y appliquent.

A noter que le site internet Wikimédia Commons contient plus de 225 photographies du château de Chambord¹³, pour ne citer que cet exemple, dont la quasi-totalité a été prise et téléversée sur le site antérieurement à l'entrée en vigueur des dispositions contestées, comme l'atteste les dates de téléversement pour chacun des clichés.

- D'une manière générale, les clichés de biens immobiliers constituant désormais les domaines nationaux avaient, avant l'entrée en vigueur des dispositions présentement contestées, une valeur économique certaine, *a minima*, en puissance, si ce n'est en acte. En tout état de cause, l'auteur des clichés, qui est une œuvre de l'esprit au sens de l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle (cf. article L. 112-2 9° du code de la propriété intellectuelle) jouit sur son œuvre, « *du seul fait de sa création d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* » (L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle).

Le droit d'auteur recouvre, d'une part, le droit moral de l'auteur et, d'autre part, son droit patrimonial. Le droit moral (cf. articles L. 121-1 à L. 121-9 du code de la propriété intellectuelle), « *perpétuel, inaliénable et imprescriptible* » (cf. article L. 121-1, alinéa 3, du code de la propriété intellectuelle), qui reste attaché à la personne de l'auteur (cf. article L. 121-1, alinéa 2 du code de la propriété intellectuelle) n'autorise en aucun cas les entraves à l'utilisation d'une œuvre, mais seulement les limitations aux usages susceptibles de porter atteinte à l'image de l'artiste.

Le droit patrimonial quant à lui confère un monopole d'exploitation économique sur l'œuvre, pour une durée variable au terme de laquelle l'œuvre entre dans le

¹³ https://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Ch%C3%A2teau_de_Cambord

« domaine public » (au sens du code de la propriété intellectuelle, non au sens du droit de la domanialité publique). Ces droits s'éteignent toutefois, en principe, 70 ans après le décès de l'artiste (cf. article L. 123-1 du code de la propriété intellectuelle).

L'entrée en vigueur des dispositions réglementaires présentement contestées est donc venue priver les propriétaires des droits patrimoniaux attachés aux clichés de biens immobiliers constituant désormais les domaines nationaux de leur droit de propriété, dès lors que ces derniers peuvent désormais se voir refuser l'autorisation d'en faire un usage commercial ou se voir contraint de régler une redevance, dont le prix est laissé à la libre appréciation de l'autorité en charge du domaine, pour exploiter les droits patrimoniaux qu'ils pouvaient antérieurement exploiter librement, sous la seule réserve de devoir répondre d'une utilisation abusive.

Or, cette privation n'est en aucun cas justifiée par la « *nécessité publique* » et aucune « *juste et préalable indemnité* » n'a été prévue par la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine dont l'article 75 est venu créer l'article L. 621-42 du code du patrimoine objet de la présente question prioritaire de constitutionnalité, de sorte que les dispositions législatives dont la conformité à la Constitution est présentement contestée méconnaissent manifestement l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

- En particulier, les dispositions attaquées nient tout à la fois, la possibilité pour l'auteur d'accorder des « licences libres » ou concessions innommées, pour l'avenir, et les droits octroyés dans le cadre de telles licences. Un auteur peut en effet autoriser tous les usages qu'il souhaite de son bien intellectuel au travers de contrats de concession ou licences. Or, le recours à de telles techniques contractuelles n'est possible que grâce à un « *droit de propriété fort soutenant la liberté contractuelle* »¹⁴.

¹⁴ N. Binctin, Droit de la propriété intellectuelle, LGDJ, 4e éd., pt. 1096 : « *Loin d'être un aveu de faiblesse de la propriété intellectuelle, ces licences sont la marque d'un droit de propriété fort soutenant la liberté contractuelle. Sans une propriété puissante, ces contrats libres ne seraient pas respectés, les concédants ne se soumettent pas au régime du domaine public mais, au contraire, imposent par la force contractuelle des comportements très contraignants aux utilisateurs des biens intellectuels diffusés par ces voies. L'utilisation du bien intellectuel*

De sorte que les dispositions attaquées méconnaissent *l'usus* et le *fructus*, dès lors que les utilisations commerciales ne sont désormais possibles que sous autorisation, qui peuvent, en outre, être assorties d'une redevance, ainsi que *l'abusus*, dès lors que le propriétaire des clichés ne peut plus régulièrement consentir des licences libres qui permettent l'utilisation commerciale.

- A tout le moins, les dispositions contestées sont venues poser de nouvelles limites, particulièrement restrictives, au libre exercice du droit de propriété des détenteurs de droits patrimoniaux attachés aux clichés des immeubles des domaines nationaux, sans que ces limites soient justifiées par un motif d'intérêt général, ni proportionnées à l'objectif poursuivi, comme nous l'avons déjà vu ci-dessus.

En cet état, la censure des dispositions attaquées est acquise.

XIV.- En cinquième lieu, en adoptant l'article 4 du décret n° 2017-456 du 29 mars 2017 relatif au patrimoine mondial, aux monuments historiques et aux sites patrimoniaux remarquables, codifié à l'article R. 621-99 inséré dans la partie réglementaire, de la Section 6, du Chapitre I^{er}, du Titre II, du Livre VI du code du patrimoine, aujourd'hui transféré, à droit constant, à l'article R. 621-100 du même code, par l'article 1^{er} du décret n° 2017-720 du 2 mai 2017 fixant la liste et le périmètre de domaines nationaux, le Premier ministre a manifestement méconnu l'étendue de sa propre compétence.

Comme le rappelle Mme Aurélie Bretonneau¹⁵, la notion d'incompétence négative est réputée avoir été forgée par Edouard Laferrière en 1888 dans son célèbre *Traité de la juridiction administrative*¹⁶ et des recours contentieux, en se

contraire au contrat de licence ouvre la possibilité d'agir en contrefaçon, la gratuité ne modifiant pas cette possibilité. »

¹⁵ A. Bretonneau, *L'incompétence en droit constitutionnel*, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 46, janv. 2015, pp. 21-28

¹⁶ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault et Cie, 1888, t. 2, p. 491 : « *Du cas où une autorité décline sa compétence. – Pour*

fondant sur deux décisions du Conseil d'Etat relatives aux médailles (*cf.* CE, 1^{er} mai 1874, *Lezeret de la Maurinie*, Rec. p. 410 : annulation d'une décision du ministre de la justice déclinant toute autorité hiérarchique à l'égard du grand chancelier de la Légion d'honneur) et aux chercheurs d'or (*cf.* CE, 23 novembre 1883, *Société des mines d'or de la Guyanec c. Malguy*, Rec. p. 832 : annulation d'une décision du ministre de la marine et des colonies se déclarant incompétent pour réformer une décision du gouverneur de la Guyane).

Le Conseil d'Etat censure régulièrement des dispositions pour incompétence négative (*cf.* CE Ass., 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins de l'Ain et autres*, req. n° 188004 et autres, Rec. p. 266 : le Gouvernement, habilité à intervenir par voie d'ordonnance, ne pouvait, pour ce qui est du « volet médical » de la carte électronique individuelle interrégimes délivrée à tout bénéficiaire de l'assurance maladie, se borner à renvoyer à un décret en Conseil d'Etat le soin d'en déterminer les modalités de mise en œuvre, sans que soient précisées au préalable, par l'autorité compétente en vertu des articles 34 et 38 de la Constitution, les garanties nécessaires à la protection des droits individuels, qu'il s'agisse notamment du consentement du patient à l'enregistrement des données le concernant, du délai pendant lequel les informations doivent demeurer sur le « volet santé » et de la possibilité d'en obtenir la suppression ; CE 16 octobre 2013, *Société Electricité de France et autres*, req. n° 358701, aux Tables : Il résulte des dispositions des articles 34 et 74 de la Constitution qu'il appartient à une collectivité d'outre-mer régie par l'article 74 et dotée de l'autonomie d'épuiser l'étendue de la compétence qui lui a été confiée par le législateur organique lorsque, intervenant dans un domaine réservé, en métropole, au législateur par l'article 34, elle définit un régime juridique et ne diffère pas son entrée en vigueur. Il appartient ainsi à cette collectivité, lorsqu'elle exerce des compétences qui relèvent, en principe, du domaine de la loi, d'assortir les

*terminer ce qui concerne le grief d'incompétence, nous devons dire quelques mots du cas où une autorité, au lieu de franchir les limites de sa compétence, reste en deçà, et refuse de faire un acte de son ressort en déclarant qu'elle n'a pas qualité pour l'accomplir. Cette hypothèse est, on le voit, inverse de toutes les précédentes ; s'il nous était permis d'appliquer les expressions consacrées en matière de conflits, nous dirions qu'il s'agit là d'incompétence négative, par opposition à l'incompétence positive dont nous venons de nous occuper. Cette espèce d'incompétence doit être également réprimée, car s'il n'est pas permis à une autorité d'étendre le cercle de ses pouvoirs, il ne lui est pas non plus permis de le restreindre ; dans un cas comme dans l'autre, il y a infraction aux lois d'attributions. » ; cf. également, F. Gazier, *Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir*, Études et documents du Conseil d'État, 1951, p. 31 ; A. Le Pillouer, *L'incompétence négative des autorités administratives : retour sur une notion ambivalente*, RFDA 2009, p. 1203*

éventuelles mises en cause des droits et principes constitutionnellement protégés des garanties de nature à permettre que ces mises en cause soient conformes à la Constitution. Par suite, lorsqu'elle définit, dans le cadre de ses compétences, une imposition, la collectivité de Saint-Barthélemy doit déterminer de manière complète et suffisamment précise son assiette, son taux, ainsi que ses modalités de recouvrement, lesquelles comprennent les règles régissant le contrôle, le recouvrement, les garanties et les sanctions applicables.).

Il est certes vrai, comme le relève Mme Aurélie Bretonneau dans son article susmentionné : *« on ne peut qu'être frappé de ce que les décisions Syndicat des médecins de l'Ain et Société Électricité de France ne sont pas relatives à des actes réglementaires ordinaires, l'un comme l'autre – ordonnance de l'article 38 et délibération d'une collectivité d'Outre-mer de l'article 74 – ayant pour mission constitutionnelle d'intervenir dans le domaine de la loi. Le fait que le Conseil d'État décide de censurer leur incompétence négative ne signifie donc pas nécessairement qu'il accepte d'acclimater au pouvoir réglementaire la jurisprudence constitutionnelle sur ce point. Il procède simplement du choix de faire primer le critère matériel sur le critère organique et de soumettre les actes réglementaires que la Constitution habilite à intervenir dans le domaine législatif aux mêmes exigences que celles que le Conseil constitutionnel fait peser sur la loi. »*. Du reste, il est en effet arrivé que le Conseil d'Etat écarte, pour inopérance, un moyen tiré de l'incompétence négative du pouvoir réglementaire au sujet d'un décret qui n'avait pas pris l'ensemble des mesures d'application d'une loi (cf. CE, 27 octobre 2008, *Fédération départementale des associations agréées de la pêche et de protection du milieu aquatique de l'Orne*, req. n° 307546, Rec. p. 364, pt. 2).

Mais il est tout aussi vrai que le Conseil d'Etat a déjà, implicitement mais nécessairement, admis l'opérance d'un moyen tiré de l'incompétence négative du pouvoir réglementaire à l'égard d'un « simple » décret – au demeurant postérieurement à la décision du 27 octobre 2008 déclarant un tel moyen inopérant – (cf. CE, 3 juin 2009, *Cimade et autres*, req. n° 321841, Rec. p. 211 : *« dans le dernier état de leur argumentation, les requérants soutiennent que le décret attaqué fixe des conditions insuffisantes pour assurer l'objectif prévu par le législateur et qu'il est ainsi entaché d'incompétence négative ; qu'ils font valoir, en particulier, que le décret se borne à exiger des personnes morales des prestations d'information sous la forme d'organisation de permanences et de*

mise à disposition de documentation ; que, toutefois, le décret prévoit que la convention passée entre le ministre chargé de l'immigration et la ou les personnes morales sélectionnées doit permettre l'exercice effectif de leurs droits par les étrangers et précise que la mission confiée par la convention ne se limite pas à l'information des étrangers mais comprend également l'aide à l'exercice de leurs droits ; qu'il n'a donc pas entendu et ne pouvait d'ailleurs pas légalement limiter le contenu de cette convention à des prestations d'information ; qu'il doit, au contraire, être compris, compte tenu de l'objectif poursuivi par le législateur, d'une part, comme prévoyant que cette convention porte non seulement sur l'information mais aussi sur l'accueil et le soutien des étrangers, pour permettre l'exercice effectif de leurs droits, d'autre part, comme impliquant que l'Etat ne peut conclure une telle convention qu'avec des personnes morales présentant des garanties d'indépendance et de compétences suffisantes, notamment sur le plan juridique et social, pour assurer le bon accomplissement des missions d'accueil, de soutien et d'information prévues par la loi ; que, dans ces conditions, l'article 5 du décret attaqué n'est pas entaché d'incompétence négative »).

XV.- En outre, le Premier ministre est chargé de prendre les décrets nécessaires à la bonne entrée en vigueur des lois, même dans l'hypothèse où une loi ne prévoit pas de tels décrets d'application (*cf.* Cons. const., 10 juin 1998, décision n° 98-401 DC, pt. 16 ; CE, 27 novembre 1992, *Fédération Interco CFDT*, Rec. p. 427).

L'abstention du Premier ministre, au-delà d'un « délai raisonnable » (*cf.* CE, 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis*, Rec. p. 475), constitue une faute.

Le Premier ministre doit encore prévoir les mesures transitoires nécessaires, en particulier lorsque l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions est susceptible de porter une atteinte excessive à des contrats en cours (*cf.* CE Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*, req. n° 288460 et autres, Rec. p. 154 ; articles L. 211-5 et 211-6 du code des relations entre le public et l'administration).

XVI.- De son côté, le Conseil constitutionnel analyse régulièrement la méconnaissance, par le législateur, de l'étendue de sa propre compétence en lien

avec le principe de clarté de la loi, d'une part, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, d'autre part.

Le Conseil constitutionnel a synthétisé sa jurisprudence à cet égard en considérant « *qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ;* » (Cons. const., 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, décision n° 2004-503 DC, cons. 29 ; voir également : Cons. const., 28 juillet 2011, *Loi tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap*, décision n° 2011-639 DC).

Le commentaire autorisé du Conseil constitutionnel sous la décision 2004-503 DC, explique que :

« *Le principe de clarté, qui résulte de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4,5,6 et 16 de la Déclaration de 1789 (n° 99_421 DC du 16 décembre 1999, cons. 13), imposent au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. A défaut, il renverrait à d'autres (administrations, juridictions) des choix que la Constitution lui a confiés en propre (n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, cons. 8 ; n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 9).* »

Il en va de même, *mutatis mutandis*, du Premier ministre. Pour paraphraser le commentaire autorisé susmentionné, l'article 21 de la Constitution et l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découlent des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. A défaut, il

renverrait à d'autres (administrations, juridictions), des choix que la Constitution lui a confiés en propre.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat juge que le moyen tiré de la méconnaissance de l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme est opérant à l'encontre d'un décret (*cf.* CE 8 juillet 2005, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, aux Tables). Le juge administratif n'hésite pas à censurer les dispositions d'un décret lorsqu'elles méconnaissent l'objectif de clarté et d'intelligibilité de la norme (*cf.* CE, 29 octobre 2013, *Association les amis de la rade et des calanques*, req. n° 360085, aux Tables).

XVII.- Le Premier ministre s'est manifestement, au prix d'une méconnaissance du principe de clarté de la norme et de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la norme, mépris sur l'étendue de sa propre compétence.

- Déjà, le premier alinéa de l'article L. 621-42 du code du patrimoine mentionne « *l'image des immeubles qui constituent les domaines nationaux* », sans définir nulle part le terme « *image* » qui n'est pas plus défini dans d'autres dispositions législatives, ni, dans le décret d'application présentement attaqué.

Le champ d'application de ces dispositions en est rendu particulièrement nébuleux.

S'agit-il uniquement d'images statiques (*i.e.* clichés photographiques) ou également d'images animées (*i.e.* films, vidéos) ?

Plus problématique encore, s'agit-il uniquement d'images captées à l'aide d'un appareil ou également de représentations, par exemple, un dessin, une peinture ou une illustration ? Ces dispositions s'appliqueraient-elles également à des représentations figurées, par exemple, une toile impressionniste ?

De la même manière, les dispositions réglementaires attaquées sont entachées des mêmes lacunes.

• Ensuite, le troisième alinéa de l'article L. 621-42 du code du patrimoine, présentement attaqué, prévoit un certain nombre d'exceptions « *lorsque l'image est utilisée dans le cadre de l'exercice de missions de service public ou à des fins culturelles, artistiques, pédagogiques, d'enseignement, de recherche, d'information et d'illustration de l'actualité* ».

A tout le moins, la distinction, prévue à l'alinéa 1^{er} de cet article entre utilisation commerciale, d'une part, et utilisation non commerciale, d'autre part, vient rendre l'application concrète de ces légitimes exceptions, extrêmement hasardeuse.

De fait, la majorité des utilisations « *à des fins culturelles, artistiques, pédagogiques, d'enseignement, de recherche, d'information et d'illustration de l'actualité* » entraîne nécessairement une utilisation commerciale.

La dimension commerciale est en effet très présente lorsqu'un photographe professionnel vend un cliché, un peintre vend une de ces toiles, lorsqu'une illustration est utilisée dans un manuel scolaire, ou universitaire, lorsque des photographies viennent illustrer un article scientifique dans une revue spécialisée, ou encore, lorsqu'une image sert d'illustration à un thème d'actualité.

La forte ambiguïté de ces expressions n'avait pas manqué d'être relevé lors des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de cette loi.¹⁷

¹⁷ Lors de la séance du 16 février 2016, Mme la sénatrice Marie-Christine Blandin relevait : « *Mais nous nous interrogeons sur l'ambiguïté des expressions « à des fins culturelles » et « à des fins d'illustration de l'actualité ».*

En effet, seront « culturels » les cartes postales, les livres sur le patrimoine ou des tas d'autres choses qui ne sont pas dénuées de visées commerciales.

Seront également « culturels » les minibus qui véhiculeront les guides-conférenciers ou encore les tee-shirts qui permettront de vendre des tours opérateurs...

Je me demande donc s'il n'existe pas une certaine contradiction, induite par cette proposition. Ou alors, votre alinéa 58 l'emporte sur toutes les occurrences qui sont écrites dans l'alinéa 60 ?

Avec l'alinéa 60 tel que rédigé aujourd'hui, Paris-Match peut photographier tranquillement tout ce qu'il veut...

Je souligne, en outre, que la rédaction contient un « ou », non un « et » : l'autorisation n'est pas requise lorsque l'image est utilisée dans le cadre de l'exercice de missions de service public « ou » à des fins culturelles et d'illustration de l'actualité.

Toute la presse magazine pourra donc, désormais, diffuser à des fins commerciales des photos, grâce à la dérogation que vous inscrivez ici.

Or, le décret attaqué n'apporte aucune précision à cet égard. Il ne vient fixer nulle « modalités d'application ».

• Enfin, ni la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine dont l'article 75 est venu créer l'article L. 621-42 du code du patrimoine objet de la présente question prioritaire de constitutionnalité, ni le décret n° 2017-456 du 29 mars 2017 relatif au patrimoine mondial, aux monuments historiques et aux sites patrimoniaux remarquables, ne viennent fixer les critères précis sur lesquelles la décision des autorités administratives compétentes, d'une part, d'autoriser ou non un usage commercial et, d'autre part, de choisir, le cas échéant, entre une autorisation à titre gratuit ou une autorisation à titre onéreux, doit se fonder.

Ce faisant, un véritable pouvoir arbitraire est octroyé aux autorités administratives compétentes.

Mais encore, le 2^e alinéa de l'article en cause se borne à prévoir que « [l]a redevance tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation. »

De son côté, le décret attaqué se borne à considérer que :

« Les conditions financières de l'utilisation commerciale de l'image d'éléments des domaines nationaux appartenant à l'Etat et confiés à un établissement public sont fixées par l'autorité compétente de l'établissement.

Dans les autres cas, le préfet fixe les conditions financières des actes unilatéraux ou contrats relatifs à l'utilisation à des fins commerciales de l'image des biens appartenant à l'Etat qui sont inclus dans le périmètre d'un domaine national. »

En d'autres termes, non seulement un véritable pouvoir arbitraire est laissé aux autorités administratives compétentes, tant sur le choix d'autoriser ou non un usage commercial, que sur celui d'assortir cet usage, le cas échéant, d'une redevance, mais encore, un véritable pouvoir discrétionnaire est laissé à ces

Je sais que ce ne sont pas vos intentions, mais je souhaite cependant attirer votre attention. »

autorités quant à la fixation du montant de cette redevance, qui ne doit tenir compte que « *des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation.* »

Par suite, les dispositions contestées ouvrent la voie à des discriminations ainsi qu'à des distorsions de concurrence, en ce que le traitement différencié ouvert par l'absence de précision de ces dispositions ne sera justifié ni par une exigence constitutionnelle, ni par l'intérêt général et sera, en tout état de cause, inadéquat et disproportionné par rapport aux objectifs poursuivis.

Ainsi, la méconnaissance par le pouvoir réglementaire de l'étendue de sa compétence dans la détermination du champ d'application de l'obligation de demander une autorisation préalable avant toute utilisation commerciale de l'image des biens constituant des domaines nationaux, des contours précis de « l'utilisation commerciale » et de « l'image » des biens, des critères sur lesquels l'autorité compétente devrait se fonder pour autoriser ou non l'utilisation commerciale de l'image de biens constituant un domaine national, et de ceux lui servant à choisir entre une autorisation à titre gratuit et une autorisation à titre onéreux et, le cas échéant, permettant de fixer le montant de la redevance en cause, affecte par elle-même l'exercice de la liberté d'entreprendre et de la liberté du commerce et de l'industrie, du principe d'égalité, du droit de propriété, de la liberté contractuelle, du droit d'accès non discriminatoire à la culture, et son corollaire, le droit de diffusion de la culture et du principe fondamental de l'extinction de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre intellectuelle, au-delà d'un certain temps, autrement appelé « domaine public ».

Du reste, la loi et son décret d'application attaqué accroissent la complexité de la réglementation relative à la captation d'images et à leurs utilisations commerciales, sans pour autant être justifiée par des nécessités tirées de l'adaptation de l'évolution technique, ni par la transposition du droit de l'Union européenne.

A cet égard la censure des dispositions attaquées est inévitable.

Sur la légalité externe

XVIII.- En sixième et dernier lieu, le décret attaqué est illégal en tant qu'il procède d'une méconnaissance des règles qui gouvernent l'examen par le Conseil d'Etat des projets de décret.

Lorsqu'un décret doit être pris en Conseil d'Etat, le texte retenu par le Gouvernement ne peut être différent à la fois du projet qu'il avait soumis au Conseil d'Etat et du texte adopté par ce dernier (*cf.* par ex. CE 9 décembre 2011, *ordre des avocats de Strasbourg*, req. n° 334463, Rec. T. p. 750 ; ou encore CE 4 décembre 2013, *association France Nature Environnement*, req. n° 357839, Rec. T. p. 398).

En l'espèce, le texte publié contient manifestement des dispositions qui diffèrent à la fois du projet initial du Gouvernement et du texte adopté par la section des travaux publics du Conseil d'Etat, du décret attaqué.

A tous égards, la censure est encourue et le décret attaqué ne pourra donc qu'être annulé dans son ensemble.

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

XIX.- Compte tenu des frais qu'elles ont été contraintes d'engager pour assurer la défense de leurs intérêts, les exposantes demandent qu'une somme de 5 000 € soit mise à la charge de l'Etat, sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

PAR CES MOTIFS et tous autres à déduire, produire ou suppléer au besoin même d'office, les associations exposantes persistent dans les conclusions de leur recours et y ajoutant, concluent :

A TITRE INFINIMENT SUBSIDIAIRE, RENVOYER, à la Cour de justice de l'Union européenne, une question préjudicielle en interprétation de la directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins ;

EN TOUT ETAT DE CAUSE, METTRE A LA CHARGE de l'Etat la somme de 5 000 euros, sur le fondement de l'article 761-1 du code de justice administrative.

ALEXIS FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris