

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

CONSEIL D'ETAT

N° 411005

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

MEMOIRE EN REPLIQUE

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

CONTRE : 1°) Le Premier ministre
2°) Le ministre de la culture

OBJET : les exposantes demandent à ce que le Conseil d'Etat renvoie la question de la conformité à la Constitution des 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, au Conseil constitutionnel

DISCUSSION

I.- Dans l'instance n° 411005 tendant à l'annulation, à titre principal, de 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 actuellement à l'article R. 621-100 du code du patrimoine et, à titre subsidiaire, à l'annulation de l'entier décret, les exposants ont soulevé, dans un mémoire du 17 août 2017, une question prioritaire de constitutionnalité tendant à ce que le Conseil d'Etat renvoie la question de la conformité à la Constitution des 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, au Conseil constitutionnel.

Le ministre de la culture a produit, le 20 septembre 2017, un mémoire en défense qui conclut qu'il n'y aurait pas lieu de transmettre au Conseil constitutionnel cette question.

Ce mémoire ne modifie en rien l'argumentation précédemment développée par les associations Wikimedia France et La Quadrature du Net, exposantes, dont elles entendent expressément conserver l'entier bénéfice.

Ce mémoire appelle néanmoins, de leur part, les brèves observations qui suivent.

II.- En premier lieu, le ministre de la culture soutient que la présente question prioritaire de constitutionnalité n'aurait pas de caractère nouveau (*cf.* mémoire en défense du 20 septembre 2017, p. 5).

Pourtant, les exposantes ont soulevé plusieurs griefs indubitablement nouveaux au sens de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

C'est ainsi qu'elles ont montré que 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, codifié actuellement à l'article L. 621-42 du code du patrimoine, méconnaît, d'une part, le droit d'accès non discriminatoire à la culture protégé par le 13^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (*cf.* mémoire QPC du 17 août 2017, pp. 7-8) et, d'autre part, le principe fondamental reconnu par les lois de la République de l'extinction de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre intellectuelle, au-delà d'un certain temps, autrement appelé « domaine public » (*cf.* mémoire QPC du 17 août 2017, pp. 10-18).

Or, il s'agit de deux griefs dont le Conseil constitutionnel n'a jamais été saisi, en sorte qu'ils sont manifestement nouveaux.

De ce chef, déjà, le renvoi de la présente question prioritaire de constitutionnalité est justifié.

III.- En deuxième lieu, le ministre de la culture allègue que le moyen tiré de ce que le principe fondamental reconnu par les lois de la République portant sur l'extinction de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre, au terme d'un certain laps de temps, serait tout à la fois inopérant et infondé (*cf.* mémoire en défense du 20 septembre 2017, p. 7).

Il n'en est rien.

Sur l'opérance du grief

Le ministre de la culture soutient qu'un tel grief serait inopérant « *dans la mesure où la disposition attaquée ne concerne pas les droits patrimoniaux des architectes des domaines nationaux, éteints depuis de nombreuses années, mais crée un droit nouveau attaché à l'image du bien au profit du gestionnaire du domaine national qui lui permet de réglementer son accès en fonction des catégories d'utilisateurs* » (mémoire en défense du 20 septembre 2017, p. 7).

Une telle position traduit une méprise manifeste du ministre de la culture sur le sens et la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République susmentionné et sur les règles gouvernant les droits patrimoniaux attachés au droit d'auteur.

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), est « *perpétuel, inaliénable et imprescriptible* » (*cf.* article L. 121-1, alinéa 3, du code de la propriété intellectuelle) et reste attaché à la personne de l'auteur (*cf.* article L. 121-1, alinéa 2 du code de la propriété intellectuelle). 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 « domaine public » (au sens du code de la propriété intellectuelle, non au sens du droit de la domanialité publique). Il peut faire l'objet d'un transfert de l'auteur vers un tiers. L'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre 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'extinction de cette exclusivité des droits patrimoniaux, à l'expiration d'un certain délai, est un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

La création d'un nouveau régime d'autorisation préalable à l'utilisation commerciale de l'image des immeubles constituant des domaines nationaux, assorti, le cas échéant, d'une redevance, contrevient directement à ce principe dès lors qu'un tel régime revient à engendrer une résurgence, sous une forme légèrement différente mais bien réelle, d'un droit patrimonial exclusif. Un tel régime confère en effet le pouvoir, aux autorités domaniales compétentes, de refuser ou d'autoriser, le cas échéant, sous réserve du paiement d'une redevance, l'utilisation commerciale de l'image de ces biens, qui constitue le pouvoir traditionnel garanti par le droit d'auteur et, sa composante, l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre donnée.

Un tel régime vient nécessairement nier la nature, le sens et la portée du principe de l'extinction de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre, au terme d'un certain délai.

De sorte qu'il ne fait aucun doute que ce grief est parfaitement opérant.

Sur le bienfondé du grief

Le ministre allègue encore vainement que les associations exposantes dénatureraient la portée de l'extinction de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre intellectuelle (*cf.* mémoire en défense du 20 septembre 2017, p. 7).

Les arguments mis en avant par le ministre traduisent une méconnaissance des règles régissant le droit d'auteur et, plus largement, des règles gouvernant le droit de la propriété intellectuelle.

• D'abord, le ministre de la culture argue qu'« [i]l n'a jamais été dans l'intention du législateur d'établir un régime visant à garantir l'exploitation libre d'une œuvre après l'extinction des droits patrimoniaux de son titulaire » (mémoire en défense du 20 septembre 2017, p. 7).

Pourtant, comme le souligne le Professeur Laurent Pfister « [s]ans doute, l'instauration du domaine public a partie liée avec l'instruction du public. Mais sa principale justification dont la satisfaction de l'intérêt du public n'est qu'une conséquence, réside dans la volonté du législateur de préserver un autre droit

fondamental : la liberté. Le Chapelier le dit expressément qui associe « les principes de liberté et de propriété publique » ». (JCI Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1110 : Histoire du droit d'auteur, pt. 45). Il relève ainsi qu'un tel domaine public vise plusieurs objectifs notamment qu'il « constitue la condition de la liberté du commerce et de l'industrie ».

Il rappelle que la législation de 1793 était un compromis révolutionnaire entre la propriété de l'auteur et le domaine public (*cf.* pt. 41) ce qui signifie donc qu'il était bien dans l'intention du législateur d'établir un régime visant à libérer les œuvres de leur exclusivité d'exploitation au profit de l'auteur au terme d'un délai.

Ce compromis est d'ailleurs illustré par le rapport fait par M. Isaac-René-Guy Le Chapelier, au nom du comité de constitution, sur la pétition des auteurs dramatiques, dans la séance du jeudi 13 janvier 1791 :

« Quand un auteur a livré son ouvrage au public, quand cet ouvrage est dans les mains de tout le monde, que les hommes instruits le connaissent, qu'ils se sont emparés des beautés qu'il contient, qu'ils ont confié à leur mémoire les traits les plus heureux ; il semble que dès ce moment, l'écrivain a associé le public à sa propriété, ou plutôt la lui a transmise toute entière ; cependant comme il est extrêmement juste que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée, tirent quelques fruits de leur travail, il faut que pendant toute leur vie et quelques années après leur mort, personne ne puisse sans leur consentement disposer du fruit de leur génie. Mais aussi après le délai fixé, la propriété du public commence et tout le monde doit pouvoir imprimer, publier les ouvrages qui ont contribué à éclairer l'esprit humain. »¹

L'affirmation du ministre de la culture participe donc d'une méconnaissance historique totale à cet égard.

- Ensuite, le ministre de la culture soutient que l'exercice des droits moraux de l'auteur peut avoir pour effet d'interdire l'exploitation d'une œuvre entrée dans le domaine public (*cf.* mémoire en défense du 20 septembre 2017, p. 7).

Cet argument participe manifestement d'une méprise radicale sur la nature, le sens et la portée du droit d'auteur. Il a déjà été rappelé que le droit d'auteur se distinguait entre, d'une part, ses droits patrimoniaux et, d'autre part, ses droits moraux (*cf.* §. II). Les droits moraux sont essentiellement centrés sur deux

¹ Isaac-René-Guy Le Chapelier, Rapport fait par M. Le Chapelier, au nom du comité de constitution, sur la pétition des auteurs dramatiques, dans la séance du jeudi 13 janvier 1791, avec le décret rendu dans cette séance ([Reprod.]), p. 16, Imprim. nationale (Paris), 1791, monographie imprimée. <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k48171h/f18.image>

prérogatives : le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre et le droit d'attribution, appelé aussi droit de paternité.

Il est certes vrai que le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre peut éventuellement permettre de s'opposer aux modifications de la forme et de l'esprit d'une œuvre. Mais il est tout aussi vrai qu'un tel droit ne peut justifier, par principe, toute exploitation commerciale de l'œuvre. Les droits patrimoniaux et les droits moraux sont deux composantes bien distinctes, gouvernées par des régimes, des logiques et des buts bien distincts.

En sorte que la circonstance qu'un auteur ou ses ayants-droits puissent s'opposer à la dénaturation de son œuvre, sur le fondement de ses droits moraux, ne remet nullement en cause la possibilité d'une exploitation commerciale de l'œuvre, dès lors que cette dernière respecte l'intégrité artistique de l'œuvre.

L'argumentation du ministre de la culture est donc tout à la fois inopérante et mal fondée.

- Enfin, le ministre de la culture allègue qu'« *en dépit de l'expiration de ces délais, l'exploitation des œuvres concernées peut parfois être restreinte. Ainsi, les œuvres dérivées font l'objet d'une protection propre, qui perdure alors même que l'œuvre première serait tombée dans le domaine public (cf. l'hypothèse d'une traduction, d'une mise en scène ou d'une photographie d'une œuvre tombée dans le domaine public). Par ailleurs, aucune règle du Code de la propriété intellectuelle n'interdit le dépôt, au titre du droit des marques ou des dessins et modèles, d'une création tombée dans le domaine public* » (mémoire en défense du 20 septembre 2017, p. 8).

Cet argument est manifestement inopérant.

D'une part, s'il est certes vrai que les œuvres composites ou dérivées peuvent faire l'objet d'une protection propre, sous la stricte réserve de leur originalité, cela ne vient en rien remettre en cause la circonstance que l'œuvre originale demeure dans le domaine public. Le ministre de la culture essaye, à cet égard, vainement de laisser entendre que le statut juridique de l'œuvre originale serait modifié, ce qui n'est manifestement pas le cas. Un seul exemple, particulièrement éclairant : si une photographie d'un monument, dont l'image est entrée dans le domaine public, est susceptible, sous réserve de son originalité qui traduirait la personnalité propre de son auteur, de faire l'objet d'une protection spécifique au titre du droit d'auteur, l'image du monument en question resterait dans le domaine public.

D'autre part, la possibilité, offerte par le code de la propriété intellectuelle, de déposer, au titre du droit des marques ou des dessins et modèles, ne vient nullement remettre en cause le principe de l'expiration de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre au terme d'une certaine durée.

Non seulement la protection accordée au titre du droit des marques ou des dessins et modèles est strictement limitée dans le temps et doit être régulièrement renouvelée et respecter des contraintes fortes (on pense, à cet égard, à la déchéance de marques par exemple), mais encore une telle protection ne concerne que des catégories extrêmement limitées d'œuvres. En particulier, ni les textes, ni les photographies ne sont concernées.

Mais il y a plus.

Le dépôt d'une marque effectué pour contourner l'extinction des droits patrimoniaux portant sur une œuvre est une fraude. C'est ainsi qu'il a pu être jugé que le dépôt de la marque verbale *Les Pieds Nickelés*, intervenu après que l'œuvre soit entrée dans le domaine public, est entaché de fraude, ce dépôt ayant été effectué pour contourner l'extinction des droits patrimoniaux portant sur l'œuvre et dans le but de nuire aux concurrents (cf. TGI Paris, 1^{er} juillet 2011, *Société Publications Georges Ventillard c. Société Guy Delcourt Productions, Syndicat national de l'édition*, RG n° 09/16977²). Dit autrement, un tel usage est un détournement frauduleux de procédure, un abus de droit manifeste.

² « le dépôt frauduleux de la marque n°3 666 107

D'autre part, la société GUY DELCOURT PRODUCTIONS, se fondant tant sur les dispositions de l'article L.712-6 du Code de la propriété intellectuelle que sur celles de l'article 1382 du Code civil et sur l'adage Fraus omnia corrumpit, estime que la marque verbale LES PIEDS NICKELÉS n°3 666 107 a été déposée frauduleusement.

Elle estime que alors que la totalité de l'œuvre de Louis F est tombée dans le domaine public en 2005, la société demanderesse n'aurait déposé la marque dont s'agit que pour contourner la temporalité des droits patrimoniaux et nuire à ses concurrents.

De fait, il apparaît que cette marque a été déposée le 23 juillet 2009 soit effectivement après que l'œuvre de Louis Forton était tombée dans le domaine public.

Or, la société PUBLICATIONS GEORGES VENTILLARD n'a procédé à aucune utilisation de celle marque. En particulier, elle n'a vendu aucun produit et n'a concédé aucune licence, ce qui tend à montrer que le dépôt avait été effectué surtout à titre préventif.

D'autre part, ce dépôt ne s'est pas cantonné aux livres et aux bandes dessinées, ce qui aurait montré que la société demanderesse comptait réellement l'utiliser pour les besoins de son activité, mais vise plusieurs autres produits et services en classes 9. 16. 28 et 41 comme les revues professionnelles, catalogues, affiches, ouvrages imprimés en liaison avec le multimédia, calendriers, objets d'art, ce qui est révélateur de son intention de nuire à l'égard des autres acteurs du marché.

En effet, le spectre étendu des produits et services visés lors du dépôt, allié à la généralité du signe représentant la marque et au fait qu'il s'agit d'une marque verbale, vise manifestement à empêcher quiconque d'adapter l'œuvre de Louis Forton dans tous les domaines de l'édition, de la culture et de l'art, y compris de manière audiovisuelle ou en ligne et à accorder à la société

IV.- En troisième lieu, contrairement à ce que tente de laisser accroire le ministre de la culture, les dispositions présentement contestées méconnaissent radicalement la liberté d'entreprendre (cf. mémoire en défense du 20 septembre 2017, p. 8).

- Déjà, les associations exposantes ont bien montré, en s'appuyant sur les débats parlementaires et les travaux préparatoires de la loi, que sous couvert d'un prétendu objectif de préservation de l'image des domaines nationaux, le législateur poursuivait en réalité des buts purement financiers (cf. not. mémoire QPC du 17 août 2017, pp. 20-23).

- De plus, comme le rappelle le Professeur Emmanuel Dreyer la propriété publique « *ne se définit pas par l'exclusivité. Bien au contraire ! C'est une propriété ouverte, destinée à exclure tout monopole individuel afin de satisfaire l'intérêt général (V. la thèse fondamentale de Ph. Yolka, La propriété publique : LGDJ, Bibl. dr. public, 1997, t. 191). Sa fonction n'est pas comparable à celle de la propriété privée et elle ne confère pas les mêmes prérogatives (...). La propriété publique permet tout au plus de mettre des biens à la disposition du public ou d'un service public (V. encore, J.-F. Poli, La protection des biens culturels meubles : LGDJ, Bibl. dr. urb., 1996, t. 3, p. 282). Hors de cette affectation, la propriété publique n'a aucun sens. Il peut sembler inexact de reconnaître à des personnes morales de droit public le droit d'interdire la réalisation d'images reproduisant leurs choses : ni cette reproduction, ni la diffusion qui s'en suit, ne remettent en cause les objectifs supérieurs d'intérêt général dont elles ont la charge. » (JCl, Fasc. 3760 : Image des biens, pt. 102).*

Le professeur Dreyer rappelle à cet égard une jurisprudence ancienne du Conseil d'Etat par laquelle il a été jugé qu'en prenant une photographie de la cathédrale de Chartres, le sieur Carlier n'avait fait qu'« *utiliser des dépendances du domaine public conformément à leur affectation* » (CE, 18 novembre 1949, *Sieur Carlier*, req. n° 77441, Rec. p. 490³).

demanderesse un monopole d'exploitation d'une œuvre qui aurait pourtant dû être accessible à tous puisque tombée dans le domaine public.

En conséquence, la fraude étant établie, il convient de prononcer la nullité de cette marque. »

³ « *Considérant que, si le directeur général des Beaux-Arts pouvait, en vue de faire respecter l'affectation des dépendances du domaine public dont il a la charge, prendre à l'égard des usagers les mesures nécessaires pour prévenir toute atteinte à la conservation de ces ouvrages, il lui incombait de concilier l'exercice de ce pouvoir avec le respect de la faculté qu'a tout usager d'utiliser les dépendances du domaine public conformément à leur affectation ;*

• Au surplus, comme les exposantes l'ont déjà expliqué dans leur mémoire du 17 août 2017 (cf. not. Mémoire QPC du 17 août 2017, p. 23), la jurisprudence de la Cour de cassation permet déjà de protéger l'image de son bien lorsque l'utilisation de cette image cause un « *trouble anormal* » au propriétaire, apprécié *in concreto* (cf. Cass. Ass. plén., 7 mai 2004, *SCP Hôtel de Girancourt c. SCIR Normandie et autre*, pourvoi n° 02-10.450). Un tel trouble peut notamment être constitué d'un acte de concurrence déloyale ou de parasitisme (cf. Civ. 1^{ère}, 28 juin 2012, *Société Jard Chais Mareuillais c. Société Château Marie du Fou*, pourvoi n° 10-28.716 : « *la société Jard Chais Mareuillais et la société Château Marie du Fou commercialisaient l'une et l'autre du vin sous la même appellation d'origine, a relevé que la production de vins de Mareuil était concentrée sur un territoire très limité et très proche de la commune de Mareuil de sorte que l'utilisation par la première de l'image du château de Mareuil, propriété de la seconde, causait à cette dernière un trouble anormal* »). En revanche, la simple utilisation commerciale de l'image d'un bien ne suffit pas à engendrer un trouble anormal sans incidence sur sa réputation ou sa fréquentation (cf. Com., 31 mars 2015, *Société Bal du moulin rouge et Société Moulin rouge c. Les éditions artistiques du Tertre*, pourvoi n° 13-21.300 : « *Mais attendu qu'en relevant qu'aucun préjudice n'était résulté de la reproduction du Moulin rouge parmi les principaux monuments et lieux touristiques de Paris, la cour d'appel a fait ressortir que n'était pas caractérisé un trouble anormal au droit de propriété de la société Bal du Moulin rouge ; que le moyen n'est pas fondé* »).

Il est ainsi possible de protéger l'utilisation de l'image d'un bien, soit en référé, sur le fondement de l'article 809, alinéa 1^{er} du code de la procédure civile, soit via une action classique, au fond.

Le nouveau régime objet des dispositions présentement contestées n'est donc nullement nécessaire et, en tout état de cause, radicalement disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi par le législateur.

V.- En quatrième lieu, le ministre de la culture soutient que les dispositions contestées ne s'appliquent qu'aux situations nées postérieurement au 1^{er} avril 2017 de sorte que les contrats conclus antérieurement à cette date ne sont

Considérant qu'il n'est pas établi que la protection de la cathédrale de Chartres contre les entreprises que l'attitude du sieur Carlier en septembre 1938 pouvait faire redouter de sa part n'aurait pas pu être efficacement assurée par des mesures autres que l'interdiction absolue d'accès qui a été prononcée contre le requérant ; que, dès lors, celui-ci est fondé à soutenir que la décision du directeur général des Beaux-Arts lui interdisant l'accès des parties de la cathédrale de Chartres où n'est célébré aucun office du culte est illégale, et qu'elle a constitué une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat »

pas soumis au régime nouvellement écarté (*cf.* mémoire en défense du 20 septembre 2017, p. 10).

Si une telle interprétation devait être retenue, dans le cadre d'une interprétation neutralisante de la loi, cela signifierait que l'ensemble des images des biens immobiliers des domaines nationaux ayant fait l'objet d'une licence libre avant le 1^{er} avril 2017 ne serait pas concernées par ce nouveau régime. Concrètement, à suivre le raisonnement du ministre de la culture, l'utilisation commerciale de ces images seraient donc parfaitement possible. Or, comme le soulignait déjà les exposantes dans leur mémoire du 17 août 2017, il existe plusieurs centaines d'images des immeubles des domaines nationaux sous licence libre. Pour ne citer que des photos du domaine national de Chambord, le seul site Wikipédia en contient plus de 225 sous licences libres (*cf.* mémoire QPC du 17 août 2017, p. 27). Leur nombre exact est d'ailleurs impossible à dénombrer, du fait de la nature même des licences libres. Dans ces conditions on ne voit pas comment les dispositions présentement contestées pourraient avoir la moindre utilité.

Nous sommes donc en présence d'une législation qui vient porter des atteintes graves, substantielles et radicalement disproportionnées aux droits des tiers en poursuivant un objectif qui ne pourra *de facto* jamais être atteint.

VI.- En cinquième lieu, le ministre de la culture soutient que les dispositions présentement contestées ne méconnaîtraient pas le droit de propriété (*cf.* mémoire en défense du 20 septembre 2017, p. 10).

Ici encore, une telle argumentation participe d'une méprise des réalités attachées au droit d'auteur et au droit de propriété.

Contrairement à ce que le ministre de la culture soutient, ce nouveau régime vient bien instituer une autorisation préalable à toute utilisation commerciale d'une œuvre constituée par la captation de l'image d'un bien immeuble des domaines nationaux. Il s'agit donc bien, à tout le moins, d'une grave limitation relevant de l'arbitraire des autorités gestionnaires des domaines nationaux.

De fait, les dispositions législatives présentement contestées actent le passage d'un régime répressif à un régime d'autorisation préalable. De plus, elles permettent aux autorités gestionnaires des domaines nationaux de prélever une redevance sur l'utilisation commerciale d'une image qui ne leur appartient pas et dont ils ne détiennent aucun droit d'auteur, ni patrimonial, ni moral. L'atteinte au droit de propriété est manifeste, quoiqu'en dise le ministre.

Au surplus, les dispositions législatives présentement entreprises permettent également d'interdire, purement et simplement, une utilisation commerciale

d'une œuvre, ce qui revient, *de facto*, à nier radicalement les droits patrimoniaux attachés à cette œuvre. Il y a donc une véritable privation du droit de propriété, laissée à l'arbitraire administratif.

Il convient de rappeler, à cet égard, que la loi présentement contestée ne vient fixer aucun critère permettant de justifier un tel refus.

La méconnaissance du droit de propriété ne fait aucun doute.

VII.- En sixième lieu, le ministre de la culture soutient encore que le législateur ne se serait pas, au prix d'une méconnaissance du principe de clarté de la loi et de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, mépris sur l'étendue de sa propre compétence (*cf.* mémoire en défense du 20 septembre 2017, pp. 11-13).

Primo, contrairement à ce que le ministre de la culture prétend, le législateur n'a pas posé l'ensemble des critères et des garanties du régime d'autorisation préalable à toute utilisation commerciale de l'image des domaines nationaux. Il n'est que de rappeler, à cet égard, qu'il n'a pas, par exemple, fixé les critères devant déterminer si l'autorisation préalable devait être octroyée ou non, ni si, le cas échéant, elle devait être assortie, ou non, d'une redevance.

Secundo, c'est vainement que le ministre de la culture tente d'écarter l'argument tiré de la polysémie du terme « image » en citant notamment la définition sous l'item correspondant dans le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu. En effet, il est amusant de relever que la citation qu'en fait le ministre est tronquée. Au-delà de « *l'apparence visible d'un individu ou d'une chose* » et de « *l'aspect physique d'une personne ou d'un bien* », c'est également la « *représentation d'une personne ou d'un bien ; reproduction de son image par un moyen quelconque, peinture, photographie, etc.* » (*cf.* G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007) ce qui confirme bien la forte polysémie de ce terme et, par suite, confirme le grief des exposantes quant à l'absence de clarté des dispositions présentement entreprises qui conduit à une forte insécurité juridique. D'ailleurs le constat sur la polysémie de ce terme et les incertitudes l'entourant est partagé par la doctrine (*cf.* not. E. Dreyer, Fasc. 3760, Image des choses, préc.)

Tertio, la circonstance que les dispositions présentement contestées posent comme principe que la fixation de la redevance doit « *tenir compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation* » soit une transposition littérale du libellé de l'article L. 2126-3 du code général de la propriété des

personnes publiques ne convainc guère. Bien au contraire le parallèle apparaît radicalement inapproprié pour de multiples raisons.

i) S'agissant de l'article L. 2126-3 du code général de la propriété des personnes publiques, c'est le caractère privatif de l'occupation ou de l'utilisation du domaine qui vient justifier une redevance, dès lors que le domaine public est alors soustrait à l'utilisation des tiers.

Par ailleurs, au sens de l'article L. 2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques, le caractère privatif de l'occupation se caractérise par le dépassement des limites du droit d'usage qui appartient à tous.

En se fondant sur la jurisprudence du Conseil d'Etat, la doctrine est unanime pour convenir que les occupations privatives traduisent « *l'occupation, par une personne déterminée, d'une dépendance du domaine public, qui du fait de cette occupation se trouve soustraite à toute possibilité d'utilisation par d'autres* » (R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 2, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, n° 591, p. 491). Dit autrement, les occupations privatives sont celles qui « *comportent réserve exclusive d'une portion du domaine à un usager individuellement identifié* » (Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, t. 2, LGDJ, 15^{ème} éd., 2014, n° 366, p. 232). En d'autres termes, l'objet même de la délivrance d'une autorisation privative du domaine public « *est de soustraire à l'usage commun une portion du domaine public au profit d'un particulier* » (F. Llorens, obs sous CAA Nancy, 5 novembre 2009, req. n° 09NC00181, Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 38). La redevance correspond à la rémunération d'un droit d'occupation d'une propriété publique (cf. CE, 10 février 1978, *Scudier*, req. n° 07652, Rec. p. 66).

Dès lors, « *s'agissant de déterminer si une occupation du domaine public justifie le versement d'une redevance, il faut se placer du seul point de vue des règles régissant la domanialité publique. Or, de ce point de vue, l'occupation ne donne pas lieu à redevance si elle n'exclut pas la présence d'autres usagers et si elle n'est pas incompatible avec l'affectation de la dépendance. Autrement dit, n'excède pas le droit d'usage qui appartient à tous une occupation ou utilisation en tant que ne compromet pas l'affectation de la dépendance domaniale* » (F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Un an de droit de la propriété des personnes publiques (1^{ère} partie) », Contrats-Marchés publ. 2015, n° 2, chron. 2).

Encore récemment, dans sa décision *Commune d'Avignon* (cf. CE 31 mars 2014, *Commune d'Avignon*, req. n° 362140, Rec. T. p. 652), le Conseil d'Etat a jugé qu'il résulte de la combinaison des dispositions des articles L. 2122-1, L. 2125-1 et L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques : d'une part, que l'occupation ou l'utilisation du domaine public n'est soumise à la délivrance

d'une autorisation que lorsqu'elle constitue un usage privatif de ce domaine public, excédant le droit d'usage appartenant à tous ; d'autre part, que lorsqu'une telle autorisation est donnée par la personne publique gestionnaire du domaine public concerné, la redevance d'occupation ou d'utilisation du domaine public constitue la contrepartie du droit d'occupation ou d'utilisation privative ainsi accordé. Dès lors, si la personne publique est fondée à demander à celui qui occupe ou utilise irrégulièrement le domaine public le versement d'une indemnité calculée par référence à la redevance qu'il aurait versée s'il avait été titulaire d'un titre régulier à cet effet, l'occupation ou l'utilisation du domaine public dans les limites ne dépassant pas le droit d'usage appartenant à tous, qui n'est soumise à la délivrance d'aucune autorisation, ne peut être assujettie au paiement d'une redevance. En sorte que la présence momentanée des clients des établissements bancaires et commerciaux sur le domaine public, le temps d'effectuer une transaction, qui n'est ni exclusive de la présence d'autres usagers du domaine public ni incompatible avec l'affectation de celui-ci, n'est pas constitutive, pour ces établissements, quand bien même elle est nécessaire au mode d'exercice de leur commerce, d'une occupation du domaine public excédant le droit d'usage qui appartient à tous (*cf.* CE, 31 mars 2014, *Commune d'Avignon*, req. n° 362140, Rec. T. p. 652 ; *cf.* également au sujet de plaques professionnelles apposées sur les immeubles et faisant saillie sur la voie publique : CAA Marseille 19 mai 2016, req. n° 14MA03832).

S'agissant plus précisément de l'activité de photographes-filmeurs sur le domaine public, outre la jurisprudence *Sieur Carlier*, susmentionnée, la jurisprudence du Conseil d'Etat est ancienne, qui retient qu'un arrêté, pris par l'autorité administrative, interdisant l'activité de prise de clichés, n'est légal qu'en raisons de circonstances particulières tenant à la préservation de l'ordre public, dès lors que cette activité n'est ni exclusive de la présence d'autres usagers du domaine public, ni incompatible avec l'affectation de celui-ci (*cf.* not. CE, 13 mars 1968, *Ministre de l'intérieur c/ Epoux Leroy*, req. n° 72053, Rec. p. 179⁴ ; CE, 26 février 1960, *Ville de Rouen c/ Laboratoires photographiques Lucas frères*, req. n° 40817, Rec. p. 154⁵ ; ou encore CE, 4 juillet 1962, *Ville de*

⁴ « (...) il est constant que le Mont-Saint-Michel et ses abords immédiats connaissent, durant la saison estivale, une affluence exceptionnelle de touristes ; qu'il résulte de l'instruction que l'activité des photographes-filmeurs sur cette voie publique particulièrement encombrée, où les véhicules automobiles sont normalement appelés à circuler, stationner et manœuvrer au milieu des piétons, présentait à la date à laquelle l'arrêté précité a été pris, pour le maintien de l'ordre, des dangers auxquels il n'était pas possible de remédier par une mesure moins contraignante »

⁵ « (...) s'il appartenant au maire, en vertu des pouvoirs qu'il tient de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, de prendre les mesures nécessaires pour remédier aux inconvénients que ce mode d'exercice de la profession de photographe peut présenter pour la circulation, - notamment en interdisant, en cas de nécessité, l'exercice de cette profession dans certaines rues ou à certaines heures où la circulation est particulièrement intense et difficile, - ni ledit article, ni d'autres dispositions législatives ne lui permettaient d'opposer aux intéressés une interdiction dans une

Rouen, req. n° 45442, Rec. p. 449 ; CE, Sect. 15 octobre 1965, *Préfet de police c/ Sieur Alcaraz*, req. n° 58885, Rec. p. 516). Il est à noter que, dans cette jurisprudence, il n'est nulle part question d'une occupation privative, et encore moins d'une autorisation d'occupation domaniale ou d'une redevance.

Au cas présent, l'utilisation commerciale de l'image des biens immobiliers des domaines nationaux ne traduit aucune appropriation privative qui viendrait exclure l'utilisation de l'image des mêmes biens par des tiers. Une telle utilisation ne soustrait nullement le même usage par d'autres, il n'y a donc aucune réserve exclusive.

ii) De plus, le parallèle avec le code général de la propriété des personnes publique ne paraît pas pertinent car, contrairement au régime d'autorisation préalable présentement contesté, l'occupation du domaine public entraîne nécessairement l'obligation de verser une redevance (*cf.* article L. 2125-1 du code général de la propriété des personnes publiques).

Il s'agit donc de deux régimes parfaitement distincts qui ressortent de logiques radicalement différentes.

A tous égards, l'argumentation du ministre ne pourra qu'être écartée.

zone aussi étendue que celle prévue par l'arrêté contesté et à l'intérieur de laquelle la circulation s'effectue dans des conditions d'intensité et de difficulté très inégales »

PAR CES MOTIFS et tous autres à déduire, produire ou suppléer au besoin même d'office, les exposantes persistent dans leurs précédentes conclusions.

ALEXIS FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris