

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° 2017-687 QPC

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

SECONDES OBSERVATIONS

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

CONTRE : 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, amenées à être recodifiées à droit constant à l'article L. 621-38 du même code d'ici le 1^{er} janvier 2018, en application de 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

FAITS

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

En réaction à l'affaire « Chambord » (cf. TA Orléans, 6 mars 2012, req. n° 1102187, 1102188 ; CAA Nantes, 16 décembre 2015, req. n° 12NT01190 ; affaire actuellement pendante devant le Conseil d'Etat, enregistrée sous le n° 397047), le Parlement a adopté 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 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. »

Ce sont les dispositions faisant l'objet de la présente question prioritaire de constitutionnalité.

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, avec effet différé au plus tard au 1^{er} janvier 2018 (cf. article

23 de l'ordonnance n° 2017-651 du 27 avril 2017), 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 donc remplacées, à droit constant, par celles de 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 (cf. article 23 de l'ordonnance n° 2017-651 du 27 avril 2017). L'article 5 de l'ordonnance n° 2017-651 du 27 avril 2017 a 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, à ce jour, pas été ratifiée.

II.- En application 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. »

Les associations exposantes ont demandé l'annulation des dispositions 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, originellement codifié à l'article R. 621-99 du code du patrimoine et désormais 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, par un recours pour excès de pouvoir enregistré au Conseil d'Etat le 30 mai 2017, sous le n° 411005.

A l'occasion de cette instance, les exposantes ont soulevé la présente question prioritaire de constitutionnalité tendant à ce que le Conseil d'Etat renvoie au Conseil constitutionnel la question de savoir si 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, amenées à être recodifiées à droit constant à l'article L. 621-38 du même code d'ici le 1^{er} janvier 2018, en application de 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 sont conformes à la Constitution.

Par décision n° 411005 du 25 octobre 2017, le Conseil d'Etat a renvoyé cette question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, sur les conclusions conformes de son rapporteur public.

Le Conseil constitutionnel a enregistré cette question prioritaire de constitutionnalité sous le n° 2017-687 QPC.

C'est dans ce cadre que les présentes observations s'inscrivent. Elles démontreront que 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, amenées à être recodifiées à droit constant à l'article L. 621-38 du même code d'ici le 1^{er} janvier 2018, en application de 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 sont manifestement contraires aux droits et libertés garanties par la Constitution. Il convient de préciser, à toutes fins utiles, que les exposantes réitèrent expressément l'argumentation précédemment établie.

DISCUSSION

III.- Les dispositions dont la conformité à la Constitution est contestée, actuellement codifiées à l'article L. 621-42 du code du patrimoine, sont libellées de la manière suivante :

« 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. »

Ces dispositions sont manifestement contraires aux droits et libertés que la Constitution garantit à bien des égards.

IV.- En premier lieu, 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, au prix d'une méconnaissance des situations légalement acquises, méconnaît 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 ».

Il est précisé, à toutes fins utiles, que ce principe fondamental implique, non seulement l'extinction, après l'écoulement d'un certain délai, de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre, mais encore et surtout qu'aucun droit

nouveau, peu importe sa forme, ne soit susceptible de s'opposer à la libre utilisation commerciale de cette œuvre.

Aux termes du 1^{er} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 :

« Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. »

Sur ce fondement textuel, le Conseil constitutionnel a dégagé plusieurs principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, à savoir, la liberté d'association (cf. Cons. const., 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, décision n° 71-44 DC), les droits de la défense (cf. Cons. const., 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, décision n° 76-70 DC), la liberté d'enseignement (cf. Cons. const. 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1^{er} juin 1971 relative à la liberté de l'enseignement*, décision n° 77-87 DC), la liberté de conscience (cf. Cons. const. 23 novembre 1977, décision n° 77-87 DC), la liberté individuelle (cf. Cons. const., 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, décision n° 76-75), le respect des droits de la défense (cf. Cons. const., 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, décision n° 76-70 DC), l'indépendance de la juridiction administrative (cf. Cons. const., 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, décision n° 80-119 DC), l'indépendance des professeurs d'université (cf. Cons. const., 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, décision n° 83-165 DC), la compétence exclusive de la juridiction administrative en matière de contentieux de l'excès de pouvoir (cf. Cons. const., 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, décision n° 86-224 DC), le rôle de gardien de l'autorité judiciaire en matière de propriété privée immobilière (cf. Cons. const.,

25 juillet 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomération nouvelles*, décision n° 89-256 DC), l'existence d'une justice pénale spécifique pour les mineurs (*cf.* Cons. const., 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, décision n° 2002-461 DC) et la singularité du droit local en Alsace et en Moselle (*cf.* Cons. const., 5 août 2011, *Société SOMODIA [Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle]*, décision n° 2011-157 QPC).

Il a dégagé ces principes, tant dans le cadre de son contrôle *a priori*, que dans le cadre de son contrôle *a posteriori*.

L'existence des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dépend de trois conditions.

D'abord, « *le principe doit énoncer une règle suffisamment importante, avoir un degré suffisant de généralité* » (« commentaire autorisé » de la décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, préc.) et intéresser les droits et libertés fondamentaux, la souveraineté nationale et l'organisation des pouvoirs publics, pour constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République, au sens de la jurisprudence constitutionnelle (*cf.* Cons. const., 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, décision n° 2013-669 DC, cons. 21).

Ensuite, il faut « *que le principe trouve un ancrage textuel dans une ou plusieurs lois intervenues sous un régime républicain antérieur à 1946* » (« commentaire autorisé » de la décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, préc. ; Cons. const., 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, décision n° 86-224 DC, cons. 15).

Le Conseil constitutionnel a jugé, à cet égard, que la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République (*cf.* Cons. const., 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, décision n° 88-244 DC, cons. 11).

Toutefois, dans sa décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 concernant la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, le Conseil constitutionnel a dégagé le principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel « *à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle* » en se référant aux articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III en ce que, même si ces textes n'ont pas, en eux-mêmes valeur constitutionnelle, ils ont « *posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires* »¹.

Enfin, pour être reconnu comme un tel principe, ce dernier doit avoir été continûment affirmé par les lois républicaines (cf. Cons. const., 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, décision n° 88-244 DC, cons. 12). Dit autrement, il faut « *qu'il n'ait jamais été dérogé à ce principe par une loi républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946* » (« commentaire autorisé » de la décision n° 2011-157 QPC du 5 août 2011, préc.).

V.- En l'espèce, ces conditions sont manifestement remplies.

D'une part, depuis la Révolution française, la tradition républicaine, matérialisée dans les lois de la République, a continuellement affirmé le principe fondamental de l'extinction de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre

¹ « 15. Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ; »

intellectuelle, au-delà d'un certain temps, autrement appelé « domaine public », sans aucune interruption (A).

D'autre part, le caractère fondamental de ce principe ne fait aucun doute en ce qu'il vient affirmer une règle particulièrement importante et générale qui intéresse les droits et libertés fondamentaux (B).

A) La tradition républicaine, matérialisée dans les lois de la République, a continuellement affirmé 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 », sans aucune interruption

VI.- Aux termes de l'article 1^{er} de la loi des 19-24 juillet 1793, relative à la propriété littéraire et artistique² :

« Les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la république et d'en céder la propriété en tout ou en partie. »³

² Les services juridiques du Conseil constitutionnel expliquent, dans le « commentaire autorisé » de la décision Cons. const., 21 novembre 2014, [Cession des œuvres et transmission du droit de reproduction], 2014-430 QPC qui a déclaré l'article 1^{er} de la loi des 19-24 juillet 1793, relative à la propriété littéraire et artistique conforme à la constitution : « Quoique ce texte soit parfois qualifié de « décret », il s'agit en réalité d'une loi qui a été « décrétée par la Convention nationale, élue en septembre 1792 au suffrage universel, et qui disposait du pouvoir législatif. Les lois de la première période révolutionnaire faisaient l'objet d'une adoption par l'assemblée (on disait alors que la loi était décrétée), puis d'une sanction royale, de sorte qu'elles étaient identifiées par deux dates correspondant à ces deux étapes. À la suite de la suppression de la procédure de sanction le 10 août 1792, l'entrée en vigueur des lois était subordonnée non plus à leur sanction mais à leur promulgation par le garde des sceaux. Ainsi, en l'espèce, le 19 juillet 1793 correspond à la date à laquelle la loi a été adoptée par décret par l'assemblée, et le 24 juillet à sa promulgation. »

³ Recueil Duvergier, p. 35 ;

https://fr.wikisource.org/wiki/Compte_rendu_des_travaux_du_congr%C3%A8s_de_la_propri%C3%A9t%C3%A9_litt%C3%A9raire_et_artistique/Loi_du_19_juillet_1793

Selon l'article 2 de cette loi :

« Leurs héritiers ou cessionnaires jouiront du même droit durant l'espace de dix ans après la mort des auteurs. »⁴

Comme le rappelle les services juridiques du Conseil constitutionnel dans le « commentaire autorisé » de la décision n° 2014-430 QPC du 21 novembre 2014, [Cession des œuvres et transmission du droit de reproduction], qui a déclaré l'article 1^{er} de la loi des 19-24 juillet 1793, relative à la propriété littéraire et artistique :

« Cet article 1^{er} a été complété par la loi du 11 mars 1902 étendant aux œuvres de sculpture l'application de la loi décrétée le 19 juillet 1793 sur la propriété artistique et littéraire : d'une part, à l'alinéa 1^{er}, cette loi a ajouté les architectes et les statuaires à la liste des personnes auxquelles sont applicables ces règles d'usage et de cession de la propriété ; d'autre part, elle a introduit un second alinéa pour étendre également ces règles aux œuvres des sculptures et dessinateurs d'ornement. »

Cette loi a été abrogée par l'article 77 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique. L'article 21 de cette loi disposait :

« L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire.

*Au décès de l'auteur, ce droit [*exclusif d'exploitation - durée*] persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les cinquante années qui suivent.*

Pour les œuvres de collaboration, l'année civile prise en considération est celle de la mort du dernier vivant des collaborateurs. »

⁴ « Ce terme de dix ans a été porté d'abord à vingt ans par le décret-loi du 5 février 1810 (p. 175), et ensuite à trente ans par la loi du 8 avril 1854 (p. 182) en faveur des enfants des auteurs et des artistes : elle n'a rien modifié à l'égard des autres héritiers. » (https://fr.wikisource.org/wiki/Compte_rendu_des_travaux_du_congr%C3%A8s_de_la_propri%C3%A9t%C3%A9_litt%C3%A9raire_et_artistique/Loi_du_19_juillet_1793)

Ces dispositions ont par la suite été codifiées aux articles L. 123-1 et L. 123-2 du code de la propriété intellectuelle par la loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle.

L'article L. 123-1 de ce code disposait alors :

« L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les cinquante années qui suivent. Toutefois, pour les compositions musicales avec ou sans paroles, cette durée est de soixante-dix années. »

L'article 5 de la loi n° 97-283 du 27 mars 1997 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle des directives du Conseil des Communautés européennes n° 93/83 du 27 septembre 1993 et 93/98 du 29 octobre 1993 a modifié l'article L. 123-1 du code de la propriété intellectuelle.

Cet article dispose depuis :

« L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire. Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent. »

Il s'infère de l'évolution de ces textes que le principe de l'extinction de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre intellectuelle est bien un principe fondamental qui a été reconnu par l'ensemble des lois républicaines depuis la Convention. En paraphrasant les professeurs Francis Hamon et Michel Troper, on pourrait conclure que ce principe est indissociable de la tradition républicaine française, « *cette indissociabilité [étant] attestée par le fait que le législateur de la III^e République y [est] toujours demeuré fidèle* » (F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, 36^{ème} éd., 2015, LGDJ, pt. 794).

VII.- Cette constance démontre, à elle seule, qu'il existe bien un principe fondamental reconnu par les lois de la République. En outre, cette limitation

temporelle de l'exclusivité des droits patrimoniaux a véritablement été pensée et voulue par le législateur.

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, au terme d'un délai, de leur exclusivité d'exploitation au profit de l'auteur.

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. »⁵

⁵ 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>

Mme Anne Latournerie explique :

« Dès l'origine, deux idées essentielles se dégagent des premiers grands textes juridiques, en France comme aux Etats-Unis : l'affirmation de droits individuels reconnus à l'auteur et la volonté d'encourager la diffusion du savoir et des connaissances dans l'esprit des Lumières. (...) C'est bien le moment où la propriété originale de l'auteur s'affirme en rapport à l'autorité politique. Cela dit, ces législations, en même temps, donnent toutes deux la primauté à la circulation des œuvres, aux droits du public.

(...)

En France également, même si on s'est longtemps focalisé sur la défense des droits d'auteur, la propriété publique est la règle, dans l'esprit des législateurs révolutionnaires, et le droit d'auteur est l'exception. »⁶

Elle ajoute :

« Ce droit est temporaire (l'auteur en jouira pendant sa vie, puis ses héritiers pendant cinq ou dix ans après sa mort), parce que l'intérêt public exige aussi, au nom de la diffusion des œuvres, que le monopole ne soit pas éternel, et que l'œuvre puisse rentrer dans le domaine public. »⁷

Ainsi, la constance de la reconnaissance du domaine public par les lois de la République est indéniable.

Son caractère fondamental ne l'est pas moins.

B) Le caractère fondamental de ce principe ne fait aucun doute en ce qu'il vient affirmer une règle particulièrement importante et générale qui intéresse les droits et libertés fondamentaux

⁶ Anne Latournerie, « Droits d'auteur, droits du public : une approche historique », *L'Économie politique*, vol. n° 22, n° 2, 2004, pp. 21-33.

⁷ Anne Latournerie, « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », *Multitudes* 2001/2 (n° 5), p. 37-62

VIII.- A peine est-il besoin de rappeler, à titre liminaire, que 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).

Les droits moraux sont essentiellement centrés sur deux prérogatives : le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre et le droit d'attribution, appelé aussi droit de paternité.

Le caractère fondamental du principe de l'extinction de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre, au-delà d'un certain laps de temps, est affirmé aux niveaux européen et international (1), ainsi que le droit positif de nombreux autres Etats, y compris au niveau constitutionnel (2). Du reste, ce principe fondamental dispose d'une portée générale (3), se fonde sur l'intérêt général (4) et engendre des externalités économiques positives très marquées (5).

1) **Ce principe fondamental est affirmé à l'échelle européenne et internationale**

IX.- Il est certes vrai que la durée du monopole d'exploitation économique conféré à l'auteur a pu connaître une extension. Mais il est tout aussi vrai que le principe même de l'expiration, après un certain délai, des droits exclusifs appartenant aux ayants droit de l'auteur d'exploiter une œuvre n'a jamais connu de remise en cause.

Bien au contraire, il a été consacré au niveau international dès 1886 avec la Convention de Berne⁸, ainsi qu'au niveau de l'Union européenne par la directive 93/98/CEE du Conseil du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, aujourd'hui reprise par la directive 2006/116/CEE 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 (cf. notamment, cons. 12 et article 1^{er} de cette directive européenne).

La Commission européenne considère par ailleurs « *qu'il est essentiel que les œuvres qui sont dans le domaine public restent accessibles après un changement de format. En d'autres termes, les œuvres qui sont dans le domaine public devraient y rester une fois numérisées et être rendues accessibles par l'internet.* »⁹

2) Ce principe fondamental est également protégé dans le droit positif de nombreux autres Etats

X.- La Constitution des États-Unis d'Amérique de 1787 prévoit également une limitation temporelle de l'exclusivité des droits exclusifs sur les œuvres :

*« Le congrès est autorisé [...] à promouvoir le progrès de la science et des arts utiles en garantissant, pour un temps limité, aux auteurs et inventeurs un droit exclusif sur leurs œuvres écrites et inventions respectives. »*¹⁰

⁸ 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, notamment son article 7

⁹ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 11 août 2008, « *Le patrimoine culturel de l'Europe à portée de clic – Progrès réalisés dans l'Union européenne en matière de numérisation et d'accessibilité en ligne du matériel culturel et de conservation numérique* »

¹⁰ Constitution des États-Unis, article 1, section 8, clause 8 : « *The Congress shall have Power [...] 8. To promote the Progress of Science and useful Arts by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.* »

De la même manière, au Royaume-Uni, la Chambre des Lords a jugé, dès le 22 février 1774 dans l'affaire *Donaldson vs. Beckett*¹¹ que les droits patrimoniaux attachés à une œuvre devaient être limités dans le temps. Dans cette décision, Lord Camden considérait que « *S'il y a quelque chose au monde (...) qui est commun à l'humanité, la science et le savoir (...) devraient être libres et généraux comme l'air et l'eau.* »

Le concept de « domaine public » existe encore, par exemple, en Allemagne sous le vocable de « *Gemeinfreiheit* ».

3) **Ce principe fondamental dispose d'une portée générale**

XI.- D'emblée, il convient de noter que, s'il a pu, au fil des âges, allonger la durée du droit d'auteur, le législateur n'a jamais cherché à donner une portée rétroactive à ces allongements.

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, gouvernés par des régimes, des logiques et des buts bien différents.

En sorte que la circonstance qu'un auteur puisse 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.

D'une part, s'il est certes vrai que les œuvres composites ou dérivées peuvent faire l'objet d'une protection propre, sous réserve de leur originalité, cela ne vient en rien remettre en cause la circonstance que l'œuvre originale est demeurée 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

¹¹ *Donaldson vs. Beckett*, 98 Eng. Rep., 357 (1774)

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.

Et il y a davantage.

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° 09/16977¹²). Dit autrement, un tel usage est un détournement frauduleux de procédure, un abus de droit manifeste.

¹² « 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.

4) Ce principe fondamental se fonde également sur l'intérêt général

XII.- M. Isaac-René-Guy Le Chapelier expliquait, dans le rapport sur la liberté des théâtres et la propriété des ouvrages dramatiques qu'il a prononcé à la tribune de l'Assemblée constituante lors de la séance du mercredi 20 janvier 1790 : « *après ce délai de cinq ans les ouvrages des auteurs sont propriété publique. [...] Le public devait avoir la propriété de ces chefs-d'œuvre [...] et chacun devait être maître de s'emparer des ouvrages immortels de Molière, de Corneille et de Racine pour essayer d'en rendre les beautés et de les faire connaître. Mais le despotisme qui flétrissait tout, qui portait ses regards sur toutes les institutions, pour les maîtriser avait envahi cette propriété commune et l'avait mise en privilège exclusif.* »¹³

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 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. »

¹³ Isaac-René-Guy Le Chapelier, « Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la Tribune Nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour » T. III, années 1790 et 1791, 1818, p. 2

Et de poursuivre :

« Lorsqu'un auteur fait imprimer un ouvrage ou représenter une pièce, il les livre au public, qui s'en empare quand ils sont bons, qui les lit, qui les apprend, qui les répète, qui s'en pénètre et qui en fait sa propriété.

Il semble que, par la nature des choses, tout est fini pour l'auteur et pour l'éditeur quand le public s'est de cette manière saisi de sa production ; cependant on a considéré qu'il était juste de faire jouir un auteur de son travail et de lui conserver pendant sa vie, et à ses héritiers quelques années après sa mort, le droit de disposer de l'ouvrage ; mais c'est une exception qui, dans notre ancien régime, était consacrée par des privilèges royaux ; qui, en Angleterre, est l'objet d'un acte tutélaire ; qui, dans notre nouvelle législation, sera l'objet d'une loi positive, et cela sera beaucoup plus sage. »¹⁴

M. Augustin-Charles Renouard, conseiller à la Cour de cassation, considérait dans son ouvrage « Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses »¹⁵ que :

« Le communisme intellectuel est la loi de l'humanité ; et il n'est pas, pour notre espèce, de plus noble apanage. Les lois humaines seraient, grâce à Dieu, impuissantes à modifier la nécessité salutaire de cette perpétuelle communication des idées, emportées dans la circulation universelle par un mouvement de propagation indéfinie.

Le capital intellectuel, propriété indivise de l'entière communauté humaine est une création du travail. Sa formation a commencé dès le premier jour om un être pensant a été placé sur cette terre aux prises avec la nature matérielle, et a émis une idée communicable. Ce capital a saisi au passage et retenu à lui les idées, à durée plus ou moins longue, qui ont pu se transmettre d'homme à homme, de génération à génération. Elles se sont amassées et coordonnées ; beaucoup ont

¹⁴ Isaac-René-Guy Le Chapelier, « Réimpression de l'ancien Moniteur », T. VII, 1791, p. 117

¹⁵ Augustin-Charles Renouard, « Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses », Paris, 1860, Guillaumin et Cie, p. 212

péri et disparu ; d'autres les ont absorbées et ont pris leur place ; quelques-unes ont persisté. Leur collection, incessamment accrue et renouvelée, a assisté à la succession des âges ; elles ont vu les nations naître, grandir et tomber ; changer de mœurs, de traditions, de langues, de cultes, de lois, de passions, d'intérêt. Leur fonds commun, trésor de l'intelligence universelle, est demeuré ouvert, donnant à tous et recevant de tous. »

Dans son *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public* du 30 avril 2010, établie pour le compte de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Mme la professeure Séverine Dusollier explique que :

« Plus personne ne conteste le rôle essentiel que joue le domaine public dans l'équilibre de la propriété intellectuelle, ni le fait que le droit d'auteur est en principe limité dans sa portée, son objet et sa durée, d'où il découle que de nombreux éléments restent hors du champ d'application du droit d'auteur et son dans le domaine public. »¹⁶

La professeure Dusollier rappelle les travaux de la professeure de droit américaine Pamela Samuelson¹⁷ qui identifie huit valeurs essentielles du domaine public dans les régimes du droit d'auteur et des brevets, à savoir :

- qu'il est une composante de la création de nouveaux savoirs ou de la création ;
- qu'il favorise l'imitation concurrentielle ;
- qu'il favorise l'innovation ultérieure ;
- qu'il offre un accès à l'information à faible coût ;
- qu'il donne accès au patrimoine culturel ;
- qu'il promeut l'éducation ;
- qu'il promeut la santé publique et la sécurité ;
- qu'il promeut la démocratie et les valeurs démocratiques.

¹⁶ p. 14

¹⁷ Pamela Samuelson, « Challenges in the mapping of the public domain », in *The Future of the public domain - Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 9 ; voir également, Pamela Samuelson, « Mapping the digital public domain : threats and opportunities », accessible ici : <http://law.duke.edu/journals/66LCPSamuelson>

Dans son étude, Mme Dusollier souligne que :

« Parmi ces valeurs, certaines sont particulièrement importantes pour le domaine public dans le droit d'auteur. En premier lieu, la liberté d'utiliser les éléments se trouvant dans le domaine public, comme les idées, les principes, les faits ou les œuvres dont la protection a expiré, permet aux créateurs ultérieurs de s'appuyer sur les éléments préexistants. Le domaine public favorise ainsi les nouvelles utilisations créatrices et il contribue au processus graduel de toute création artistique. Le domaine public met également à disposition du matériel à des fins éducatives, permettant l'accès à des aspects importants du savoir et de la culture des sociétés. »¹⁸

Elle ajoute encore :

« Au regard de l'intérêt public, le domaine public revêt donc une importance pluridimensionnelle aux plans de l'éducation, de la vie démocratique, de l'économie et de la libre concurrence. Il joue au rôle égal à celui du droit d'auteur dans une société démocratique où la diversité culturelle et les libertés de créer, d'innover et de prendre part à l'environnement culturel et scientifique sont des objectifs fondamentaux. Le domaine public est un moteur puissant du développement social et économique. Il doit également être préservé de toute privatisation indue et de tout empiètement, et doit servir de contrepoids à l'exclusivité de la propriété intellectuelle. »

Du reste, loin de ne borner ses effets positifs à l'échelle nationale, le domaine public constitue un élément cardinal du patrimoine culturel de l'humanité.¹⁹

5) Ce principe fondamental engendre des externalités économiques positives très marquées

¹⁸ p. 15

¹⁹ B. D'Ormesson-Kersaint, « La protection des œuvres du domaine public », R.I.D.A, avril 1983, p. 93 ; voir également, UNESCO, projet de recommandation aux Etats membres sur la sauvegarde des œuvres du domaine public, 1993, 27 C/40, conférence générale, 27^e session ; Rapport sur les œuvres de l'esprit d'intérêt universel tombées dans le domaine public, considérées comme faisant partie du patrimoine commun de l'humanité, Conférence générale de l'UNESCO, 1999, 30 C/56

XIII.- De très nombreuses études mettent en valeur la circonstance que le domaine public engendre des externalités économiques positives particulièrement substantielles.²⁰

S'agissant, par exemple, des photographies et autres images entrées dans le domaine public présentes sur l'encyclopédie en ligne Wikipédia, plus particulièrement sur la médiathèque Wikimedia Commons, une étude de l'*Intellectual Property Office*²¹ (i.e. l'équivalent de l'Institut national de la propriété intellectuelle au Royaume-Uni) s'est appuyée sur les travaux de trois chercheurs²² (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 intellectuelle²³, estime que les images du domaine public présentes sur Wikimedia Commons ont une valeur estimée, au moins, entre 246 et 270 millions de dollars par an.

XIV.- Par suite, il ne fait aucun doute que le principe de l'extinction de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre intellectuelle, au-delà d'un certain temps, autrement appelé « domaine public », continuellement reconnu

²⁰ Rufus Pollock, « The Value of the Public Domain », juillet 2006, consultable ici : https://rufuspollock.com/papers/value_of_public_domain.ippr.pdf ; E. Salzberger « Economic Analysis of the Public Domain », in *The Future of the public domain - Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 9

²¹ *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

²² 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

²³ <https://www.ip-watch.org/2015/07/10/study-documents-public-domains-importance-to-innovation-and-creativity/>

par la tradition républicaine au niveau législatif est un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

XV.- Au cas présent, dès lors que les différents architectes des immeubles des domaines nationaux sont décédés depuis plus de 70 ans, la composition architecturale de ces immeubles est entrée dans le domaine public, de sorte que n'importe quelle personne peut en reproduire l'image et en faire l'utilisation qu'il souhaite, y compris commerciale.

Un régime comme celui objet de la présente instance 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. En effet, le régime en cause contrevient à ce principe fondamental dès lors qu'il s'agit d'engendrer une résurgence, sous une forme légèrement différente mais bien réelle, d'un droit patrimonial exclusif. Ce 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. Or, cette prérogative constitue le pouvoir traditionnel garanti par le droit d'auteur, et sa composante, l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre donnée.

En créant un nouveau droit lié à l'exploitation de l'image des immeubles des domaines nationaux, le législateur a méconnu ce principe fondamental reconnu par les lois de la République. En effet, ces monuments correspondent à des œuvres pour lesquelles les droits patrimoniaux sont échus. *Dès lors, il n'appartient pas au législateur de faire renaître artificiellement des droits exclusifs d'exploitation, quand bien même ils seraient d'une autre nature, sans remettre en cause l'équilibre constamment réaffirmé par les lois de la République entre droits exclusifs 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 encadré par aucune limite temporelle, de sorte que ces dispositions méconnaissent manifestement le principe fondamental reconnu par les lois de la République de l'extinction, après l'écoulement d'un certain délai, de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre intellectuelle. En effet, ce principe fondamental

implique, non seulement l’extinction, après l’écoulement d’un certain délai, de l’exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre, mais encore qu’aucun droit nouveau ne soit susceptible de s’opposer à la libre utilisation commerciale de cette œuvre.

La circonstance que ce régime soit présenté comme « *un nouveau droit* » qui serait attaché à l’image du bien et dont le titulaire est le gestionnaire du domaine national, ne saurait tromper. *De facto*, ce régime revient à priver toute personne de la possibilité de faire, gratuitement, un usage commercial de l’image de ces biens – sauf à obtenir une autorisation préalable à titre gratuit – méconnaissant ainsi la raison d’être du principe de l’extinction des droits patrimoniaux attachés à une œuvre après un certain délai.

Du reste, c’est vainement qu’il serait allégué que ce nouveau droit ne viserait qu’à protéger l’image de ces biens, dès lors que le gestionnaire du domaine est susceptible – de manière arbitraire – d’assortir son autorisation d’une redevance dont le montant discrétionnairement fixé par ce dernier, lui reviendra. On peine à déceler la différence avec la disposition de droits patrimoniaux sur une œuvre...

Admettre que des droits connexes puissent restreindre le « domaine public » (au sens du code de la propriété intellectuelle) revient à nier le sens et la portée même de ce principe fondamental. Cette atteinte réduit à néant l’idée qu’il puisse exister des « droits du public » alors que c’est bien là le sens et la portée que le législateur a toujours souhaité lui donner, depuis la Révolution française. Jusqu’à une date récente, la question des contours du domaine public était centrée sur le terrain de la propriété intellectuelle (on pense notamment à l’empiètement du droit des marques, que les juridictions ont toujours strictement interprété afin de préserver l’effet utile du domaine public). Aujourd’hui, la situation se complexifie à cause du foisonnement de nouveaux droits connexes qui viennent empiéter de plus belle sur le domaine public, à l’instar des dispositions législatives présentement contestées qui viennent véritablement nier le sens et la portée du domaine public (au sens du code de la propriété intellectuelle) sous couvert d’un « régime nouveau » qui ne serait attaché qu’à l’image des biens immeubles des domaines nationaux et dont seul le gestionnaire dudit domaine aurait la jouissance. Le régime en cause acte, *de facto*, la résurgence de l’exclusivité des droits patrimoniaux attachés à l’œuvre, pour les biens en question.

A cet égard, déjà, la censure des dispositions présentement contestées est inévitable.

XVI.- En deuxième lieu, 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, méconnaît manifestement la liberté d'entreprendre.

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, qu'il 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).

XVII.- En l'espèce, 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.²⁴

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* »²⁵.

²⁴ 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. »

²⁵ M. Jean-Noël Cardoux : « 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.

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. »

Toutefois, comme le soulignaient certains députés 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.

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 le domaine en cause.

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 » en photo à partir de plusieurs points de vue du domaine, afin d'assurer la promotion de ses produits.²⁶ Une partie de la promotion s'est même déroulée sur l'application *Instagram*.²⁷

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 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.

²⁶ <http://www.my-loire-valley.com/2017/04/paques-chassez-les-oeufs-kinder-au-chateau-de-chambord/>

²⁷ <https://www.instagram.com/p/BS1DfIBgMk5/>

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* » (Cass. Ass. plén., 7 mai 2004, SCP *Hôtel de Girancourt c. SCIR Normandie et autre*, pourvoi n° 02-10.450).

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 créatrices 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 disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi.

En effet, nous l'avons vu, le droit antérieur au dispositif contesté permettait à un propriétaire de s'opposer à une utilisation de l'image d'un de ses biens qui entraînerait un trouble anormal (*cf.* Cass. Ass. plén., 7 mai 2004, SCP *Hôtel de Girancourt c. SCIR Normandie et autre*, pourvoi n° 02-10.450).

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). 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 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 ne vient fixer aucune garantie, ni même aucuns critères objectifs à cet égard. De fait, l'autorité domaniale dispose à cet égard d'un pouvoir arbitraire.

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 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.

XVIII.- Du reste, c'est vainement qu'il serait tenté de tirer avantage des règles gouvernant la propriété publique et l'occupation du domaine public (au sens « administratif » du terme, tel que repris dans le code général de la propriété des personnes publiques).

A cet égard, 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.

Au regard de 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 qu'elle 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. 179²⁸ ; CE, 26 février 1960, *Ville de Rouen c/ Laboratoires photographiques Lucas frères*, req. n° 40817, Rec. p. 154²⁹ ; ou encore CE, 4 juillet 1962, *Ville de 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 la même utilisation par d'autres, il n'y a 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

²⁸ « (...) 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 »

²⁹ « (...) 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 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 »

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.

XIX.- De la même manière, il ne saurait être sérieusement soutenu que l'utilisation – commerciale ou non – de l'image d'un bien faisant partie du patrimoine de personnes publiques équivaut à une alinéation ou au grèvement durable de droits au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine (*cf.* not. Cons. const., 23 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, décision n° 2008-567 DC, cons. 25 ; Cons. const., 17 décembre 2010, *Région Centre et région Poitou-Charentes [AFPA – Transfert de biens publics]*, décision n° 2010-67/86 QPC, cons. 3).

Le bien demeure en tout état de cause, totalement disponible et intact. En outre, il n'empêche pas son propriétaire ou son gestionnaire, pas plus que des tiers – publics ou privés – d'utiliser également l'image du même bien.

D'ailleurs, il est remarquable que, selon la jurisprudence susmentionnée du Conseil constitutionnel, c'est bien les principes d'égalité devant la loi et les charges publiques, d'une part, et de protection du droit de propriété, d'autre part, qui font obstacle à ce que des biens faisant partie du patrimoine de personnes publiques puissent être aliénés ou durablement grevés de droits au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine.

On peine à distinguer en quoi les principes d'égalité devant la loi et les charges publiques, d'une part, et de protection du droit de propriété, d'autre part, seraient méconnus par l'utilisation commerciale de l'image des biens des domaines nationaux et ce, d'autant plus que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation affirme « *que le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci* » (Cass. Ass. plén., 7 mai 2004, *SCP Hôtel de Girancourt c. SCIR Normandie et autre*, pourvoi n° 02-10.450), ce dernier pouvant « *toutefois*

s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal ».

Derechef, la censure des dispositions contestées est inévitable.

XX.- En troisième lieu, dans le prolongement de cette méconnaissance de la liberté d'entreprendre, en adoptant 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, le législateur a méconnu le principe d'égalité et de libre concurrence en engendrant des discriminations, d'une part, entre les différents propriétaires de biens et, d'autre part, en permettant aux autorités domaniales de choisir d'autoriser, ou non, les utilisations commerciales de l'image des biens immobiliers des domaines nationaux et, le cas échéant, de les assortir, ou non, d'une redevance.

Aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 :

« La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »

XXI.- En l'occurrence, le régime contesté vient 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.

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.

En outre, ces dispositions législatives ne viennent fixer aucun critère permettant aux autorités domaniales de distinguer entre les autorisations gratuites et celles assorties d'une redevance. Elles ne viennent, pas plus, guider ces autorités dans la fixation, le cas échéant, du montant de la redevance réclamée.

Du reste, ni un intérêt général suffisant, ni des différences de situations appréciables et objectives ne viennent justifier la création de ce régime différent dont seule une liste de biens fixée de manière réglementaire est susceptible de bénéficier.

XXII.- En quatrième lieu, 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, méconnaît la liberté contractuelle en ce qu'il vient modifier substantiellement les contrats en cours.

Le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (*cf.* Cons. const., 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, décision n° 2002-465 DC, cons. 4 ; Cons. const., 29 mai 2015, *Société SAUR SAS [Interdiction d'interrompre la distribution d'eau dans les résidences principales]*, décision n° 2015-470 QPC, cons. 5). Du reste, cette possibilité n'est ouverte qu'à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi (*cf.* Cons. const.,

14 mai 2012, *Association Temps de Vie [Licenciement des salariés protégés au titre d'un mandat extérieur à l'entreprise]*, cons. 6).

XXIII.- Un auteur peut autoriser, au moyen de contrats de concession, tous les usages de son bien intellectuel. La différence entre un contrat de concession et un contrat de cession réside dans la circonstance qu'au lieu d'un transfert de propriété, le contrat ne prévoit qu'une mise à disposition de la jouissance du bien au bénéfice d'un tiers.

Cette liberté contractuelle peut prendre la forme de « licences libres »³⁰ ou « concession innomée ».

Comme l'explique la doctrine, « [l]’exemple le plus notable de cette liberté contractuelle se situe dans l’émergence des licences dites « libres ». Développé à l’origine pour la création et l’exploitation de logiciels, ce mouvement se retrouve aujourd’hui dans des domaines très variés, les encyclopédies (le modèle Wikipedia) en ligne, la diffusion de musique, de photographies, de films, etc., avec les licences dites Creative Commons. Ces modèles contractuels marquent la vitalité de la créativité contractuelle en propriété intellectuelle, la possibilité de modeler la convention en fonction d’un but recherché. (...) Les contrats de licence, les logiciels libres et le mouvement Creative Commons sont devenus un standard contractuel de la propriété intellectuelle. (...) » (N. Bictin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 4^e éd., pt. 1096).

³⁰ L. Lessig, *Culture libre* : https://biblio.wiki/wiki/Culture_libre ; L. Lessig, *L’avenir des idées* : <http://presses.univ-lyon2.fr/livres/pul/2005/avenir-idee/xhtml/index-frames.html> ; P. Aigrain, *Cause commune, l’information entre bien commun et propriété*, 2005, Fayard : http://paigrain.debatpublic.net/?page_id=160 ; C. Fontaine, *Les œuvres libres*, thèse Montpellier, 2006, Larcier, 2013 ; C. Fontaine, *L’œuvre libre*, *Juris Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1975 ; C. Fontaine, *La licence publique générale GNU*, Éditions universitaires européennes, 2012 ; N. Binctin, *Les contrats de licence, les logiciels libres et les Creative Commons*, RIDC 2014/2, p. 469 ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 4^e éd., pt. 1095 et s. ; Free and Open Source Software ad other Alternative License Models – A comparative Analysis, A. Metzger ed., Springer 2016, coll. *Ius Comparatum*.

XXIV.- En l'espèce, de nombreux clichés des domaines nationaux ont fait l'objet de « licences libres », notamment sur le site Wikipedia, ainsi que différents projets de l'association Wikimedia France, tel que Wikimedia Commons susmentionné.

Plusieurs de ces licences autorisaient la réutilisation de ces images, même pour une utilisation commerciale.

En dehors du site Wikipédia et des différents projets de l'association Wikimedia France, les œuvres sous licences libres sont particulièrement nombreuses et variées. Les seules licences Creative Commons susmentionnées représentent 1,2 milliards d'œuvres sur internet.³¹ Une récente étude souligne l'importance, la variété et les externalités positives des œuvres sous licences Creative Commons.³²

Pour ne citer que des photos du domaine national de Chambord, il convient de souligner que le site Wikipédia en contient plus de 225 photographies³³, 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.

De sorte que les dispositions législatives dont la conformité à la Constitution est présentement contestée portent, à ces contrats légalement conclus, de substantielles atteintes qui ne sont justifiées ni par une exigence constitutionnelle, ni par un intérêt général suffisant et sont, en tout état de cause, manifestement disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi par le législateur, à savoir, des motifs purement financiers dès lors que la préservation de l'image des domaines nationaux étaient, on l'a vu, parfaitement possible et efficace sous l'empire du droit positif antérieur, tel qu'interprété par la Cour de cassation.

XXV.- En cinquième lieu, 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

³¹ <https://stateof.creativecommons.org/>

³² Paul Stacey et Sarah Hinchliff Pearson, Made With Creative Commons : <https://creativecommons.org/wp-content/uploads/2017/04/made-with-cc.pdf>

³³ https://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Ch%C3%A2teau_de_Chambord

actuellement à l'article L. 621-42 du code du patrimoine, méconnaît manifestement 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).

Comme l'explique la doctrine, « [*l]*e Conseil constitutionnel adopte ainsi une conception large du droit de propriété, incluant, les propriétés privées et publiques, immobilières et mobilières (actions et obligations, œuvres d'art), corporelles et incorporelles (droits d'auteurs, marques et brevets, titres de créances, portefeuilles de contrats). » (P. Gaïa et al., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2016, 19^{ème} édition, n° 32, p. 455).

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).

Il appartient au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales, de définir les règles relatives à l'acquisition ou la conservation de la propriété (cf. Cons. const., 20 janvier 2012, [*Procédure collective : réunion à l'actif des biens du conjoint*], décision n° 2011-212 QPC, cons. 4).

Il a été jugé qu'un régime discrétionnaire d'autorisation préalable à la réalisation d'opérations de transfert de propriété comportait des limitations directes au droit de disposer, attribut essentiel du droit de propriété, de sorte que l'atteinte au droit de propriété qui en résulte dénature le sens et la portée de ce droit garanti par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (cf. Cons. const., 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, décision n° 96-373 DC : « *Considérant que le 13° de l'article 28 organise un régime discrétionnaire d'autorisation préalable à la réalisation d'opérations de transfert de propriété qui peuvent concerner des catégories de droits multiples, sans préciser les motifs se référant à des fins d'intérêt général sur lesquels le conseil des ministres devrait, sous le contrôle du juge, fonder sa décision ; que ces autorisations, requises sous peine de nullité des opérations de cession en cause, comportent des limitations directes au droit de disposer, attribut essentiel du droit de propriété ; que de telles limitations revêtent un caractère de gravité telle que l'atteinte au droit de propriété qui en résulte dénature le sens et la portée de ce droit garanti par l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ; qu'il y a lieu en conséquence pour le Conseil constitutionnel de déclarer contraires à la Constitution le 13° de l'article 28 de la loi organique et, par suite, dans le texte du 7° de l'article 6 de ladite loi, les mots « et sous réserve des dispositions de l'article 28-13° » »).*

XXVI.- Le Conseil constitutionnel juge « *qu'en l'absence de privation du droit de propriété, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi* » (Cons. const., 12 novembre 2010, *Pierre B. [Mur mitoyen]*, décision n° 2010-60 QPC, cons. 3). Mais ces

limites ne doivent pas présenter un caractère de gravité telle que l'atteinte au droit de propriété qui en résulte en dénaturerait le sens et la portée (cf. Cons. const., 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, décision n° 89-254 DC, cons. 10 ; Cons. const., 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, décision n° 96-373 DC, cons. 22 ; Cons. const., 20 juillet 2000, *Loi relative à la chasse*, décision n° 2000-434 DC, cons. 24 ; 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. 71).

XXVII.- 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 ainsi que 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 Wikimédia France organise, depuis 2011 le plus grand concours de photographie du monde, intitulé « Wiki Loves Monument »³⁴ (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

³⁴ Pour consulter les résultats de l'édition 2016 du concours : <https://blog.wikimedia.org/2016/12/15/seventh-annual-wiki-loves-monuments/>

classés au titre des monuments historiques afin de disposer sur les projets Wikimedia d'illustrations de très grandes qualités techniques ou artistiques 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 dits 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 Wikimedia Commons contient plus de 225 photographies du château de Chambord³⁵, 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.

³⁵ https://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Ch%C3%A2teau_de_Chambord

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). 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).

Les dispositions de l'article L. 621-42 du code du patrimoine sont donc venues 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 concession innommée, 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* »³⁶.

³⁶ 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*

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 de l'article L. 621-42 du code du patrimoine sont venues poser de nouvelles limites, particulièrement restrictive, 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 contestées ne fait aucun doute.

XXVIII.- En sixième lieu, en adoptant 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, le législateur s'est, 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.

En vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales. A cet égard, « *il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34* » (cf. par ex : Cons. const., 1^{er} août 2013, *Société Natixis Asset Management [Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques]*, décision n° 2013-336 QPC, cons. 17)

utilisateurs des biens intellectuels diffusés par ces voies. L'utilisation du bien intellectuel contraire au contrat de licence ouvre la possibilité d'agir en contrefaçon, la gratuité ne modifiant pas cette possibilité. »

Le Conseil constitutionnel censure depuis longtemps l'incompétence négative du législateur (cf. Cons. const., 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, décision n° 67-31 DC), même d'office lorsque les auteurs de la saisine ne l'ont pas invoqué (cf. Cons. const., 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, décision n° 83-165 DC) et ce, même dans le cadre de son contrôle *a posteriori* (cf. Cons. const., 1^{er} août 2013, *Société Natixis Asset Management [Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques]*, décision n° 2013-336 QPC).

Le doyen Vedel expliquait que « [p]our le Conseil constitutionnel il y a incompétence négative lorsque le législateur reste en deçà de sa propre compétence et laisse ou confie au pouvoir réglementaire des matières réservées au pouvoir législatif » (G. Vedel, *Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 2 – mai 1997).

Depuis 2012, le Conseil constitutionnel juge que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit (cf. Cons. const., 18 juin 2012, *Fédération de l'énergie et des mines – Force ouvrière FNEM FO [Régimes spéciaux de sécurité sociale]*, décision n° 2012-254 QPC, cons. 3).

Sur le fondement de l'incompétence négative, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à censurer de nombreuses dispositions législatives. C'est ainsi qu'il a, par exemple, censuré des dispositions qui énonçaient des règles insuffisamment précises pour limiter les concentrations des entreprises de presse susceptibles de porter atteinte au pluralisme (cf. Cons. const., 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, décision n° 86-217 DC), ou d'autres qui renvoyaient à la seule décision des chambres de commerce et d'industrie le soin de fixer le taux de la taxe instituée pour pourvoir à leurs dépenses ordinaires (cf. Cons. const., 20 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, décision n° 87-237 DC), ou encore des dispositions qui confiaient aux collectivités territoriales la tâche de recouvrer une imposition perçue à leur profit, sans préciser les modalités de recouvrement (cf. Cons. const., 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, décision 98-405 DC).

Il a encore censuré des dispositions qui déléguaient entièrement au pouvoir réglementaire les conditions dans lesquelles les noms de domaine internet sont attribués, renouvelés, refusés ou retirés (cf. Cons. const., 6 octobre 2010, *Mathieu Pitté*, décision n° 2010-45 QPC), des dispositions qui s'abstenaient de définir les modalités de recouvrement de la taxe additionnelle à la contribution sur la valeur ajoutée des entreprises (cf. Cons. const., 28 mars 2013, *SARL Majestic Champagne [Taxe additionnelle à la contribution sur la valeur ajoutée des entreprises – Modalités de recouvrement]*, décision n° 2012-298 QPC), des dispositions qui ne précisait pas les modalités de recouvrement de la taxe locale sur la publicité extérieure (cf. Cons. const., 25 octobre 2013, *Société Boulanger [Taxe locale sur la publicité extérieure II]*, décision n° 2013-351 QPC), ou encore, des dispositions qui octroyaient aux communes un pouvoir d'appréciation trop étendu dans la mise en œuvre de cessions gratuites de terrain (cf. Cons. const., 22 septembre 2010, *Société Esso SAF [Cession gratuite de terrain]*, décision n° 2010-33 QPC).

Il a encore censuré le premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance du 21 octobre 1986, devenu le premier alinéa de l'article L. 442-9 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi du 30 décembre 2004 en considérant que « *le législateur a soustrait les « entreprises publiques » à l'obligation d'instituer un dispositif de participation des salariés aux résultats de l'entreprise ; qu'il n'a pas fixé la liste des « entreprises publiques » auxquelles, par dérogation à cette règle, cette obligation s'applique ; qu'il s'est borné à renvoyer au décret le soin de désigner celles des entreprises publiques qui y seraient néanmoins soumises ; que le législateur s'est ainsi abstenu de définir le critère en fonction duquel les entreprises publiques sont soumises à cette obligation en ne se référant pas, par exemple, à un critère fondé sur l'origine du capital ou la nature de l'activité ; qu'il n'a pas encadré le renvoi au décret et a conféré au pouvoir réglementaire la compétence pour modifier le champ d'application de la loi ; qu'en reportant ainsi 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, il a méconnu l'étendue de sa compétence* » (cf. Cons. const., 1^{er} août 2013, *Société Natixis Asset Management [Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques]*, décision n° 2013-336 QPC, cons. 18)

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.

C'est ainsi que 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). »

XXIX.- En l'espèce, le législateur a manifestement méconnu l'étendue de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution.

L'article 75 de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 a créé un article L. 621-34 du code du patrimoine, qui sera transféré à l'article L. 621-33 du même code par 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, au plus tard au 1^{er} janvier 2018, aux termes duquel :

« Les domaines nationaux sont des ensembles immobiliers présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation et dont l'Etat est, au moins pour partie, propriétaire.

Ces biens ont vocation à être conservés et restaurés par l'Etat dans le respect de leur caractère historique, artistique, paysager et écologique. »

L'article 1^{er} du décret n° 2017-720 du 2 mai 2017 fixant la liste et le périmètre de domaines nationaux est venu remplacer l'article R. 621-98 par les dispositions suivantes :

« Les domaines nationaux au sens de l'article L. 621-34 sont les suivants :

- 1° Domaine de Chambord (Loir-et-Cher) ;*
- 2° Domaine du Louvre et des Tuileries (Paris) ;*
- 3° Domaine de Pau (Pyrénées-Atlantiques) ;*
- 4° Château d'Angers (Maine-et-Loire) ;*
- 5° Palais de l'Elysée (Paris) ;*
- 6° Palais du Rhin (Bas-Rhin).*

Les périmètres des domaines nationaux sont définis à l'annexe 7 du présent code. »

- 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, d'ailleurs, dans le décret d'application.

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 ?

- 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 toile, 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.

- 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, loi dont la conformité à la Constitution est présentement contestée octroie un pouvoir véritablement arbitraire aux autorités administratives compétentes.

Mais encore, le 2^o 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.* »

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 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.* »

Du reste, la loi déferée accroît la complexité de la législation relative à la captation d'images et à l'utilisation commerciale de celles-ci, 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 (*cf. a contrario*, 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'information, aux fichiers et aux libertés*, décision n° 2004-499 DC).

Le législateur n'a pas non plus défini les critères en fonction desquels les immeubles en cause sont qualifiés de domaines nationaux, ni encadré le renvoi au décret et a conféré au pouvoir réglementaire la compétence pour modifier le champ d'application de la loi (*cf. mutatis mutandis*, Cons. const., 1^{er} août 2013, *Société Natixis Asset Management [Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques]*, décision n° 2013-336 QPC, cons. 18).

En reportant ainsi 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, le législateur a manifestement méconnu l'étendue de sa compétence (*cf. mutatis mutandis*, Cons. const., 1^{er} août 2013, *Société Natixis Asset Management [Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques]*, décision n° 2013-336 QPC, cons. 18).

Par suite, la méconnaissance par le législateur 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 de 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, du principe d'égalité, du droit de propriété, de la liberté contractuelle et du 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 », qui implique, en particulier, **qu'aucun droit nouveau, peu importe sa forme, ne soit susceptible de s'opposer à la libre utilisation commerciale de cette œuvre.**

A tous égards, la censure des dispositions contestées est encourue.

PAR CES MOTIFS et tous autres à déduire, produire ou suppléer au besoin même d'office, les exposantes concluent qu'il plaise au Conseil constitutionnel de déclarer contraire aux droits et libertés que la Constitution garantie 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, amenées à être recodifiées à droit constant à l'article L. 621-38 du même code d'ici le 1^{er} janvier 2018, en application de 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, avec effet immédiat.

Fait à Paris, le lundi 11 décembre 2017

ALEXIS FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris