

Merci, Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,

A l'origine de l'affaire qui nous occupe aujourd'hui, se trouve un monument qui ne vous est pas inconnu.

Un magnifique château de la Loire qui a marqué la France et son histoire, depuis près d'un demi-millénaire.

J'irai même jusqu'à soupçonner que l'image de ce château, vous la connaissez bien.

Lorsque l'on remonte en effet le Grand escalier d'honneur, ici au Conseil constitutionnel, par-devant lequel vous êtes peut-être passés tout à l'heure, l'on arrive alors sur le Grand salon. Dans ce grand salon sont exposées deux tapisseries provenant de la manufacture d'Aubusson : l'une représente le château de Fontainebleau, l'autre le Château de Chambord.

Et c'est par lui que tout a commencé.

L'article L. 621-42 du code du patrimoine, devenu depuis le 1er janvier dernier, l'article L. 621-38, est venu créer un régime d'autorisation préalable à l'utilisation, à des fins commerciales, de l'image des immeubles des domaines nationaux.

Ce pouvoir d'autorisation appartient à l'établissement public gestionnaire ou au préfet.

L'autorisation peut prendre la forme d'un acte unilatéral ou d'un contrat, assorti, le cas échéant, d'une redevance financière.

Un tel mécanisme me paraît radicalement méconnaître les droits et libertés que la Constitution garantit, et ce à de nombreux titres.

Deux d'entre eux m'interpellent, et je souhaiterais m'y attarder.

Le premier est une invitation (I), le second une constatation (II).

Une invitation, d'abord.

Il ne vous aura pas échappé que certaines discussions nouées lors de la procédure écrite dépassent – et de loin – le cadre de cette affaire.

Les dispositions dont vous êtes saisis méconnaissent le principe fondamental reconnu par les lois de la République, de ce qu'on appelle communément le domaine public et qui correspond à l'extinction de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre, au-delà d'un certain temps.

Ce principe ne fait pas encore partie de ceux que vous avez dégagé comme principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Mais il me semble qu'aujourd'hui l'heure est venue de vous en saisir.

Car, manifestement, ce principe répond à l'ensemble des conditions dégagées par votre jurisprudence et il répond, me semble-t-il, à des enjeux qui nous dépassent.

Depuis la Révolution française, la tradition républicaine, matérialisée dans les lois de la République, a continuellement affirmé le principe fondamental du domaine public.

En outre, le caractère fondamental de ce principe ne fait aucun doute en ce qu'il vient affirmer une règle particulièrement importante et générale qui intéresse, de toute évidence, les droits et libertés fondamentaux.

La force de ce principe, sa constance à travers les âges, sa généralité, son affirmation à l'échelon national, mais également européen et international, conjugué avec la circonstance que cette limitation temporelle a été véritablement pensée et souhaitée par le législateur au fil des siècles, caractérise bien un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens de votre jurisprudence.

Il n'est pas sérieusement contestable que le domaine public, non seulement contribue à l'intérêt général, mais encore,

engendre également, de nombreuses externalités positives. Les études sont toutes éloquents et concordantes à cet égard.

Mais il y a un point, en particulier, sur lequel je souhaiterais m'attarder quelques instants. C'est sur l'opérance de ce grief.

Ce que le mémoire du Gouvernement soutient, me semble participer d'une méconnaissance radicale du champ d'application et de la philosophie du domaine public.

Au cas présent, les différents architectes des immeubles des domaines nationaux sont décédés depuis plus de 70 ans. Ces monuments correspondent donc à des œuvres pour lesquelles les droits patrimoniaux sont échus depuis fort longtemps. Et la composition architecturale de ces immeubles est donc entrée dans le domaine public de bien longtemps. De sorte que toute personne peut en reproduire l'image, à loisir, y compris, dans un dessein commercial.

Le régime contesté aujourd'hui vient nécessairement nier la nature, le sens et la portée du domaine public.

En effet, ce mécanisme 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.

Les dispositions litigieuses confèrent aux autorités domaniales compétentes, le pouvoir 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 essentielle, 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 Parlement a nié ce principe fondamental reconnu par les lois de la République. 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.

Le principe fondamental du domaine public 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.

Le présenter comme « un nouveau droit » attaché à l'image du bien et dont le titulaire est le gestionnaire du domaine national, ne saurait tromper. De fait, 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 domaine public.

Peu importe le point de vue duquel 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 » 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.

Reconnaitre un tel principe, voici l'invitation que j'évoquais tout à l'heure.

Quant à la constatation, il s'agit d'attirer votre attention sur trois points.

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

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 sur ce domaine.

Kinder Surprise vs Kronenbourg

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.

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

C'est ainsi que la jurisprudence de la Cour de cassation, très claire, prévoit « que le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal ».

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 donc déjà parfaitement s'opposer à des utilisations potentiellement créatrices d'un trouble anormal sur ce fondement.

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

Or, cette valorisation n'est ni une exigence constitutionnelle, ni un intérêt général. Et à supposer même que l'on puisse considérer qu'il s'agit là de l'intérêt général - conception pour le moins curieuse, mais admettons - les atteintes portées à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété sont manifestement disproportionnées.

Ensuite, le législateur n'a pas épuisé l'étendue de sa compétence. La loi, ni même le décret d'ailleurs, ne viennent poser les critères permettant d'encadrer les pouvoirs de l'autorité domaniale. Celle-ci peut refuser les autorisations en cause suivant son bon plaisir. De même, elle peut choisir d'assortir, ou non, l'autorisation donnée d'une redevance de façon totalement arbitraire. Cela viendra nécessairement engendrer des ruptures d'égalité et des discriminations. De la même manière, le montant de la redevance peut être fixé de manière purement discrétionnaire.

Enfin, quoiqu'en dise le gouvernement, cette loi porte une atteinte disproportionnée aux contrats en cours. Je fais, en particulier, référence ici aux licences publiques. Ces dernières sont des contrats par lesquelles un auteur offre librement la possibilité d'utiliser son œuvre. Certaines licences permettent parfaitement d'en faire un usage commercial.

Or, lorsque l'auteur d'un cliché décide de mettre ce dernier sous licence libre autorisant l'usage commercial, il acte de ce fait un transfert, ou à tout le moins un partage, de la valeur économique endogène de ce cliché.

Le gouvernement soutient que cette loi ne porterait pas atteinte aux contrats en cours, dès lors qu'elle ne vaudrait que pour les contrats conclus après son entrée en vigueur.

Or, de deux choses l'une.

Soit cette loi s'applique bien aux contrats en cours - et donc aux licences libres - et elles vient donc désormais imposer à toute personne d'obtenir une autorisation préalable à toute utilisation d'une photographie représentant un domaine

national. Elle vient donc arbitrairement retirer la valeur économique de ces clichés et donc, anéantir la cause et l'objet des contrats de licence. En cela, je ne vois pas en quoi on pourrait sérieusement soutenir qu'il ne s'agit pas d'une atteinte disproportionnée aux contrats en cours en ce que la loi vient purement et simplement en annihiler la raison d'être...

Soit cette loi ne s'applique pas aux contrats en cours et alors elle devient de fait complètement inutile dès lors que, pour le seul château de Chambord, la seule base de données de Wikimedia contient plus de 300 clichés sous licence libre.

Je me permets d'abuser encore quelques instants de votre attention pour conclure sur les exceptions prévues par la loi. Elles aussi posent problème. L'avant dernier alinéa des dispositions contestées prévoit que 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.

J'ai introduit mon propos tout à l'heure en attirant votre attention sur la tapisserie d'Aubusson accroché là-haut dans

vosre Grand salon. On m'opposera sûrement en défense que, grâce à ces exceptions - notamment l'exception artistique - la création de cette tapisserie et son commerce ne serait pas plus interdit hier qu'aujourd'hui. Et pourtant, cette tapisserie illustre bien l'ambiguïté de ces notions. Elle a été, je l'ai dit, fabriquée par la manufacture d'Aubusson. Etait-ce de l'art ? Etait-ce de l'industrie ? Sans doute les manufactures étaient plus proches de l'industrie que de l'art, ou même de l'artisanat.

Le juge n'est pas critique d'art. Ni professeur, ni conservateur, ni chercheur. Son office est déjà suffisamment complexe. Il est des domaines que le droit et le juge doivent s'abstenir de venir saisir, qui doivent rester en dehors de leur champ d'appréciation. L'art, à l'instar de l'histoire, en fait partie.

Il ne vous appartient pas de déterminer ce qui relève de l'art. Pas plus qu'au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation, ni au juge du fond. Ni au Parlement. Et encore moins aux gestionnaires domaniaux.

Il vous appartient en revanche, de vous prononcer sur la constitutionnalité des dispositions contestées. Et j'ai l'honneur de vous demander de censurer, sans en différer l'effet.