CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

La présente QPC porte sur l'article L. 621-42 du code du patrimoine. Dans la mesure où les associations requérantes la posent à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre le nouvel article R. 621-99, devenu R. 611-100, du même code, pris pour l'application de cette disposition législative¹, la condition d'applicabilité au litige est remplie. Celle d'absence de déclaration préalable de conformité à la Constitution l'étant aussi, il nous faut vous entretenir du contenu de cette disposition législative.

Issu par voie d'amendement parlementaire de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (art. 75), l'article L. 621-42 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. » Il prévoit que : « La redevance tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation. » Il précise que l'autorisation qu'elle impose n'est toutefois 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. » Les modalités d'application sont renvoyées à un décret en Conseil d'Etat.

La genèse de cette disposition doit beaucoup à la juridiction administrative.

Les origines de cette innovation législative sont à rechercher dans une campagne publicitaire, perpétrée par une célèbre brasserie alsacienne, qui a fait, pour promouvoir sa bière, une utilisation massive de l'image de monuments français plus célèbres qu'elle encore – la Tour Eiffel, l'arc de Triomphe, le Mont Saint-Michel et le château de Chambord². Pour ce qui est de Chambord, la société avait d'abord envisagé des prises de vue depuis l'intérieur du domaine, de sorte que l'établissement public de Chambord entendait les soumettre à une redevance d'occupation domaniale. Les négociations patinant, la société s'est alors avisée de ce qu'il lui suffirait de prendre des photographies depuis l'extérieur du domaine pour

¹ Cet article réglementaire est lui-même issu du décret n° 2017-720 du 2 mai 2017 fixant la liste et le périmètre de domaines nationaux

² Y figuraient aussi les falaises d'Etretat et le village de Gordes.

échapper à la redevance faute d'occupation de celui-ci. Aussi l'image du château de Chambord, pris de loin, s'est-elle retrouvée placardée sur les panneaux d'affichage et reproduite sur les cannettes de bière associée à la marque sous le slogan « le goût à la française ».

Ce goût, l'établissement public du domaine de Chambord l'a trouvé un peu amer et, fâché de voir l'image du château ainsi galvaudée – à moins que ce soit de voir les recettes initialement envisagées lui échapper – a persisté à vouloir faire payer à la société des indemnités.

C'est à l'occasion du litige subséquent que la cour administrative d'appel de Nantes, par un arrêt de plénière remarqué³, a préfiguré ce qui allait devenir l'article L. 641-42 du code du patrimoine. Après avoir constaté qu'il n'y avait pas eu usage privatif du domaine public justifiant la soumission à redevance d'occupation domaniale⁴, la cour a tiré des exigences constitutionnelles tenant à la protection du domaine public la possibilité de soumettre l'utilisation commerciale de ses prises de vue à autorisation, éventuellement assortie de conditions financières. Elle a également jugé que l'utilisation de la prise de vue sans autorisation constitue une faute de l'utilisateur l'obligeant à réparer le dommage causé au gestionnaire du domaine public. Le bien-fondé de ce dégageant prétorien est soumis à la sagacité de la huitième chambre de la section du contentieux, chargée de l'instruction du pourvoi formé contre l'arrêt de la CAA de Nantes.

Sans attendre de savoir ce que le Conseil d'Etat statuant au contentieux en penserait, le législateur a décidé d'adouber cette construction jurisprudentielle, au moins en ce qui concerne les domaines nationaux. Plus précisément, la loi du 7 juillet 2016 a procédé en trois temps : elle a consacré la catégorie des « domaines nationaux », constituée des « ensembles immobiliers », « appartenant à l'Etat, à des collectivités territoriales, à des établissements publics ou à des personnes privées », et « présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation et dont l'Etat est, au moins pour partie, propriétaire » (art. L. 621-34 et L. 621-35) – la liste en est fixée par décret en Conseil d'Etat (art. R. 621-98⁵) ; elle a créé pour ces domaines un régime législatif spécifique de prérogatives et de sujétions ; elle s'est enfin inspirée de l'arrêt de la CAA de Nantes pour soumettre l'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles en cause à autorisation préalable, éventuellement assortie de conditions financières. La loi diffère simplement de la règle jurisprudentielle sur trois points : son champ géographique est plus restreint, puisque la loi ne concerne que les domaines nationaux et pas

³ Classé en R et abondamment commenté : v. Norbert Foulquier, « Hors CGPPP, le pouvoir quasi domanial sur l'image des biens du domaine public », AJDA 2016 p. 435 et « Le nouveau pouvoir quasi domanial sur les images des immeubles du domaine public », RDI 2016 p. 89 ; Philippe S. Hansen, « Sur l'autorisation requise pour photographier les monuments appartenant au domaine public », JCP A, 25 Janvier 2016, n° 3, comm. 2016 ; Pascal Devillers, « Régime d'autorisation pour les photographies à visées commerciales de biens immobiliers appartenant au domaine public », Contrats et Marchés publics, n° 2, Février 2016, comm. 45.

⁴ La condition d'usage privatif pour entrer dans le régime d'autorisation d'occupation est posée par les articles L. 2122-1 et L. 2125-1 du code général de la propriété des personnes publiques. Le constat d'absence d'occupation privative se subdivisait en deux branches : d'une part la prise de vue d'un bien n'est pas en elle-même un usage privatif de ce bien (cf. infra) ; d'autre part il n'y a occupation domaniale par prise de vue que lorsqu'elle nécessite d'en soustraire l'accès au public (v., s'agissant de bien mobiliers, la décision CE, 29 octobre 2012, *Commune de Tours*, n° 341173, p. qui, éclairée par les conclusions, doit se comprendre comme ne soumettant à autorisation les prises de vues de collection d'un musée que lorsqu'elles supposent de soustraire les biens, en l'occurrence mobiliers, au public le temps de la prise de vue).

⁵ A ce jour : le domaine de Chambord, le domaine du Louvre et des Tuileries, le domaine de Pau, le château d'Angers, le Palais de l'Élysée et le Palais du Rhin.

tout le domaine public ; son champ matériel est plus resserré, puisque sont exemptés d'autorisation les usages commerciaux se rattachant à des missions de service public ou d'intérêt général ; son libellé est plus précis quant au montant de la redevance, dont il est dit qu'elle « tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation ».

C'est de cette seule disposition législative, ainsi paramétrée, qu'il vous faut connaître, sans préjudice de ce qui adviendra du pourvoi dans l'affaire de Chambord.

Sa constitutionnalité est contestée par de nombreux griefs dont la plupart ne vous retiendront pas.

C'est le cas du grief tiré de la méconnaissance combinée du 13^{ème} alinéa du préambule de la Constitution, protégeant l'accès non discriminatoire à la culture et des articles 10 et 11 de la Déclaration de 1789, protégeant les libertés d'expression culturelle. Les requérantes soutiennent que la soumission à autorisation, voire à redevance, de l'utilisation de clichés du patrimoine national risque d'empêcher les artistes de diffuser ces images et le public d'en bénéficier. Mais l'argumentation est totalement inopérante à l'encontre d'une loi qui précise elle-même ne pas s'appliquer aux utilisations de l'image à des fins culturelles. Cette exception culturelle qui vide le grief de sérieux vous dispense aussi d'examiner la nouveauté alléguée de la question de l'interprétation de l'article 13 du préambule. Car si la nouveauté d'une QPC se distingue de son sérieux, elle est subordonnée comme lui à la condition d'être opérante à l'encontre de la loi critiquée.

Ne vous retiendra pas non plus le grief tiré de la méconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et portant sur la nécessaire extinction, au terme d'un certain délai, de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre intellectuelle.

Sous ce timbre, les requérantes soutiennent que la disposition législative revient à faire éternellement subsister, s'agissant des immeubles des domaines nationaux, les droits patrimoniaux qui les protègent, et ce alors même que l'auteur est mort depuis longtemps.

Là encore, il y a un problème d'opérance : la loi n'a ni pour objet ni pour effet de faire revivre les droits patrimoniaux de François Ier, prince architecte du château de Chambord ou de Léonard de Vinci, soupçonné d'y avoir contribué. Elle se borne à consacrer un droit nouveau, qui précisément n'est pas attaché à la substance de l'immeuble et attribué à son auteur, mais à la seule image du bien et dont le titulaire est le gestionnaire du domaine national. Le grief n'est donc pas du tout sérieux. Et le caractère nouveau du PFRLR allégué ne peut pas voler au secours de la QPC. Car si vous admettez de renvoyer sous ce timbre des QPC demandant la consécration d'un nouveau principe constitutionnel (v. CE, 21 septembre 2011, *M. G...*, n° 350385-350386-350387, T. pp. 1119-1131 et CE, 23 juillet 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires*, n°s 356381 356386, T. p.), c'est à la condition que le principe ne soit ni farfelu (CE, 30 mai 2012, *GFA Fielouse-Cardet*, n° 355287, T. p.), ni dépourvu de tout rapport avec la disposition législative contestée (CE, 30 janvier 2017, *M. et Mme F...*, 400996⁶).

⁶ Point 10 : « dès lors que les dispositions contestées n'ont ni pour objet, ni pour effet de modifier les conditions et règles relatives au versement des pensions, les requérants ne sauraient utilement soutenir que la question qu'ils soulèvent revêtirait

Ne vous retiendront pas, enfin, les griefs tirés :

- de ce que la loi porterait une atteinte inconstitutionnelle aux contrats en cours, dès lors que dans son silence, elle ne peut pas à s'appliquer à eux (v. décision n° 2017-649 QPC du 4 août 2017, *Société civile des producteurs phonographiques et autre*, point 15) ;
- de ce qu'elle méconnaîtrait l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme, qui n'est pas invocable au soutien d'une QPC (décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, point 9).

Ce qui nous fait envisager un renvoi de la question au Conseil constitutionnel est donc uniquement ce qui est dit par le pourvoi sous les angles de l'atteinte à la liberté d'entreprendre, garantie par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, et du droit de propriété, protégé par les articles 2 et 17 de cette déclaration. La liberté d'entreprendre est celle des personnes souhaitant exploiter l'image d'immeubles des domaines nationaux⁷ et le droit de propriété celui des propriétaires des clichés et des droits d'auteur⁸ qui souhaiteraient en autoriser une utilisation commerciale lucrative pour eux. L'atteinte, dont la réalité n'est pas contestée, consiste à ériger en travers de ces droits et libertés une autorisation préalable et le cas échéant payante.

Le ministre fait valoir que cette atteinte est justifiée par des motifs d'intérêt général. Les requérants soulignent que le flou du dispositif rend délicate l'appréciation de son caractère proportionné aux motifs en question.

La première petite difficulté tient à la définition du motif d'intérêt général poursuivi. Nous ne doutons pas que ce motif existe, mais il se peut qu'il soit multiple et que l'articulation de ses composantes complique la pesée de proportionnalité.

L'arrêt de la CAA de Nantes qui a inspiré le législateur rangeait le dispositif d'autorisation qu'il créait sous la bannière de l'exigence constitutionnelle de protection du domaine public⁹. Il partait en effet du constat d'un « trou » dans la protection de l'image du domaine public. Ce trou tenait d'une part à ce que, en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation que l'arrêt entreprenait de transposer, le propriétaire d'un bien n'est pas propriétaire de son image (Cass. plen., 7 mai 2004, n° 02-10.450, Bull. AP, n° 10). Il venait d'autre part de ce que les personnes publiques, à la différence des personnes privées, ne sont protégées des usages dérangeants de leur image ni sous l'angle de la vie privée, qui ne vaut pas pour elles, ni sous l'angle du parasitisme. Plus exactement, il est difficile d'admettre que le parasitisme prohibé, défini par la Cour de cassation comme « l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'imisce dans le sillage d'un autre afin de

un caractère nouveau dans la mesure où ils invoquent une atteinte au droit constitutionnel des cotisants à percevoir une pension de retraite »

⁷ Sur la liberté d'entreprendre entendue comme liberté d'exercer une activité économique et pas seulement d'y accéder, v. not. Cons. const. ; 30 novembre 2012, n° 2012-285 QPC, point 7.

⁸ Sur l'application de la protection acquise au droit de propriété aux droits d'auteur et droits voisins, v. not. Cons. const., 28 février 2014, n° 2013-370 QPC, point 13.

⁹ « compte tenu des exigences constitutionnelles tenant à la protection du domaine public et afin d'éviter à tous égards qu'il n'y soit indirectement porté atteinte de manière inappropriée »

tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire » (Cass. com., 26 janvier 1999, n° 96-22457), et qui vise surtout des préjudices de nature commerciale, pourrait trouver à jouer pour une personne publique en dehors des cas où elle exploiterait elle-même son image dans le cadre d'une licence de marque. La soumission de l'usage de l'image à autorisation entendait donc résoudre le paradoxe d'une protection moindre de l'image du domaine public miroitant avec la consécration d'un impératif de protection de ce dernier.

Les travaux préparatoires de la loi montrent que le législateur a repris à son compte cet objectif de protection. Mais il semble avoir entendu en ajouter un autre, tiré de la valorisation du patrimoine public. L'idée serait que, si les personnes privées entendent tirer d'abondantes recettes commerciales de l'utilisation de l'image de biens propriété publique, alors il serait judicieux que la personne publique en tire un profit. On trouve le reflet de cette préoccupation dans le texte de la loi, qui cible non plus l'atteinte inappropriée à l'image du domaine, mais l'ensemble des utilisations commerciales, et indexe le montant de la redevance sur les produits escomptés.

Il n'est pas sûr que ces deux motifs pèsent le même poids face aux droits et libertés constitutionnellement garantis, de sorte que, selon que l'on retient, comme objectif de la loi, l'un, l'autre ou une combinaison des deux, la balance de proportionnalité risque de ne pas s'équilibrer de la même façon. En outre, l'économie du dispositif est plus ou moins satisfaisante selon l'objectif poursuivi.

Le parapluie de la protection constitutionnelle du domaine public est peut être un peu étroit pour abriter l'ensemble du dispositif. Le Conseil constitutionnel n'y a jamais rangé qu'une protection contre des atteintes directes au droit de propriété des personnes publiques (2003-473 DC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, Rec. p. 382) ou à l'existence ou la continuité des services publics dont le domaine est le siège (v. notamment Etienne Fatôme, « A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA* 2003 p. 1192 et p. 1404, Yves Gaudemet, « Constitution et biens publics », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, p. 65 et Rozen Noguellou, « Le droit des propriétés publiques, aspects constitutionnels récents », *AJDA* 2013, p. 986). Or on ne se trouve pas ici face à la conception classique du domaine. Le code général de la propriété des personnes publiques, à l'exception des fréquences hertziennes, protège plutôt le domaine matériel ayant une consistance physique, alors qu'on se trouve avec l'image face d'un élément immatériel. Il faut, pour affirmer que l'administration est propriétaire de cette image, aller à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de cassation. Enfin, il n'est pas totalement évident d'estimer que l'image des domaines nationaux satisfait aux critères de domanialité publique des biens meubles. L'atteinte au domaine public qu'il s'agit d'éviter est donc indirecte – c'est en quelque sorte l'atteinte à la notoriété du domaine par l'utilisation de son image. Il est sans doute loisible au législateur d'instaurer un régime d'autorisation pour prémunir son domaine de telles atteintes, mais reste à savoir dans quelle mesure la composante constitutionnelle de l'exigence de protection du domaine est à l'œuvre – il y a de ce point de vue dans la question un élément de nouveauté. Si elle n'est pas à l'œuvre, on retombe sur des motifs d'intérêt général moins impérieux de protection « simple » du domaine public ou de valorisation des éléments immatériels qui en sont issus.

Or le dispositif législatif présente quelques faiblesses dans ses silences. Ainsi que le font valoir les requérants, qui introduisent à ce stade une dose d'incompétence négative dans leur argumentation, le législateur a mis entre les mains du gestionnaire du domaine un outil

dont il n'a pas du tout encadré l'usage, et qui peut dès lors conduire à des atteintes aux droits et libertés passablement arbitraires. On peine en effet à trouver dans la loi, ni d'ailleurs dans le décret, le moindre critère permettant d'indiquer au gestionnaire dans quels cas il devra autoriser ou interdire l'usage de l'image, et soumettre ou non à redevance son utilisation. Or on sait que le Conseil constitutionnel, pour apprécier la constitutionnalité d'une atteinte au droit de propriété, constituée par exemple par la soumission d'opérations d'urbanisme à déclaration, vérifie qu'elle n'investit pas l'autorité chargée d'instruire « d'un pouvoir discrétionnaire », et que cette dernière doit bien « fonder ses décisions, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, sur des motifs se référant à des fins d'intérêt général définies avec une précision suffisante par la loi ».

Dans le silence de la loi en l'espèce, il faudra donc extrapoler les critères à partir des objectifs poursuivis. Il est facile d'en déduire que l'interdiction s'imposera en cas d'usage dégradant et donc nuisible à l'image du domaine. Pour le reste, et notamment pour faire le départ entre utilisations gratuite ou payante, l'exercice est plus délicat : or même si les principes d'égalité et de liberté de la concurrence ne sont pas soulevés, on voit qu'on les tangente en admettant l'idée d'un choix non encadré entre gratuité et soumission à redevance.

Il est vrai que la disposition critiquée a une partie de ces faiblesses en partage avec le régime des autorisations d'occupation « classiques » du domaine public matériel. Mais précisément, dès lors qu'on ne s'adosse pas à la composante classique de la protection du domaine, il nous semble justifié que le Conseil constitutionnel se penche sur le dispositif pour préciser ce qu'il pèse face aux droits et libertés des personnes privées.

PCMNC – Renvoi de la question au Conseil constitutionnel.