

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

**N° 411005**

**CONSEIL D'ETAT**

**Section du contentieux**

**QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE**

**POUR** : 1°) L'association Wikimedia France, dont le siège est sis 40, rue de Cléry à Paris (75002), représentée par son président en exercice, domiciliée en cette qualité audit siège, représentante unique

2°) L'association La Quadrature du Net, dont le siège est sis 60, rue des Orteaux à Paris (75020), représentée par ses présidents en exercices, domiciliées en cette qualité audit siège

**CONTRE** : Le Premier ministre

**OBJET** : les exposantes demandent que le Conseil d'Etat renvoie la question de la conformité à la Constitution des dispositions de l'article 75 de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, codifiées actuellement à l'article L. 621-42 du code du patrimoine, au Conseil constitutionnel.

## 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 (cf. Pièces n° 1 à 7).

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<sup>er</sup> janvier 2018

(cf. article 23 de l'ordonnance n° 2017-651 du 27 avril 2017), les Sections 5 et 6 du Chapitre I<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup>, 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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 entendent soulever la présente question prioritaire de constitutionnalité tendant à ce que le Conseil d'Etat renvoi 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<sup>er</sup> 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.

## 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. »*

Selon le premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution :

*« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. »*

Aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel :

*« Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé (...) à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat (...) »*

Il résulte des dispositions de cet article que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure (A), qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances (B), et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux (C).

Au cas présent l'ensemble des conditions gouvernant le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'Etat sont, à l'évidence, remplies.

#### **A) Les dispositions contestées sont applicables au litige**

**IV.-** Le litige a trait à l'annulation de l'article 4 du décret n° 2017-456 du 29 mars 2017 relatif au patrimoine mondial, aux monuments historiques et aux sites patrimoniaux remarquables, codifié notamment à l'article R. 621-100 du code du patrimoine, qui fait l'objet du recours en annulation enregistré le 30 mai 2017 sous le n° 411005, définit les modalités d'application de l'article L. 621-42 du code du patrimoine objet de la présente question prioritaire de constitutionnalité, conformément au dernier alinéa de cet article qui prévoit expressément que : « *Un décret en Conseil d'Etat définit les modalités d'application du présent article.* »

De sorte qu'il ne fait aucun doute que l'ensemble des dispositions législatives contestées sont applicables au litige au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (*cf. mutatis mutandis*, CE 5 juin 2015, *association French Data Network et autres*, req. n° 388134).

#### **B) Les dispositions contestées n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution**

**V.-** 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 n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel avant sa promulgation. Cet article n'a pas fait, non plus, l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité depuis son entrée en vigueur, la récente décision n° 2017-649 du 4 août 2017, *Société civile des producteurs phonographiques et autre*, s'agissant de l'extension de la licence légale aux services de radio par internet ne concernait que l'article 13 de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, en tant qu'il est venu modifier l'article L. 214-1 du code de la propriété intellectuelle.

En sorte que les dispositions contestées n'ont jamais été soumises à l'appréciation du Conseil constitutionnel, ni dans le cadre de son contrôle *a priori*, ni dans le cadre de son contrôle *a posteriori*.

**C) La présente question prioritaire de constitutionnalité est manifestement nouvelle et n'est, à l'évidence, pas dépourvue de sérieux**

**VI.- 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, méconnaît radicalement le droit d'accès non discriminatoire à la culture protégé par le 13<sup>ème</sup> alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, et son corollaire, la liberté d'expression culturelle et le droit de diffusion de la culture, protégé par les articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789.

Aux termes du 13<sup>ème</sup> alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 :

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

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

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

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

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

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

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

En outre, la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels est un objectif de valeur constitutionnelle (cf. Cons. const., 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, décision n° 82-141 DC, cons. 5).

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

Le Conseil constitutionnel pourrait utilement s'inspirer de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales en la matière qui, sur le fondement de l'article 10 §. 1<sup>er</sup> de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales juge que : *« Ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique. D'où l'obligation, pour l'État, de ne pas empiéter indûment sur*



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

**VII.- En l'espèce**, les dispositions contestées de l'article L. 621-42 du code du patrimoine, méconnaissent radicalement le droit d'accès non discriminatoire à la culture protégé par le 13<sup>ème</sup> alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, et son corollaire, la liberté d'expression culturelle et le droit de diffusion de la culture, protégé par les articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789.

Il est à noter, d'emblée, que le Conseil constitutionnel n'a jamais été amené à se prononcer sur une telle question, de sorte que le caractère nouveau de cette question justifie qu'elle lui soit renvoyée (cf. *mutatis mutandis*, CE, 7 novembre 2012, *Laurent Dalenson*, req. n° 361995 ; CE, 23 juillet 2012, *Syndicat pour la défense des fonctionnaires*, req. n° 356381).

En outre, cette question présente manifestement un caractère sérieux.

De ce chef, déjà, les dispositions législatives présentement contestées ne pourront qu'être censurées par le Conseil constitutionnel.

**VIII.- 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, 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 ».

Aux termes du 1<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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, peut 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 sur l'organisation judiciaire – alors même qu'elle a été adoptée par l'Assemblée constituante, sous la monarchie d'Ancien régime – et du décret du 16 fructidor an III (2 septembre 1795), qui défend aux tribunaux de connaître des actes d'administration et annule toutes procédures et jugements intervenus à cet égard, 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* »<sup>1</sup>.

• Enfin, pour être reconnu comme un tel principe, ce dernier doit avoir été continuellement affirmé par les lois républicaines (cf. Cons. const., 20 juillet 1988,

---

<sup>1</sup> « 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 ; »

*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.).

**IX.- En l'espèce**, les associations exposantes demandent au Conseil d'Etat de renvoyer la présente question prioritaire de constitutionnalité afin que le Conseil constitutionnel puisse se prononcer sur la question de savoir si, d'une part, le principe fondamental de l'extinction de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre intellectuelle, après l'écoulement d'un certain délai, est bien un principe fondamental reconnu par les lois de la République et si, d'autre part, ce principe a été méconnu par les dispositions législatives présentement contestées.

Cette question est, tout à la fois, nouvelle est sérieuse.

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la loi des 19-24 juillet 1793, relative à la propriété littéraire et artistique<sup>2</sup> :

*« 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. »<sup>3</sup>*

---

<sup>2</sup> 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<sup>er</sup> 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.* »

<sup>3</sup> 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](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. »<sup>4</sup>*

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

*« Cet article 1<sup>er</sup> 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<sup>er</sup>, 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 n'a été abrogée que par l'article 77 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, mais le principe s'est maintenu. En effet, 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. »*

---

<sup>4</sup> « 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](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<sup>er</sup> 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 continuellement reconnu par l'ensemble des lois républicaines depuis la Convention. En paraphrasant les professeurs Francis Hamon et Michel Troper, on pourrait dit que ce principe est indissociable de la tradition républicaine française, « *cette indissociabilité [étant] attestée par le fait que le législateur de la III<sup>e</sup> République y [est] toujours demeuré fidèle* » (F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, 36<sup>ème</sup> éd., 2015, LGDJ, pt. 794).

Il est certes vrai que la durée du monopole d'exploitation économique conféré à l'auteur a pu connaître une certaine 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 Berne<sup>5</sup>, 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<sup>er</sup> de cette directive européenne).

Le caractère fondamental de ce principe d'extinction des droits exclusifs attachés à l'exploitation économique d'une œuvre, à l'expiration d'un certain délai, ne fait, par conséquent, aucun doute, dès lors qu'il s'agit d'un principe pluriséculaire, continuellement affirmé, dont le champ d'application englobe l'ensemble des œuvres et qui est reconnu tout à la fois au niveau, européen et international.

De fait, le domaine public, au sens du code de la propriété intellectuelle, est un mécanisme par lequel le droit « *organise (...) une externalité positive* » : *pour engendrer un bénéfice social, l'usage d'une ressource n'est plus soumis à l'espace de calcul que constitue le marché.* »<sup>6</sup>

S'agissant, par exemple, des photographies et autres images entrées dans le domaine public présentent sur l'encyclopédie en ligne Wikipédia, plus particulièrement sur la médiathèque Wikimedia Commons, une étude de

---

<sup>5</sup> 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

<sup>6</sup> Lionel Maurel, *Quelle est la valeur économique du domaine public ?* : <http://scinfolex.com/2015/04/19/quelle-est-la-valeur-economique-du-domaine-public/>

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



l'*Intellectual Property Office*<sup>7</sup> (i.e. l'équivalent de l'Institut national de la propriété intellectuelle au Royaume-Uni) s'est appuyée sur les travaux de trois chercheurs<sup>8</sup> (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 intellectuelle<sup>9</sup>, estime que les images du domaine public présentent sur Wikimedia Commons représentent une valeur estimée, au moins, entre 246 et 270 millions de dollars par an.

Par suite, 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 prendre des clichés de ces domaines et en faire l'utilisation qu'elle souhaite, y compris commerciale.

En créant un nouveau droit lié à l'exploitation de l'image des immeubles des domaines nationaux, le législateur a contrevenu à ce principe, étant rappelé que ces monuments correspondent à des œuvres pour lesquels ces droits sont échus et qu'il n'appartient pas au législateur de faire renaître artificiellement des droits d'exploitation, quand bien même ils seraient d'une autre nature, sans remettre en cause l'équilibre constamment réaffirmé par les lois de la République entre droit exclusif et droits d'usage.

En outre, il n'est pas inutile de rappeler que le nouveau droit créé par le législateur avec les dispositions présentement contestées n'est enfermé dans aucune limite temporelle, de sorte que ces dispositions méconnaissent manifestement le principe fondamental 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.

---

<sup>7</sup> *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](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/561543/Copyright-and-the-public-domain.pdf)

<sup>8</sup> 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](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2560572)

<sup>9</sup> <https://www.ip-watch.org/2015/07/10/study-documents-public-domains-importance-to-innovation-and-creativity/>

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

**X.- En troisième 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, que le juge constitutionnel n'hésite aucunement à prononcer des censures variées, fondées sur un tel grief, en cas de disproportion manifeste (cf. Cons. const., 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, cons. 19-20, décision n° 2000-436 DC ; Cons. const., 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 50, décision n° 2001-455 DC ; Cons. const., 6 octobre 2010, *Mathieu Pité*, [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).

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

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

De plus, l'exposé des motifs de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine dont l'article 75 est venu créer l'article L. 621-42 du code du patrimoine objet de la présente question prioritaire de constitutionnalité, est particulièrement lacunaire s'agissant des dispositions législatives en cause.<sup>10</sup>

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* »<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> 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. »*

<sup>11</sup> Lors de la séance du 16 février 2016, M. Jean-Noël Cardoux expliquait : « *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 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.<sup>12</sup>

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

A titre d'exemple, l'établissement public du domaine de Chambord a organisé avec la société Kinder une « chasse aux œufs » lors du lundi de Pâques 2017 et a autorisé la société à prendre des « Kinder Surprise »<sup>13</sup> en photo à partir de plusieurs points de vue du domaine, afin d'assurer la promotion de ses produits.<sup>14</sup> Une partie de la promotion s'est même déroulée sur le site *Instagram*.<sup>15</sup>

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.

---

<sup>12</sup> Mme la sénatrice Marie-Christine Blandin, lors de la séance du 16 février 2016 : « *Moi qui écoute toujours avec beaucoup d'attention notre collègue Jean-Pierre Sueur, j'ai été ravie de le voir monter au créneau contre la marchandisation. Toutefois, je suis navrée d'avoir à lui faire remarquer que, si les amendements prévoient d'abord une autorisation en bonne et due forme, ils prévoient ensuite la négociation de conditions financières. On pourra donc voir le château de Chambord dans une publicité pour Ferrero ; il suffira d'y mettre le prix... Mon cher collègue, votre appel à l'éthique ne correspond donc pas à la réalité de l'intégralité du dispositif de ces amendements. Par ailleurs, si votre demande me paraît légitime, il faut aussi comprendre la prudence de la ministre.* »

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

<sup>13</sup> Il est intéressant de noter que l'exemple employé par Mme la sénatrice Marie-Christine Blandin lors de la séance du 16 février 2016, pour illustrer ses craintes de voir les dispositions présentement contestées servir surtout pour des objectifs de rentabilité et non pour des objectifs de préservation de l'image de marque des domaines nationaux, était justement une marque de chocolat concurrente...

<sup>14</sup> <http://www.my-loire-valley.com/2017/04/paques-chassez-les-oeufs-kinder-au-chateau-de-chambord/>

<sup>15</sup> <https://www.instagram.com/p/BS1DfIBgMk5/>

Or, dans le droit de la domanialité publique classique, 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 aurait rapidement réalisé que le droit positif prévoyait déjà tous les mécanismes nécessaires à cet effet.

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

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

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

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

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

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

A supposer même que l'on puisse potentiellement considérer qu'il s'agisse d'un objectif d'intérêt général, ce que les associations exposantes contestent fermement, il n'en demeure pas moins que les atteintes à la liberté d'entreprendre apportées par le dispositif dont la censure est demandée sont manifestement disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi.

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

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

Il n'est que de songer à la vente de cartes postales représentant l'image d'un domaine national, qui constitue sans aucun doute une utilisation commerciale de cette image, pour constater que des utilisations commerciales peuvent également avoir un effet bénéfique pour les domaines, notamment lorsqu'elles en font une promotion positive. De la même manière, l'utilisation d'images d'un domaine national sur un site internet faisant la promotion de lieux touristiques (on pense notamment aux blogs touristiques) pourrait éventuellement être caractérisée d'utilisation commerciale (par exemple, si l'auteur du blog tire des revenus d'une régie publicitaire)<sup>16</sup>. Pour autant, on peine à discerner la moindre atteinte aux droits de l'autorité domaniale.

---

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



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

Derechef, la censure des dispositions contestées est inévitable.

**XII.- 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, codifié 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).

**XIII.-** 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 »<sup>17</sup> ou « concession innommée ».

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<sup>e</sup> éd., pt. 1096).

---

<sup>17</sup> L. Lessig, *Culture libre* : [https://biblio.wiki/wiki/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](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. Bictin, *Les contrats de licence, les logiciels libres et les Creative Commons*, RIDC 2014/2, p. 469 ; N. Bictin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 4<sup>e</sup> 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.

**XIV.- 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.<sup>18</sup> Une récente étude souligne l'importance, la variété et les externalités positives des œuvres sous licences Creative Commons.<sup>19</sup>

Pour ne citer que des photos du domaine national de Chambord, il convient de souligner que le site Wikipédia en contient plus de 225 photographies<sup>20</sup>, 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.

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

---

<sup>18</sup> <https://stateof.creativecommons.org/>

<sup>19</sup> Paul Stacey et Sarah Hinchliff Pearson, Made With Creative Commons : <https://creativecommons.org/wp-content/uploads/2017/04/made-with-cc.pdf>

<sup>20</sup> [https://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Ch%C3%A2teau\\_de\\_Chambord](https://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Ch%C3%A2teau_de_Chambord)

**XV.- 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, codifié 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<sup>ème</sup> 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° » »).*

**XVI.-** 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).

**XVII- 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<sup>e</sup> site le plus visité au monde, avec les photographies qu'il héberge, mais peuvent aussi permettre d'illustrer des contenus pédagogiques, des articles de blog, ou encore des recherches universitaires, des articles de presse, des sites de collectivités locales, des catalogues commerciaux, des campagnes publicitaires, des pochettes d'album, des recherches universitaires ou encore des rapports ministériels.

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

L'association Wikimedia France organise, depuis 2011 le plus grand concours de photographie du monde, intitulé « Wiki Loves Monument »<sup>21</sup> (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

<sup>21</sup> 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 grande qualité technique 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 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 Chambord<sup>22</sup>, 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.

---

<sup>22</sup> [https://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Ch%C3%A2teau\\_de\\_Cambord](https://commons.wikimedia.org/wiki/Category:Ch%C3%A2teau_de_Cambord)



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 concessions innommées, pour l'avenir, et les droits octroyés dans le cadre de telles licences. Un auteur peut en effet autoriser tous les usages qu'il souhaite de son bien intellectuel au travers de contrats de concession ou licences. Or, le recours à de telles techniques contractuelles n'est possible que grâce à un « *droit de propriété fort soutenant la liberté contractuelle* »<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> 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*

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 restrictives, au libre exercice du droit de propriété des détenteurs de droits patrimoniaux attachés aux clichés des immeubles des domaines nationaux, sans que ces limites soient justifiées par un motif d'intérêt général, ni proportionnées à l'objectif poursuivi, comme nous l'avons déjà vu ci-dessus.

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

**XVIII.- 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<sup>er</sup> 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)

---

*seraient pas respectés, les concédants ne se soumettent pas au régime du domaine public mais, au contraire, imposent par la force contractuelle des comportements très contraignants aux utilisateurs des biens intellectuels diffusés par ces voies. L'utilisation du bien intellectuel 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 con contrôle *a posteriori* (cf. Cons. const., 1<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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). »*

**XIX.- 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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.

La forte ambiguïté de ces expressions n'avait pas manqué d'être relevé lors des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de cette loi.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Lors de la séance du 16 février 2016, Mme la sénatrice Marie-Christine Blandin relevait : « *Mais nous nous interrogeons sur l'ambiguïté des expressions « à des fins culturelles » et « à des fins d'illustration de l'actualité* ». *En effet, seront « culturels » les cartes postales, les livres sur le patrimoine ou des tas d'autres choses qui ne sont pas dénuées de visées commerciales.*

• 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 véritable pouvoir arbitraire aux autorités administratives compétentes.

Mais encore, le 2° 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.* »

---

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

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

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

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

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

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



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

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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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 à choisir

entre une autorisation à titre gratuit et une autorisation à titre onéreux et, le cas échéant, permettant de fixer le montant de la redevance en cause, affecte par elle-même l'exercice de la liberté d'entreprendre, du principe d'égalité, du droit de propriété, de la liberté contractuelle, du droit d'accès non discriminatoire à la culture, et son corollaire, le droit de diffusion de la culture et du principe fondamental 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 ».

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

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

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

**PAR CES MOTIFS** et tous autres à déduire, produire ou suppléer au besoin même d'office,

Les exposantes concluent qu'il plaise au Conseil d'Etat :

**RENVoyer** au Conseil constitutionnel la question de la conformité à la Constitution des dispositions de l'article 75 de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, codifiées actuellement à l'article L. 621-42 du code du patrimoine ;

**METTRE A LA CHARGE** de l'Etat la somme de 5 000 euros, sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

**ALEXIS FITZJEAN Ó COBHTHAIGH**  
*Avocat au Barreau de Paris*